

# JUS CIVILE

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



**2-2017**

*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>
<b>Articoli e Saggi</b>	
Le frontiere della contrattazione <i>on line</i> * di <i>Jacolo Alcini</i>	67
“Convivenze” e “contratto di convivenza” * di <i>Enrico Quadri</i>	106
Sulla “positività ermeneutica” (per Vincenzo Scalisi) ** di <i>Natalino Irti</i>	123
La buona fede nel contratto d’appalto ** di <i>Giovanni Iudica</i>	128
Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo ** di <i>Giuseppe Vettori</i>	133
Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti ** di <i>Francesco Donato Busnelli</i>	157

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

\*\* I curatori, valutati il prestigio dell'Autore e la conseguente rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



JACOPO ALCINI

Avvocato

## LE FRONTIERE DELLA CONTRATTAZIONE *ON LINE*

SOMMARIO: 1. *Vendite aggressive ed innovazione tecnologica.* – 2. *Il contratto telematico: volontà ed accordo in rete.* – 3. *I contratti preliminari all'esercizio dell'attività commerciale telematica.* – 4. *I contratti pubblicitari su internet ed il contratto di fornitura di software in rete.*

1. – I contratti, principale strumento degli scambi e della circolazione della ricchezza, sono un fattore che costituisce e definisce il mercato inteso tradizionalmente come luogo in cui si scambiano beni e servizi economici. La regolazione dei contratti è dunque un momento decisivo della regolazione del mercato, specialmente quando parti dei contratti sono soggetti protagonisti del mercato stesso: da un lato le imprese, che offrono beni e servizi, dall'altro i consumatori, che domandano beni e servizi<sup>1</sup>. Oggi si parla sempre più spesso di mercato interno europeo<sup>2</sup>, inteso come ordinamento giuridico<sup>3</sup> regolato dal diritto privato comunitario (diritto della società dell'informazione<sup>4</sup> e della conoscenza<sup>5</sup>), cioè quel diritto che regola la produzione (ricerca), l'uso (formazione), il trasferimento (istruzione) e la condivisione (educazione) delle conoscenze piuttosto che la proprietà e il commercio di beni materiali<sup>6</sup>. In sintesi un diritto flessibile e dinamico per un mercato altrettanto dinamico, finalizzato al miglioramento del tenore di vita (artt. 2 e 3 Trattato CEE) delle persone fisiche ed allo sviluppo dell'economia, entro cui i soggetti, i beni e le informazioni circolano liberamente nel rispetto dei diritti umani e dei valori etici. Ed è proprio l'etica, che deve guidare il c. d. uomo d'affari onesto<sup>7</sup> nell'intricato mondo imprenditoriale, ad alimentare *ab*

<sup>1</sup> G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, Torino, 1999, p. 476.

<sup>2</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 165.

<sup>3</sup> Corte di Giustizia, 5 febbraio 1963, C-26/62, in *Racc.*, 1963, p. 3. Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, C-6/64, in *Racc.*, 1964, p. 1141. Corte di Giustizia, 18 maggio 1982, C-155/79, in *Racc.*, 1982, p. 1575. Corte di Giustizia, 5 maggio 1982, C-15/81, in *Racc.*, 1982, p. 1409.

<sup>4</sup> «L'informazione rappresenta la traina stessa del mercato interno. Il diritto comunitario ha l'obiettivo costante di assicurare la migliore circolazione possibile delle informazioni riguardanti i soggetti ed i loro rapporti, in modo che il mercato interno funzioni in modo corretto [...] L'informazione, inoltre, è vista come il principale bene del mercato interno». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 167.

<sup>5</sup> «La società della conoscenza consiste in una metafora che include e qualifica le altre metafore giuridiche costituite dal mercato e dalla società dell'informazione». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 170.

<sup>6</sup> T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 ss.

<sup>7</sup> «Il genio etico-giuridico dei popoli dell'antichità, in specie dei Romani, ha creato il tipo, valevole per ogni tempo, dell'uomo d'affari onesto (bonus vir), ugualmente lontano così dall'egoismo brutale, come dall'ultraterrena ri-

# JUS CIVILE



*origine* la vita economica e giuridica<sup>8</sup> del mercato efficiente. Proprio nel mercato europeo il superamento dell'ostacolo rappresentato dalle distanze spazio-temporali, grazie alla progressiva introduzione dell'informatica ed allo sviluppo delle tecniche negoziali c.d. aggressive, ha consentito alle imprese – che non possono prendere in considerazione le esigenze del singolo, ma sono vincolate a strategie unitarie dalle quali discende necessariamente un'uniformità di condizioni negoziali, stante la molteplicità di rapporti contrattuali cui segue la redazione di schemi già predisposti<sup>9</sup> – di raggiungere la controparte o il consumatore anche in quegli spazi nei quali maggiore è il rischio di una volontà che venga espressa in modo non consapevole, ovvero di raggiungere il potenziale acquirente anche in assenza di un suo bisogno da soddisfare<sup>10</sup>.

Perciò l'autonomia privata di chi compie operazioni nel mercato in modo occasionale (il c.d. contraente debole) risulta sempre più compromessa dal potere di predisposizione esercitato di fatto dalla parte che vi partecipa in modo abituale e professionale (il c. d. contraente forte)<sup>11</sup>. In questo caso, secondo parte della dottrina<sup>12</sup>, l'atto di mera adesione a regole predisposte da altri per la composizione dei conflitti tra domanda e offerta nel mercato non potrebbe essere più considerato quale vera e propria espressione dell'autonomia privata di chi lo compie ed il contratto non si sostanzierebbe più nell'accordo, ma nella combinazione di due atti unilaterali. Secondo altro orientamento<sup>13</sup> invece si tratta solo di una diversa modalità di manifestazione del consenso, ferma restando l'imprescindibilità dell'accordo; questa sembra certo essere la soluzione migliore.

Nell'ambito delle vendite aggressive, tra le quali sono comunemente incluse anche le vendite a distanza, le modalità con cui gli operatori commerciali perseguono l'interesse all'utilizzo di tecniche di distribuzione sempre più efficienti e funzionali alla vendita, espongono il consumatore al rischio di subire forme di distribuzione sorprendenti, che lo inducono a compiere acquisti non all'esito di una valutazione relativa alla reale convenienza dell'affare, ma per effetto della spinta emozionale e suggestiva indotta dalle modalità professionali della vendita<sup>14</sup>. Per questa ragione, all'interesse del fornitore alla massima efficienza del canale distributivo, l'ordinamento

---

nunzia a ogni mira personale». Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, voi. II, Padova, 2002, p. 199.

<sup>8</sup> «L'etica degli affari obbedisce alla ricerca dell'interesse generale, tentando di conciliare gli interessi del produttore con quelli del consumatore». Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, p. 199.

<sup>9</sup> G. CHINE', *La contrattazione standardizzata*, Torino, 2000, p. 493.

<sup>10</sup> C. IURILLI (a cura di), *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, 2005, p. 124.

<sup>11</sup> M. MAGGIOLÒ, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 186 ss.

<sup>12</sup> N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; ID., «È vero, ma...» (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 273 ss.; ID., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1138 ss.; ID., *Lo scambio dei foulards*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss. Orientamento contestato da G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore ed autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 17 ss., G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 1, p. 125 ss.

<sup>13</sup> A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, p. 208.

<sup>14</sup> A. JANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995, p. 193 ss.

# JUS CIVILE



non contrappone più il solo tradizionale atteggiamento di cautela riguardo ai contenuti delle clausole predisposte da una sola delle parti contraenti (cfr. artt. 1341 e 1342, 1370, nonché artt. 33 ss. Codice del consumo), ma oppone anche una valutazione diffidente nei confronti della stessa manifestazione della volontà di aderire al contratto predisposto, con l'obiettivo di favorire la consapevolezza e la volontarietà dell'atto di adesione del consumatore<sup>15</sup>.

A livello comunitario a tutela del soggetto debole del rapporto sono stati emanati numerosi provvedimenti<sup>16</sup>, i quali, accomunati dall'esigenza di assicurare la trasparenza delle condizioni e del mercato, mirano a garantire la completa informazione circa le clausole del contratto, i meccanismi matematico-economici ad esso sottostanti, il piano complessivo dei vantaggi e degli svantaggi di cui il contratto si fa espressione<sup>17</sup>.

In particolare, per quel che riguarda l'argomento trattato e cioè la disciplina dei contratti a distanza, il quadro di riferimento scaturisce dal combinato disposto tra la direttiva 97/7 sui contratti a distanza con i consumatori e la direttiva 2000/31 sul commercio elettronico, specificando che i contratti telematici (o contratti *on-line* o in rete o elettronici o digitali<sup>18</sup> o virtuali<sup>19</sup>) differiscono dai contratti a distanza conclusi con mezzi tradizionali in quanto solo uno dei contraenti è attivo. Questo ha suscitato problemi sia per le tecniche di pubblicità e di vendita, sia perché la negoziazione e la formazione del contratto è ancora più delicata, a causa della difficoltà di verificare l'effettiva sussistenza delle manifestazioni di volontà dei contraenti. L'intervento di una delle parti infatti consiste di solito in un programma di *computer* preconstituito, l'altra parte consulta delle pagine *web* ed invia dati verso una destinazione spesso ignota, con un sistema di trasmissione di impulsi elettronici dei quali non ha riscontro immediato<sup>20</sup>. Mutuando le categorie romanistiche *genera-species*<sup>21</sup>, possiamo agevolmente concludere che la *species* contratti telematici rientra nel più ampio *genus* dei contratti a distanza. Secondo autorevole dottrina<sup>22</sup> inoltre i contratti telematici costituiscono la *species* del *genus* contratti digitali, cioè i contratti conclusi esclusivamente in forma elettronica<sup>23</sup>.

---

<sup>15</sup> R. CAMEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 349 ss.

<sup>16</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 136.

<sup>17</sup> G. ALPA, *La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario, assicurativo*, in *Giur. it.*, IV, 2001, p. 411.

<sup>18</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 445 ss. Anche C. M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1035.

<sup>19</sup> AA.VV., *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale. La nuova disciplina*, Torino, 2003, p. 97 ss.

<sup>20</sup> A. ZANOBETTI, *Legge applicabile al commercio elettronico: strumenti internazionali e comunitari*, in *Dir. dell'U.E.*, 2000, p. 661.

<sup>21</sup> L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, Torino, 2007, p. 196 ss.

<sup>22</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 445.

<sup>23</sup> «Una volta che si è esplicita la definizione di contratto digitale, si rende necessario distinguere tra contratti digitali in senso stretto e contratti digitali in senso ampio facendo riferimento alla prestazione caratteristica del contratto.

# JUS CIVILE



La direttiva 97/7 ha trovato attuazione nel nostro ordinamento attraverso il d. lgs. 22 maggio 1999 n. 185 in tema di vendite a distanza, quali forme di negoziazione e conclusione del contratto caratterizzate dalla non contestuale presenza fisica delle parti contrattuali (c. d. contratti *inter absentes*)<sup>24</sup>. Il decreto legislativo trovava applicazione in luogo delle disposizioni del d. lgs. 15 gennaio 1992 n. 50 (di attuazione della direttiva 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali), laddove più favorevole al consumatore, in quanto il decreto del 1992, scavalcando la direttiva di attuazione, disciplinava non solo le vendite c. d. *door to door*, ma anche le vendite per corrispondenza o in base ad un catalogo che il consumatore ha modo di consultare senza la presenza dell'operatore commerciale (art. 1 c. 1 lett. d) e le «altre forme speciali di vendita» (art. 9)<sup>25</sup>. Anche in questo caso si può affermare che contratti negoziati fuori dai locali commerciali e contratti a distanza siano due *species* ricomprese nel *genus* vendite aggressive. Ora entrambi i provvedimenti sono armonizzati nell'ambito del d. lgs. 6 ottobre 2005 n. 206 (Codice del consumo) rispettivamente agli artt. 45-49 (contratti negoziati fuori dai locali commerciali), agli artt. 50-61 (contratti a distanza) ed agli artt. 62-67 (disposizioni comuni e diritto di recesso), da ultimo novellato con il d. lgs. 21/2014.

In verità già il Codice di commercio del 1882, al titolo VI *{Delle obbligazioni commerciali in generale}* art. 36<sup>26</sup>, faceva per la prima volta espresso riferimento al contratto bilaterale tra

---

Ne deriva che i contratti digitali in senso stretto sono quei contratti che hanno una prestazione caratteristica eseguita interamente e direttamente tramite il trasferimento elettronico di dati, per esempio la consultazione oppure l'acquisto di un programma software effettuato tramite internet. [...] Chiameremo, invece, contratti digitali in senso ampio tutti quei contratti che, pur essendo stati conclusi elettronicamente, hanno per oggetto la consegna di un bene materiale o che, comunque, non hanno avuto adempimento in forma esclusivamente digitale, come l'acquisto di un libro». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 445 ss.

<sup>24</sup> Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, p. 241. Cfr. anche G. ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, p. 848.

<sup>25</sup> Ai sensi dell'art. 9 d. lgs. 50/1992 *{Altre forme speciali di vendita}*: «Le disposizioni del presente decreto si applicano anche ai contratti riguardanti la fornitura di beni o la prestazione di servizi negoziati fuori dai locali commerciali sulla base di offerte effettuate al pubblico tramite mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, e finalizzate ad una diretta stipulazione del contratto stesso, nonché ai contratti conclusi mediante l'uso di strumenti informatici e telematici. Per i contratti di cui al 1° comma l'informazione sul diritto di cui all'art. 4 deve essere fornita nel corso della presentazione del prodotto o del servizio oggetto del contratto, compatibilmente con le particolari esigenze poste dalle caratteristiche dello strumento impiegato e dalle relative evoluzioni tecnologiche. Per i contratti negoziati sulla base di una offerta effettuata tramite il mezzo televisivo l'informazione deve essere fornita all'inizio e nel corso della trasmissione nella quale sono contenute le offerte. L'informazione di cui all'art. 5 deve essere altresì fornita per iscritto, con le modalità previste dal comma 3° di tale articolo, non oltre il momento in cui viene effettuata la consegna della merce. Il termine per rinvio della comunicazione, indicato nel precedente art. 6, decorre dalla data di ricevimento della merce». Cfr. G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 258 ss.

<sup>26</sup> Art. 36 Codice di commercio 1882: «Il contratto bilaterale tra persone lontane non è perfetto se l'accettazione non giunga a notizia del proponente nel termine da lui stabilito, o nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e dell'accettazione, secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio. Il proponente può ritenere efficace anche un'accettazione giunta in ritardo, purché ne dia immediatamente avviso all'accettante. Qualora poi, il proponente richieda l'esecuzione immediata del contratto ed una preventiva risposta di accettazione non sia domandata, e per la qualità del contratto non sia necessaria secondo gli usi generali del commercio, il contratto è perfetto appena l'altra parte ne abbia impresa l'esecuzione. Sino a che il contratto non è perfetto, la proposta e

## JUS CIVILE



persone lontane, di cui indicava i termini dell'accettazione e della conclusione. Ciò rispondeva all'esigenza di una normativa per tutelare i contratti stipulati con l'uso di mezzi di comunicazione a distanza, come poteva essere la posta, che esigevano una disciplina diversa rispetto a quella tradizionale, ma che certo non poteva costituire una tutela integrale al pari delle disposizioni attuali.

Vi è poi la direttiva 2002/65<sup>27</sup> (attuata in Italia con d. lgs. 19 agosto 2005 n. 190 ed ora inserito nel Codice del consumo nella Sezione *V-bis*) sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, che prevale sulla disciplina generale della contrattazione a distanza (art. 3 dir. 97/7).

La direttiva 97/7 e la direttiva 2002/65 disciplinano numerosi aspetti del rapporto contrattuale con regole analoghe o simili; le differenze risiedono nel fatto che la direttiva 2002/65 si caratterizza per la mancanza della clausola generale di tutela minima: le deroghe a favore del consumatore non sono ammesse se non per espressa previsione. Questa caratteristica può considerarsi manifestazione della necessità di stabilire regole sicure in considerazione della maggiore complessità, valore ed aleatorietà delle operazioni contrattuali. Il consumatore – definito «qualunque persona fisica che, nei contratti a distanza, agisca per fini che non rientrano nel quadro della propria attività commerciale o professionale» (art. 2 lett. d dir. 2002/65) – non può qui ritenersi soggetto debole nel senso più marcato, in quanto capace di assumere l'iniziativa in rete e in un ambito che implica l'assunzione consapevole e volontaria di rischi relativamente elevati, egli è meritevole di protezione in considerazione della complessità e della rischiosità dell'operazione e delle maggiori asimmetrie informative<sup>28</sup>.

Vi è da prendere poi in parziale considerazione anche la direttiva 2005/29 (attuata in Italia con il d. lgs. 2 agosto 2007 n. 146) relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa ad un prodotto, il cui art. 15 ha sostituito l'art. 9 della direttiva 97/7 in materia di fornitura non richiesta stabilendo che «gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per dispensare il consumatore da qualsiasi prestazione corrispettiva in caso di fornitura non richiesta, fermo restando che l'assenza di risposta non implica consenso» (disposizione recepita nell'art. 61-*quinquies decies* Cod. consumo).

Non sono contratti a distanza e non ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva quelli conclusi tra persone lontane che non fanno ricorso, in maniera sistematica, a tecniche di comunicazione a distanza, non rientranti nell'elenco di cui all'allegato I, né riconducibili alle stesse

---

l'accettazione sono revocabili; ma sebbene la revocazione impedisca la perfezione del contratto, tuttavia se essa giunga a notizia dell'altra parte dopo che questa ne ha impresa l'esecuzione, il revocante è tenuto al risarcimento dei danni. Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungono a notizia della parte di cui sono fatte».

<sup>27</sup> Cfr. Z. ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore*, in *Nuova piar. civ. comm.*, 2002, II, p. 515.

<sup>28</sup> M. GLURGOLA, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Le Società*, 2002, p. 103.

## JUS CIVILE



sulla base di un procedimento analogico. Obiettivo della direttiva è quello di dettare una disciplina unitaria circa gli obblighi dei fornitori ed i diritti del consumatore in tale particolare modalità di conclusione del contratto. Dall'art. 2 si evince che la direttiva detta regole per quelle fattispecie in cui le trattative e la conclusione del contratto stesso avvengano nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza e siano organizzate dal fornitore con l'impiego di una o più tecniche di comunicazione a distanza, salve le esclusioni di cui all'art. 3 c. 1. Momento centrale della trattativa è la conclusione del contratto tra fornitore e consumatore realizzata con una tecnica di comunicazione a distanza, e cioè con qualunque mezzo che consenta la conclusione di un contratto tra queste parti senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore (Considerando 9 e art. 2 c. 4) e senza che il consumatore possa in concreto visionare il bene o prendere conoscenza della natura del servizio prima della conclusione del contratto (Considerando 14). La direttiva detta anche dei limiti all'impiego di talune tecniche di comunicazione a distanza, consentendo una qualificazione in termini di liceità o illiceità, a seconda dei casi, dell'attività del fornitore, volta alla conclusione di contratti a distanza (artt. 9 e 10). Da ultimo è intervenuto il d. lgs. 21/2014<sup>29</sup>, di attuazione della direttiva 2011/83/UE (che ha abrogato ed unificato le direttive 85/577/CEE e 97/7/CEE e modificato le direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE).

Il contratto *on-line* può essere predisposto attraverso varie tipologie di procedimenti tra le quali le più ricorrenti sono:

- *scambio di proposta e accettazione*<sup>30</sup> *per posta elettronica;*
- *conclusione tramite point and click, che sarebbe un'ipotesi di accettazione per comportamento concludente;*
- *conclusione del contratto per mezzo dell'inizio dell'esecuzione (art. 1327 c.c.), che si ha nel caso in cui l'operatore commerciale richiede per la negoziazione il numero della carta di credito dell'acquirente per il pagamento e l'invio del numero integra l'ipotesi di inizio dell'esecuzione; offerta al pubblico (art 1336 c. c.) sul sito web, che si concretizza quando il sito contiene tutti gli elementi essenziali della proposta contrattuale, indirizzata ad una categoria indeterminata di soggetti;*
- *invito a proporre, cioè dichiarazione che non contiene tutti i requisiti della proposta che il fornitore rivolge all'acquirente per invitarlo a formulare una proposta che, a sua volta, il fornitore è libero di accettare o no*<sup>31</sup>.

Accanto alla disciplina dettata dal Codice del consumo è opportuno poi collocare la disciplina del d. lgs. 5 marzo 2005 n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale, aggiornato con d. lgs. 4 aprile 2006 n. 159), che oltre a regolare la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione,

---

<sup>29</sup> Per una analisi completa si rinvia a A. M. GAMBINO – G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d. lgs. 21/2014*, Torino, Giappichelli, 2014.

<sup>30</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 98 ss.

<sup>31</sup> G. CASSANO (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003, p. 265.

## JUS CIVILE



la conservazione e la fruibilità dell'informazione in forma digitale tra P.A. e privati, disciplina ed uso del documento informatico<sup>32</sup>, le firme elettroniche<sup>33</sup> ed i pagamenti informatici<sup>34</sup> tra privati (art. 2 c. 3 del Codice e art. 3 d. p. r. 28 dicembre 2000 n. 445). Secondo l'art. 1 lett. p) del Codice dell'amministrazione digitale il documento informatico è «la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti». Come ogni altro documento anche il documento informatico è una cosa che rappresenta un fatto diverso dalla sua mera esistenza e tramite la quale è dato pronunciare il giudizio di esistenza di quel fatto<sup>35</sup>. Si distingue dagli altri documenti per la qualità dei segni che reca impressi su di sé. Pur essendo stati confezionati su supporti materiali di varia natura (ad esempio *floppy disk*, *cd*, *dvd* ecc.), la caratteristica essenziale di ogni documento informatico è che la rappresentazione in esso contenuta è resa per il tramite del c.d. linguaggio binario, cioè tramite sequenze significative variamente composte dall'alternanza di due soli simboli, o meglio dalla presenza o assenza di un segnale (positivo e negativo, zero e uno, bianco e nero, luce e buio, sì e no ecc.).

*Internet* in questi termini si è rivelato uno strumento in grado di enfatizzare la capacità dell'operatore virtuale di acquisire informazioni ed effettuare transazioni in misura notevolmente superiore rispetto al mercato reale<sup>36</sup>, ma ciò non toglie che ha aumentato anche la componente di inconsapevolezza o di non sufficiente ponderatezza in merito alla convenienza dell'affare che il contraente debole mira a concludere<sup>37</sup>.

L'ambiente di *internet* è il *cyberspace*, cioè un spazio senza territorio, non governato da un'autorità centrale né da un soggetto investito di poteri di governo<sup>38</sup>. La nascita di una tale complessità e, soprattutto, dell'interrelazione tra il virtuale ed il reale, sta inducendo tutti gli operatori interessati ad interrogarsi e a valutare la necessità di regole e norme. Questa è una problematica dibattuta, tra chi si è occupato di *internet* come fenomeno giuridico globale, per decidere se sia opportuno ricorrere a principi ed istituti giuridici tradizionali del mondo fisico o se convenga affrontare *ex novo* il mondo virtuale<sup>39</sup>. Tale problematica si intreccia con quella dell'ordinamento giuridico applicabile e della capacità di ciascun ordinamento di trovare effettiva ed efficace applicazione<sup>40</sup>. I sostenitori della seconda tesi invocano per *internet* un ordinamento originale e nuovo rispetto agli altri (la c. d. *lex electronica*), richiamando il fenomeno di

---

<sup>32</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 437 ss.

<sup>33</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 438 ss.

<sup>34</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 125.

<sup>35</sup> S. PATTI, *Prova documentale*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, art. 2699-2720, Bologna-Roma, 1996, p. 4 ss.

<sup>36</sup> S. SICA – P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2001, p. 78.

<sup>37</sup> C. IURILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 145.

<sup>38</sup> R. NANNUCCI (a cura di), *Lineamenti di informatica giuridica*, Napoli, 2002, p. 523 ss.

<sup>39</sup> P. COSTANZO, *Aspetti problematici del regime giuspubblicistico di internet*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1996, p. 831 ss.

<sup>40</sup> T. BALLARINO, *Internet nel mondo della legge*, Padova, 1998, p. 37 ss.

## JUS CIVILE



formazione spontanea del diritto nel settore del commercio, del trasporto, del credito e della finanza internazionali allo scopo di assicurare la certezza del diritto mediante la creazione di una disciplina uniforme, al di fuori di qualsiasi ordinamento giuridico statale<sup>41</sup>. Ma tale fenomeno non è idoneo a regolare tutti i contratti in rete, poiché, al pari della *lex mercatoria*<sup>42</sup>, queste regole potranno valere solo per coloro che hanno partecipato alla loro formazione, escludendo i contratti telematici conclusi tra soggetti che non appartengono alla società dell'informazione. In realtà si dovrebbe privilegiare una ipotesi intermedia, in base alla quale adattare gli strumenti tradizionali e reali al contesto virtuale<sup>43</sup>. La cultura giuridica di scuola anglosassone, da questo punto di vista, è più facilitata nel recepire dalla vita quotidiana elementi da sussumere poi nel mondo giuridico attraverso la c.d. *rule of law*<sup>44</sup>. Il giurista di *Civil Law*, figlio della cultura greco-romana (e, soprattutto, per la nostra matrice codicistica più recente, francese) deve, altresì, compiere un altro sforzo per rimodellare vecchi istituti alla nuova realtà. Sforzo, che passa prima dall'analisi delle esperienze maturate nel sistema di *Common Law* e poi, dopo averli filtrati nel nostro sistema codicistico, interpretarli alla luce degli istituti esistenti fino a spingersi (forrendo indicazioni al legislatore) a crearne dei nuovi che meglio consentono, alle nuove realtà giuridiche, di integrarsi negli ordinamenti esistenti<sup>45</sup>. Oltre a questo, bisogna rilevare nuovi importanti cambiamenti nei rapporti tra i protagonisti del mercato ed un profondo ripensamento della figura stessa del consumatore e degli strumenti legislativi approntati per la tutela dei suoi interessi. La categoria consumatore ha assunto negli ultimi anni rilievo nei settori più disparati, comportando inevitabilmente un'influenza sul tipo legale di volta in volta utilizzato, tanto che la dottrina ha sottolineato come nell'ordinamento italiano si è assistito ad una vera e propria stratificazione di definizioni giuridiche specifiche, ciascuna riferita al campo di applicazione del singolo intervento normativo<sup>46</sup>. La giurisprudenza, la normativa nazionale e comunitaria, pur prendendo esplicitamente in considerazione il problema della tutela del consumatore nella società dell'informazione si pongono nel solco della tradizione per quanto concerne la nozione di consumatore, il quale è definito come «da persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta» (art. 3 lett. a Codice del consumo)<sup>161</sup>. La Corte Costituzionale<sup>47</sup>, la giurisprudenza comunitaria, sempre più

---

<sup>41</sup> G. CONETTI, *Il diritto applicabile al contratto internazionale*, in *Studium iuris*, 1999, p. 1072 ss.

<sup>42</sup> La *lex mercatoria* è un sistema di norme e regole di tipo consuetudinario, nate in forma spontanea tra gli appartenenti a determinati settori commerciali (ad esempio nel settore del credito, dei trasporti di merci o persone, delle assicurazioni ecc.). finalizzato alla regolamentazione di rapporti contrattuali ed extracontrattuali aventi elementi di internazionalità. Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, p. 215.

<sup>43</sup> F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 357 ss.

<sup>44</sup> V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, voi. I, Torino, 2006, p. 274 ss.

<sup>45</sup> GIULIANI-A. PALAZZO-I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, p. 54, p. 61 e p. 66.

<sup>46</sup> M. ATELLI (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001, p. 73.

<sup>47</sup> Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469. in *Foro it.*, 2003, I, p. 332. In precedenza sulla nozione di consumatore:

# JUS CIVILE



incisiva nell'influenzare le riflessioni di ogni interprete del diritto<sup>48</sup>, e la dottrina<sup>49</sup>, decidendo ai fini dell'applicabilità su materie non attinenti alla disciplina in oggetto ma comunque ad esse correlate, hanno ribadito che:

- *la qualità di consumatore può essere rivestita solo da una persona fisica, dovendosi escludere la sua estensibilità alle persone giuridiche*<sup>50</sup>;
- *è consumatore il soggetto che acquista un bene o un servizio da utilizzare nell'ambito della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, purché non rientri nel quadro di tale attività la conclusione di contratti dello stesso genere di quello stipulato. Infatti al fine di stabilire se il contraente abbia agito «per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta», occorre verificare se la conclusione di tale contratto sia o non sia un atto della professione di chi acquista il bene o il servizio, come lo è per la sua controparte*<sup>51</sup>;
- *lo status di consumatore è occasionale, non permanente, perché l'avvicendamento degli status dipende dal tipo di relazione che i privati istituiscono tra loro e dal ruolo che nella relazione essi intendono svolgere*<sup>52</sup>;
- *ai fini dell'assunzione della veste di consumatore rileva, non già il non possesso, da parte della persona fisica che ha contrattato con un operatore, della qualifica, ma lo scopo avuto di mira dall'agente nel momento in cui ha concluso il contratto*<sup>53</sup>.

Laddove un tempo si muoveva quel consumatore, antagonista debole del professionista, oggi si pone il cyber-consumatore che, a differenza del suo antesignano, le indagini e le ricerche di mercato ritraggono come una persona di cultura medio – alta, con un reddito piuttosto elevato ed una discreta padronanza degli strumenti informatici e telematici, che utilizza *internet* per ricercare informazioni commerciali, per confrontare prezzi e servizi e per acquisire offerte di imprenditori e professionisti telematici<sup>54</sup>. E proprio *internet* si presta a costruire il mercato e la società del futuro, uno spazio in cui gli utenti potranno essere non solo cyber-consumatori, ma anche e soprattutto cyber-cittadini<sup>55</sup>.

## 2. – Per contratto concluso tramite *computer* si intende quello delegato al *computer*, median-

---

Cass., 25 luglio 2001, n. 10127, in *Contratti*, 2002, p. 341; Trib. Roma, 28 ottobre 2000, in *Contratti*, 2001, p. 44.

<sup>48</sup> A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in *Dir. e proc.*, 2002, p. 335 ss.

<sup>49</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 58 ss. e p. 185 ss.

<sup>50</sup> Corte di Giustizia, 22 novembre 2001, C-542/99, in *Guida dir.*, 2001, p. 105.

<sup>51</sup> Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, I, 2000, p. 645.

<sup>52</sup> Corte di Giustizia, 3 luglio 1997, C-269/95, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 13 ss.

<sup>53</sup> Corte di Giustizia, 17 luglio 1998, C-45/96, in *Foro it.*, 1999, IV, p. 129.

<sup>54</sup> G. CASSANO (a cura di), *cit.*, p. 35.

<sup>55</sup> A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 76 ss.

## JUS CIVILE



te una serie di istruzioni condizionate (c.d. programma applicativo inserito in precedenza dal titolare dell'elaboratore), la scelta sia del contraente sia delle condizioni alle quali concludere il contratto. Se è vero che il *computer* è in grado di discernere le circostanze del caso concreto e di decidere in base ad esse, è pur vero che la dichiarazione di volontà emessa dall'elaboratore rimane pur sempre un atto giuridico umano, in virtù delle istruzioni ricevute<sup>56</sup>. Il primo problema che pone la dichiarazione trasmessa mediante elaboratore è quella riguardante la possibilità di imputare la manifestazione di volontà ad un determinato soggetto. Nel caso in cui il *computer* venga utilizzato come mero strumento di trasmissione si dovrà individuare il soggetto che lo usa; qualora invece si consideri la possibilità per un elaboratore elettronico di concludere autonomamente un contratto, si deve individuare il soggetto cui attribuire la manifestazione di volontà. In entrambi i casi però è necessario identificare il terminale dal quale il messaggio è stato inviato<sup>57</sup>. Individuato l'elaboratore occorre identificare la persona fisica che ha dato l'*input*. Il collegamento può essere disposto oltre che dal proprietario dell'elaboratore da un operatore appositamente autorizzato che, però, non è il titolare della dichiarazione contrattuale inviata attraverso il *computer*. Secondo parte della dottrina l'operatore è un mero esecutore degli ordini ricevuti, sia che introduca dati nell'elaboratore, sia che proceda alla semplice trasmissione dei messaggi elaborati<sup>58</sup>. La fattispecie si può inquadrare nella figura della rappresentanza diretta (art. 1388 c.c.)<sup>59</sup>. L'operatore (rappresentante) che stipula in nome e per conto del dichiarante (rappresentato) è parte in senso materiale, mentre parte in senso sostanziale è il rappresentato, il quale assume la titolarità del rapporto contrattuale. L'operatore non assume la titolarità del rapporto contrattuale, né è destinatario di alcuno degli effetti del contratto e non è responsabile della sua esecuzione. A carico dell'operatore sussiste l'obbligo legale di esercitare la rappresentanza nell'interesse del dichiarante. Infatti, nel caso in cui l'operatore, agendo sotto nome altrui, invia per mezzo dell'elaboratore una proposta contrattuale senza esservi stato autorizzato, è ritenuto «responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto» (art. 1398 c. c.). L'imputabilità della dichiarazione trasmessa per mezzo dell'elaboratore si presenta più problematica nel caso in cui due *computer*, dotati di un apposito programma, concludano autonomamente un contratto. Si tratta di verificare se ed in che termini l'elaboratore sia dotato effettivamente di autonomia operativa e possa agire in rap-

<sup>56</sup> R. BORRUSO, *Computer e diritto. Problemi giuridici dell'informatica*, voi. II, Milano, 1988, p. 253.

<sup>57</sup> S. SICA, *La riservatezza nelle telecomunicazioni: l'identificazione del chiamante nell'esperienza inglese e nella prospettiva comunitaria e italiana*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1997, II, p. 109.

<sup>58</sup> Nella sostanza una figura analoga a quella dell'ambasceria o del *nuncius*, nel senso che egli «agirebbe coiné un ausiliario di colui che appare dichiarante ed è, quindi, consequenziale che gli effetti della dichiarazione incidano direttamente nella sfera giuridica di quest'ultimo». Cfr. R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 59. In senso opposto A. PALAZZO-A. Sassi (a cura di), *op. cit.*, p. 450: «[...] vi è stato chi ha affermato che il computer da semplice *nuncius* diverrebbe alter ego del dominus sia pure limitatamente al principio dell'imputazione al dominus degli atti compiuti dal computer».

<sup>59</sup> G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, Napoli, 1968, p. 183.

## JUS CIVILE



presentanza delle singole parti. Se il programma inserito nell'elaboratore si possa configurare come una vera e propria procura rilasciata dal dichiarante, entro i cui limiti il *cow/w/er-rappresentante* può sostituirsi nell'attività giuridica del soggetto cui appartiene. Nessun profilo soggettivo può però essere riferito agli elaboratori, poiché il legislatore prevede che il rappresentante sia dotato di capacità di intendere e di volere (art. 1389 c.c.), da rilevanza agli stati soggettivi di buona o di mala fede, di scienza o di ignoranza di determinate circostanze (art. 1391 c. c.), ne prevede la possibilità di insorgenza di conflitti di interesse con il rappresentato (art. 1394 c.c.), finanche a considerarlo dotato di autonomia patrimoniale e da ritenerlo responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto (art. 1398 c. c.)<sup>60</sup>. Si deve escludere che l'elaboratore possa agire in qualità di *nuncius*, poiché deve essere dotato di capacità giuridica<sup>61</sup>. La dichiarazione di volontà può ricondursi al programmatore che, inserendo dati ed istruzioni ben precisi sulle modalità di conclusione del contratto, ha determinato i criteri di funzionamento dell'elaboratore e fa propri gli effetti dell'atto così formatosi<sup>62</sup>. Sotto questo profilo, il dichiarante e l'oblato, anche se non partecipano direttamente alla formazione del contratto, attraverso il programma inserito nei rispettivi *computer*, esprimono la loro volontà potenziale ed il loro orientamento<sup>63</sup>. L'utilizzazione dell'elaboratore quale mezzo di trasmissione della propria dichiarazione di volontà consente di evitare errori e di prevenire la possibilità di dichiarazioni viziate da violenza o da dolo<sup>64</sup>. Perché l'errore possa ritenersi causa di annullamento del contratto (art. 1428 c. c.), deve essere essenziale<sup>65</sup> (art. 1429 c. c.) e riconoscibile (art. 1431 c. c.)<sup>66</sup>. Nella fattispecie considerata rileva il carattere della riconoscibilità con riguardo al particolare strumento di trasmissione usato. Infatti l'oblato ricevendo la dichiarazione viziosa da errore attraverso il suo elaboratore, può facilmente riscontrare la presenza di errori di calcolo (art. 1430 c. c.), errori nella dichiarazione o nella sua

---

<sup>60</sup> S. MAGNI-M. S. SPOLIDORO, *La responsabilità degli operatori in internet: profili interni e internazionali*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p. 61.

<sup>61</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 26.

<sup>62</sup> P. Di GIOVANNI, *Il contratto concluso mediante computer alla luce della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980*, in *Dir. comm. int.*, 1993, p. 581.

<sup>63</sup> «Di certo non possiamo parlare di rappresentanza in senso tecnico, in quanto non esistono due soggetti con due volontà distinte, ma non sembra trascurabile il fatto che la volontà del *computer*, se pure è la stessa del *dominus* per quanto riguarda l'origine, è, invece, sua, cioè del *computer* stesso, quanto al modo e al tempo in cui concretamente si manifesta; in alcuni casi tale volontà potrebbe apparire non prevedibile anche per lo stesso programmatore». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 450.

<sup>64</sup> A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 220.

<sup>65</sup> Quando cioè assume per il contraente un'importanza determinante secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze. Cfr. A. TRABUCCHI, voce *Errore*, in *Nss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1968, p. 665.

<sup>66</sup> Oltre alle ipotesi previste nell'art. 1431 c.c.. Terrore, come causa di annullabilità del contratto, si ritiene riconoscibile anche quando la sussistenza della inesatta percezione della realtà non è nota alla controparte, qualora questa avrebbe potuto conoscerla usando la normale diligenza. Cfr. Cass., 30 marzo 1979 n. 1843, in *Foro it.*, 1979, 1, p. 1910.

## JUS CIVILE



trasmissione (art. 1433 c. c.)<sup>67</sup>. Nel caso in cui però, nonostante l'ausilio dell'elaboratore, l'oblato abbia aderito ad una dichiarazione viziata da errore, questi ne può chiedere l'annullamento, a meno che, «prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere» (art. 1432 c.c.). La lesione della libertà negoziale è altresì riscontrabile nel caso in cui sia un terzo, con la connivenza o meno del dichiarante, ad indurre il contraente in errore. Con riferimento a questa particolare circostanza Terrore può rilevare, anche se non si tratti di errore influente sulla conclusione del contratto, ma solo di errore incidente sul contenuto dello stesso. La violenza è causa di annullamento del contratto quando si concretizza nella minaccia di un male ingiusto e notevole diretta alla parte contraente, ai suoi beni o ai suoi familiari (art. 1436 c. c.), ovvero nella minaccia di esercitare un diritto per conseguire un vantaggio ingiusto (art. 1438 c. c.)<sup>68</sup>. Elemento essenziale perché possano esserci gli estremi della violenza è che il male sia minacciato al contraente e non nei confronti del programmatore che deve trasmettere la dichiarazione di volontà. Infatti, nel caso in cui si venisse a profilare una situazione di questo genere, la violenza esercitata sul programmatore, non inficia il consenso prestato spontaneamente dal contraente. Nel caso in cui un terzo, estraneo al rapporto contrattuale, esercitasse violenza sul programmatore al fine di far pervenire all'oblato una dichiarazione diversa da quella che il predisponente gli aveva ordinato di trasmettere, può accadere che la violenza sia esercitata sul programmatore da un terzo ad insaputa della controparte che si vede pervenire l'accettazione dell'oblato ad una dichiarazione da lui non inviata. In tale circostanza, sia l'oblato sia il dichiarante possono far valere la causa d'invalidità che inficia il contratto. L'oblato infatti può impugnare il contratto viziato ai sensi dell'art. 1434 c.c. e ritenere responsabile il terzo autore della violenza, ma può anche limitarsi a chiedere il risarcimento del danno rappresentato dalle deteriori condizioni alle quali ha dovuto soggiacere<sup>69</sup>. La dichiarazione trasmessa a mezzo di elaboratore può risultare viziata da dolo, cioè da qualsiasi forma di raggirio che altera la volontà contrattuale della vittima<sup>70</sup>. Il dolo è causa di invalidità del contratto (c.d. dolo vizio) e da diritto ad ottenere il risarcimento dei danni quando i raggiri usati da uno dei contraenti siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato (art. 1439 c. 1 c.c.). L'elaboratore può costituire un mezzo per ingannare la controparte e per far sì che questa presti il proprio consenso ad un regolamento contrattuale diverso da quello che avrebbe voluto sottoscrivere. Quando la parte si avvalga di un incaricato per raggirare la controparte il contratto sarà annullabile ai sensi

---

<sup>67</sup> «[...] il programmatore è incorso in un errore di battitura mentre digitava le istruzioni per la macchina, ovvero la macchina stessa ha commesso un errore nel trasmettere i dati (errore ostativo), in tal caso troverà applicazione l'art. 1433 c.c.». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 452.

<sup>68</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Teoria del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 386.

<sup>69</sup> C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 178.

<sup>70</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 624.

## JUS CIVILE



dell'art. 1439 c. 2 c.c. e sussisterà responsabilità solidale in capo alla controparte e al terzo<sup>71</sup>. Se il contraente non è a conoscenza dei raggiri macchinati dall'incaricato il contratto non è annullabile. L'incaricato è comunque responsabile per aver leso la libertà contrattuale della vittima e dovrà risarcire il danno (*ex artt.* 1337 e 1338 c.c.) nella misura dell'interesse della vittima a non stipulare il contratto. E precisamente dovrà risarcire la controparte del danno che avrebbe potuto evitare, se il dolo è stato determinante per la conclusione del contratto, o delle migliori condizioni che avrebbe potuto ottenere (dolo incidente *ex art.* 1440 c.c.). La dichiarazione di volontà è emessa, mediante elaboratore, in forma elettronica, in quanto veicolata da impulsi elettronici e non tradotta su un supporto cartaceo. Tale caratteristica pone il problema se la volontà negoziale del dichiarante possa considerarsi già vincolante nel momento stesso in cui è inserita nel programma, ovvero quando è riprodotta su uno stampato<sup>72</sup>. La dottrina giunge ad affermare l'idoneità della forma elettronica ad attribuire la paternità e l'autenticità del documento al titolare del meccanismo di firma. Tale posizione dottrinale trova giustificazione talvolta in una fiducia nell'affidabilità dello strumento tecnologico; altre volte nei principi di autoresponsabilità e tutela dell'affidamento, che informano l'intera disciplina contrattuale<sup>73</sup>. Si tratta di principi riconducibili al rispetto della buona fede negoziale e si pongono quali strumenti di certezza dei rapporti giuridico-economici<sup>74</sup>. Anche qualora la firma elettronica venga apposta da persona diversa dal titolare, senza il consenso di questi, la prevalente dottrina ritiene imputabile la dichiarazione al *dominus* della relativa chiave di cifratura<sup>75</sup>. Anche volendo considerare che l'adozione di una procedura di sottoscrizione elettronica sia idonea a risolvere il problema dell'imputazione delle dichiarazioni contrattuali telematiche, non può sottacersi che il fenomeno delle firme elettroniche investe una ristrettissima porzione delle migliaia di negoziazioni *online*. In particolare tale fenomeno è pressoché inesistente nella contrattazione *business to consumer*, la limitata rilevanza economica delle operazioni commerciali in cui si sostanzia tale contrattazione non giustifica la sopportazione da parte del consumatore degli elevati costi per l'adozione degli strumenti di firma digitale. Per quanto riguarda il criterio di imputazione da adottare, una parte della dottrina ritiene possibile far ricadere le conseguenze giuridiche della dichiarazione in capo al titolare del *computer* da cui la stessa risulti provenire; così anche se nella dichiarazione neppure venga speso il nome del titolare e per il solo fatto che questa provenga da uno strumento di cui questi ha il controllo<sup>76</sup>. A fronte di questa posizione si pone altra dottri-

---

<sup>71</sup> «[...] il programma è stato volontariamente manomesso in modo da commettere errori; la manomissione potrà essere stata compiuta da uno dei componenti (art. 1349, 1° comma c.c.), oppure da un terzo, ma essere stata sfruttata a proprio vantaggio da uno dei contraenti (art. 1439, 2° comma), in tal caso troveranno applicazione gli artt. 1439-1440 c.c.». Cfr. A. Palazzo-A. Sassi (a cura di), *op. cit.*, p. 452. Cfr. anche C.M. Bianca, *op. cit.*, p. 178.

<sup>72</sup> E. TOSI, *I problemi giuridici di internet*, Milano, 1999, p. 117.

<sup>73</sup> AA.VV., *Manuale di commercio elettronico*, cit., p. 253.

<sup>74</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 38 ss.

<sup>75</sup> E. TOSI, *I problemi giuridici di internet*, cit., p. 32 ss.

<sup>76</sup> «Nel caso in cui non si utilizza la firma digitale, l'imputazione della dichiarazione trova fondamento nel princi-



na che imputa la dichiarazione telematica al titolare del *computer* solo ove sia stato speso il nome di questi e solo se sussistano ulteriori elementi oggettivi tali da fondare l'autoresponsabilità del titolare, nonché il legittimo affidamento di chi abbia ricevuto la dichiarazione<sup>77</sup>. La ricerca di un logico criterio di imputazione delle dichiarazioni telematiche si carica di ulteriori aspetti problematici qualora il *computer* sia utilizzato non quale strumento di trasmissione di una volontà già compiutamente perfezionatasi, bensì quale strumento idoneo ad incidere direttamente nel processo di formazione della volontà<sup>78</sup>; si tratta delle ipotesi di contrattazione cibernetica<sup>79</sup>. Il *computer*, in quanto dotato di uno specifico programma applicativo di intelligenza artificiale<sup>80</sup>, diviene in grado di decidere, senza alcun ulteriore intervento umano, se, quando e a quali condizioni contrarre, procedendo quindi a trasmettere alla controparte la relativa dichiarazione contrattuale. La volontà per produrre effetti giuridici non può essere generica, ma deve riguardare tutti gli elementi dell'atto cui si riferisce. Ci si chiede se possa dirsi corretto imputare al programmatore una volontà che è tale solo in potenza, traducendosi in volontà determinata solo a fronte dell'elaborazione compiuta dalla macchina. Se la volontà del programmatore non implica l'attuale conoscenza del contenuto e dello specifico oggetto dei contratti che saranno in seguito stipulati dal *computer*, tuttavia essa contiene la completa valutazione e predeterminazione degli elementi che, al verificarsi di determinate condizioni obiettivamente rilevabili, condizioneranno il contenuto e l'oggetto di detti contratti<sup>81</sup>. Può accadere che, quantunque il programma non contenga errori logici, né si sia verificato alcun malfunzionamento meccanico nell'elaborazione o nella trasmissione dei dati, la dichiarazione emessa non corrisponda a quanto avrebbe dichia-

---

pio di autoresponsabilità: il custode dell'apparecchio tecnologico ne sopporta la responsabilità perché se ne giova come strumento di ampliamento della propria sfera giuridica». Cfr. G. De NOVA, *Un contratto di consumo in internet*, in *Contratti*, 1999, p. 113. «Il problema della imputazione della volontà dichiarata deve trovare soluzione avendo presenti l'affidamento della controparte, e le esigenze di oggettività che il negozio nella sua interezza deve soddisfare, facendo ricorso, in sostanza, al criterio dell'interpretazione del contratto secondo buona

<sup>77</sup> «Il problema della imputazione della volontà dichiarata deve trovare soluzione avendo presenti l'affidamento della controparte, e le esigenze di oggettività che il negozio nella sua interezza deve soddisfare, facendo ricorso, in sostanza, al criterio dell'interpretazione del contratto secondo buona fede». Cfr. R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 29.

<sup>78</sup> L. SFORZA, *Formazione del consenso e strumenti informatici*, in *Contratti*, 1997, p. 98.

<sup>79</sup> «[...] in questi ultimi il *computer* integra e sostituisce l'operatore umano che si limita a stabilire a priori, utilizzando un programma in grado di dotare la macchina di un'intelligenza artificiale, come il *computer* dovrà comportarsi nelle varie circostanze che si possono verificare». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 447.

<sup>80</sup> «Il termine intelligenza artificiale viene utilizzato per indicare la capacità di un programma di ricreare all'interno di un *computer* alcuni dei processi mentali tipici dell'uomo, dotando la macchina di una capacità di ragionamento. È attualmente molto diffusa l'intelligenza artificiale basata sulla logica *fuzzy*, o logica sfumata, la cui caratteristica è quella di rendere il comportamento del *computer* non lineare, capace di adattarsi alle più svariate situazioni, prendendo in esame le varie opportunità offerte, introducendo una certa dose di casualità». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 448.

<sup>81</sup> «La volontà contenuta nel programma può considerarsi alla stregua di una volontà condizionata al verificarsi di determinati eventi oggettivamente predeterminati. Nulla di indeterminato viene lasciato, e quindi la volontà, anche se condizionata da numerose variabili, contiene *in nuce* tutti gli elementi necessari alla sua esistenza». Cfr. F. PARISI, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1987, p. 21.

## JUS CIVILE



rato il programmatore, ricorrendo le medesime circostanze. Gli algoritmi di cui viene dotato il *computer*, essendo finalizzati a fare della macchina un autonomo operatore nel mondo giuridico-economico, sono necessariamente molto complessi, ma soprattutto non lineari; a ciò consegue un certo grado di imprevedibilità circa il risultato dell'elaborazione della dichiarazione cibernetica<sup>82</sup>. Se, nell'ipotesi di contratto cibernetico, si verifichi una divergenza tra quanto dichiarato dal *computer* e quanto avrebbe dichiarato il programmatore, è ancora corretto imputare a quest'ultimo gli effetti giuridici della dichiarazione?

Vi sono in merito due posizioni: una che riconosce nel computer gli elementi essenziali per assimilarlo, almeno per taluni aspetti, in via analogica, alla figura del rappresentante<sup>83</sup>; l'altra che, negando qualsiasi possibilità di assimilazione del computer a figure di sostituzione nell'attività giuridica, ritiene l'elaboratore un mero strumento meccanico, sebbene dotato di caratteristiche peculiari, tali da distinguerlo da ogni altra macchina<sup>84</sup>. La dottrina che assimila analogicamente il computer al rappresentante<sup>85</sup>, ritiene applicabile la disciplina codicistica sulla rappresentanza (in particolare l'art. 1390 c.c.). Quando il computer-rappresentante elabora la volontà potenziale del programmatore, elabora elementi predeterminati dal rappresentato; dovrebbe quindi trovare applicazione la seconda parte dell'art. 1390 c.c. L'analisi si sposta all'indagine sulla rilevanza dell'eventuale errore che abbia colpito il procedimento di formazione della volontà potenziale del programmatore. Le ipotesi sono due: o si ritiene che nessun errore abbia inficiato la volontà del programmatore, e quindi che da nessun errore sia affetto il programma; oppure si ritiene viziata da errore la volontà del programmatore, e quindi il programma; in tal caso troverà applicazione la disciplina in materia di errore-vizio, che dispone l'essenzialità e riconoscibilità dell'errore quali necessari presupposti per far valere il vizio come causa di annullamento del contratto<sup>86</sup>. La valutazione della riconoscibilità dell'errore non potrà prescindere dall'applicazione dei principi di autoresponsabilità e legittimo affidamento di controparte; pertanto il programmatore risulterà vincolato alla dichiarazione tutte le volte in cui questa non sia tanto difforme dal voluto da apparire viziata. Coloro che ritengono che nessun

---

<sup>82</sup> «L'elaboratore esprime una volontà che è sì del *dominus* quanto alla genesi, ma è sua quanto al modo e tempo in cui si manifesta, tanto da non essere sempre prevedibile neppure da parte di chi lo ha programmato». Cfr. R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 396.

<sup>83</sup> R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 395 ss.

<sup>84</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 212 ss.

<sup>85</sup> «L'unica soluzione possibile sembra debba essere ravvisata nell'estensione per analogia della disciplina dell'errore commesso dal rappresentante e quindi, in base al rinvio effettuato dall'articolo 1390 c.c., della disciplina dell'errore in generale. Una volta compiuta questa operazione, sarà agevole applicare alle varie fattispecie di contratto digitale, le disposizioni codicistiche con cui presentano le maggiori affinità: *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 451.

<sup>86</sup> «A tale proposito, la Corte di cassazione ha affermato che, nei contratti conclusi dal rappresentante, sia nell'ipotesi di rappresentanza volontaria, sia in quella di rappresentanza legale, occorre avere riguardo per i vizi della volontà che rendono annullabile il negozio, agli stati soggettivi del rappresentante e non a quelli del rappresentato». Cfr. A. PALAZZO-A. SASSI (a cura di), *op. cit.*, p. 450. Cfr. anche V. ROPPO, *op. cit.*, p. 453.

# JUS CIVILE



profilo soggettivo possa, neppure per fictio iuris ed in via analogica, essere attribuito al computer, risolvono il problema applicando, direttamente e senza ulteriori indagini, i principi di auto-responsabilità e legittimo affidamento. Questa seconda posizione si basa sulla considerazione per cui chi decida di servirsi delle potenzialità cibernetiche del computer, fiducioso dei vantaggi che potrà conseguire in termini di volume di scambi e riduzione dei costi di transazione, deve essere consapevole dei rischi insiti in tale utilizzo dello strumento informatico; in particolare è tenuto a conoscere il rischio che venga immessa nel circuito economico una dichiarazione difforme dalle proprie aspettative<sup>87</sup>. Anche nell'ipotesi della contrattazione cibernetica risulta così il chiaro intento dell'interprete di attribuire il massimo rilievo ai principi di autoresponsabilità ed affidamento incolpevole<sup>88</sup>, sintetizzati nel concetto di apparenza imputabile<sup>89</sup>, quali criteri di imputazione giuridica delle dichiarazioni contrattuali involontarie; la ratio sottesa è principalmente la volontà di favorire la rapida e sicura circolazione giuridica, presupposti necessari allo sviluppo efficiente del mercato. Nelle ipotesi di contratto concluso da un interdetto o da un inabilitato, non sembra che l'aver veicolato la dichiarazione contrattuale per via telematica comporti alcuna conseguenza di rilievo nell'applicazione dell'art. 1425 c. 1 c.c.; il contratto sarà pertanto annullabile. Tale soluzione è ineccepibile in caso di contrattazione telematica mediante scambio di e-mail\ tale tipo di contrattazione telematica è equiparabile a qualsiasi altra forma di contrattazione a distanza: la trattativa intercorre pur sempre tra due interlocutori umani e come tale è percepita dagli stessi. Non c'è alcun onere aggiuntivo per il contraente rispetto a quello di controllare, con l'ordinaria diligenza, che il dichiarante sia dotato della capacità legale di agire. Nel caso di contrattazione telematica mediante point & click, dove la macchina si comporta come un automa<sup>90</sup>, non può trovare applicazione la disciplina sull'annullamento per difetto di capacità del contraente. Ciò è giustificato da taluni elementi caratterizzanti tale tipo di contrattazione: la materiale impossibilità per la macchina distributrice di verificare la capacità legale dell'accettante, la difficoltà di risalire con certezza all'identità del contraente, nonché il modesto valore economico dei beni distribuiti con tali mezzi. Quest'ultimo elemento induce a privare

---

<sup>87</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 37 ss.

<sup>88</sup> E. GIANNANTONIO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997, p. 259 ss.

<sup>89</sup> «Il fenomeno dell'apparenza del diritto si ha quando, ad una situazione di fatto apparente, non corrispondente a quella che costituisce il sostrato materiale di una fattispecie giuridica, si accompagna il convincimento di terzi, derivante da buona fede o errore scusabile, e come tale immune da colpa, che lo stato di fatto apparente rispecchi la realtà giuridica, si da indurre a regolare la loro condotta nella sfera del diritto facendo ragionevole affidamento nella situazione non vera». Cfr. Cass., 14 luglio 1967, n. 1773, in *Rep. Foro it.*, 1966, p. 47. Cass., 17 maggio 1966, n. 1257, in *Rep. Foro it.*, 1966, p. 48.

184

<sup>90</sup> «L'automata è un meccanismo per cui si effettua l'esecuzione di una prestazione. L'atto e la prestazione sono indicali all'esterno dell'apparecchio. Il primo consiste nell'introduzione di una moneta (iactus pecuniae) attraverso un'apertura praticamente all'esterno dell'apparecchio. La seconda assume aspetti diversi secondo le applicazioni sempre crescenti in cui l'ingegno umano può utilizzare un tale meccanismo». Cfr. A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, in *II Filangeri*, 1901, p. 561.

## JUS CIVILE



l'incapace della protezione legale consistente nella possibilità di ottenere l'annullamento del contratto, in quanto, a fronte di tale perdita, l'incapace si vede riconosciuto il beneficio di compiere liberamente i c.d. atti della vita quotidiana, necessari allo sviluppo della propria personalità ed alla gestione della propria vita di relazione<sup>91</sup>. La contrattazione per point & click è assimilabile al contratto per automatico solo per taluni aspetti materiali. Tale forma di contrattazione difetta di quegli elementi che giustificano l'esonero dei contratti automatici dal regime legale delle incapacità: ben può accadere che abbia ad oggetto la vendita di beni o la prestazione di servizi tutt'altro che di modico valore economico; è sempre possibile accettare l'identità del contraente, ma soprattutto il computer che riceve la dichiarazione contrattuale può essere messo in grado di accertare o informare il dominus dell'onere di accertare la capacità legale del dichiarante. La rigidità dell'art. 1425 c. 1 c.c., per cui è annullabile ogni contratto stipulato da persona legalmente incapace, è attenuata, in ipotesi di contratto stipulato da minore, da quanto dispone l'art. 1426 c.c., in base al quale il contratto del minore non è annullabile qualora questi abbia con raggiri occultato la sua minore età, precisando che non integra raggiro la semplice dichiarazione di essere maggiorenne. La ratio della norma va ricercata nel fatto che il minore è tutelato dal rischio di rimanere vincolato ai propri contratti non in ragione di un difetto della propria sfera psico-fisica, bensì in ragione di una semplice presunzione di immaturità; tale presunzione viene meno qualora il minore, attraverso la macchinazione atta ad occultare la minore età, dimostri di essere tutt'altro che ingenuo ed immaturo. Inoltre il raggiro posto in essere dal minore rileva nelle ipotesi in cui crei una situazione di apparenza tale da ingenerare nella controparte un affidamento sulla regolarità del contratto, superabile solo con un'attività di accertamento qualificata, esorbitante il limite dell'ordinaria diligenza<sup>92</sup>. La dottrina ritiene privo di tutela specifica il contraente telematico affetto da incapacità naturale; infatti l'utilizzazione dello strumento telematico, soprattutto quando richieda di seguire attentamente una procedura standard, ingenererebbe nel ricevente il legittimo affidamento circa la capacità di intendere e volere del dichiarante<sup>93</sup>. La proposta contrattuale, indipendentemente dallo strumento utilizzato per formarla e trasmetterla, può essere definita come la dichiarazione unilaterale di volontà con cui un soggetto manifesta ad uno o più soggetti la propria volontà attuale a concludere un determinato contratto<sup>94</sup>. La proposta, a differenza di un mero invito a proporre, deve soddisfare il requisito della completezza; deve cioè contenere tutti gli elementi del futuro contratto, necessari e sufficienti perché questo si possa concludere secondo uno degli schemi legali di conclusione dell'accordo, in forza della sola condotta commissiva (accettazione espressa o tacita) od omissiva dell'oblato, senza che il proponente debba compiere alcuna ulteriore attività negoziale<sup>95</sup>. Qualora si tratti di

---

<sup>91</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 777.

<sup>92</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 770.

<sup>93</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 161.

<sup>94</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 101.

<sup>95</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 218 ss.

## JUS CIVILE



proposta individualizzata, trasmessa mediante messaggio di posta elettronica, troverà applicazione l'art. 1335 c.c.; pertanto gli effetti della proposta decorreranno dal momento in cui questa giunga all'indirizzo dell'oblato, ovvero dal successivo momento in cui questi venga a conoscenza della proposta, qualora dimostri di essersi trovato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia fino a quel momento. Potrebbe accadere che il predisponente il sito si sia preoccupato di manifestare in modo inequivoco il termine iniziale di validità della proposta, o indicando in via generale la data in cui il sito ha subito l'ultimo aggiornamento<sup>96</sup>, o provvedendo specificamente per ogni proposta; in tal caso la proposta contrattuale è manifestazione di autonomia negoziale, fa pertanto fede quanto dichiarato dal proponente. Non sempre però il titolare del sito manifesta una simile accortezza, si pone allora la questione se ritenere la proposta decorrente dal momento della sua messa in rete o dal diverso momento in cui l'oblato ha preso conoscenza della proposta. Se si accoglie l'impostazione dottrinale che vede nell'offerta al pubblico una dichiarazione non ricettizia<sup>97</sup>, dovrà senza dubbio concludersi che l'offerta pubblicata in un sito web produce i suoi effetti dal momento stesso in cui viene emessa<sup>98</sup>. Sembrerebbe però che si possa giungere ad analoga soluzione anche accogliendo l'opposto orientamento dottrinale che afferma la ricettizietà dell'offerta al pubblico<sup>99</sup>. La pubblicazione dell'offerta in rete soddisferebbe pienamente il requisito della conoscibilità della proposta da parte dei destinatari, conformemente a quanto richiesto dall'art. 1335 c.c. quale condizione di efficacia per le dichiarazioni ricettizie<sup>100</sup>; in altri termini, si avrebbe un'altra forma di ricettizietà, consistente nel porre in essere un'adeguata pubblicità. La proposta contrattuale può essere individualizzata, ossia indirizzata ad uno o più destinatari determinati; ma può anche assumere la forma dell'offerta al pubblico di cui all'art. 1336 c.c. L'elemento discriminante tra l'offerta al pubblico e la proposta individualizzata va ricercato nel fatto che il proponente si rivolge ad una platea di destinatari in modo non individuale, ma collettivo, utilizzando un mezzo di comunicazione di massa, piuttosto che nel fatto che i destinatari siano molti o pochi ovvero che essi siano o meno conosciuti dal proponente<sup>101</sup>. La proposta contrattuale veicolata mediante posta elettronica, non essendo anno-

---

<sup>96</sup> C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO-F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Profili giuridici del commercio via internet*, Milano, 1999, p. 82.

<sup>97</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 221 ss.

<sup>98</sup> C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO-F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>99</sup> F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, 1961, p. 858.

<sup>100</sup> «Al di là delle diverse opinioni sulla nozione di ricettizietà, è però importante individuare il momento a partire dal quale l'offerta è perfezionata se da quando è resa pubblica o da quando giunge a conoscenza dei singoli. La soluzione più corretta sembra nel senso che il perfezionamento dell'offerta al pubblico coincide con il momento in cui viene resa pubblica, altrimenti si annulla la differenza con il regime comune: pare corretto ritenerla perfezionata con la pubblicazione, momento intermedio tra l'espressione e la recezione, cioè con l'essere resa adeguatamente conoscibile nella cerchia di soggetti di cui si vuole provocare l'accettazione. L'inserimento su *internet* configura senz'altro detta adeguatezza, salvi messaggi limitativi che l'accompagnino». Cfr. L. ALBERTINI, *Osservazioni sulla conclusione del contratto tramite computers e sull'accettazione di un'offerta in internet*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 46.

<sup>101</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 111.

## JUS CIVILE



verabile tra i mezzi di comunicazione di massa, non può mai essere considerata offerta al pubblico, anche nelle ipotesi in cui la medesima proposta sia stata inviata ad un numero molto elevato di destinatari assolutamente sconosciuti al proponente. Qualora un sito contenga la dettagliata descrizione di determinati prodotti o servizi, il richiamo alle condizioni generali di contratto, nonché l'indicazione dell'attività richiesta all'utente per la conclusione del contratto, non dovrebbe dubitarsi del fatto che ci si trovi innanzi ad un'offerta al pubblico, ricorrendo l'ipotesi di una proposta, destinata ad una pluralità di soggetti mediante un mezzo di comunicazione di massa<sup>102</sup>. Altra parte della dottrina rileva invece come la fattispecie in esame andrebbe ascritta al novero delle proposte individualizzate. Si tratterebbe delle ipotesi in cui la stessa presentazione dei prodotti o servizi al visitatore del sito sia condizionata ad una preliminare identificazione personale dell'utente (la registrazione al sito). La soddisfazione di tale procedura identificativa renderebbe noto e determinato il destinatario della successiva proposta; da ciò conseguirebbe la qualificazione di proposta individualizzata<sup>103</sup>. In ogni caso l'identificare se una proposta contrattuale sia individualizzata o se integri la fattispecie dell'offerta al pubblico non ha grande rilevanza pratica, stante la sostanziale omogeneità delle discipline dettate dal Codice per le due fattispecie. È invece essenziale distinguere l'offerta al pubblico che, costituendo proposta contrattuale, espone l'offerente al rischio del vincolo contrattuale, dall'invito a proporre che, comportando il sorgere di una mera trattativa, espone il dichiarante al solo rischio di incorrere in una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. L'art. 1336 c. 1 c.c. si limita a disporre che «l'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi»; sulla base di tale norma e sulla base della definizione generale di proposta fornita in precedenza, si evince che: l'offerta al pubblico costituisce proposta e non mero invito a proporre, se è completa, ossia contiene gli elementi essenziali del contratto ed è inequivoca, manifesta cioè chiaramente la volontà di contrarre del proponente, volontà da valutarsi alla luce delle circostanze e degli usi<sup>104</sup>. Il requisito della completezza, essendo suscettibile di valutazione oggettiva, non pone particolari problemi; altrettanto non può dirsi per il requisito della non equivocità. In particolare la dottrina ha sempre dibattuto della qualificazione giuridica più corretta per l'ipotesi della esposizione di merce in vetrina<sup>105</sup>, ove il requisito della completezza sia soddisfatto dall'indicazione del prezzo. Nelle ipotesi in cui le concrete modalità di predisposizione del sito facciano ragionevolmente pensare di trovarci di fronte ad un distributore automatico o ad un catalogo elettronico, sarà pacifica la qualificazione della fattispecie come offerta al pubblico.

---

<sup>102</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 113.

<sup>103</sup> AA.VV., *Manuale di commercio elettronico*, cit., p. 254 ss.

<sup>104</sup> «L'offerta al pubblico deve manifestare, sia pure tacitamente, la volontà attuale del proponente di concludere il contratto e deve essere completa, deve cioè contenere gli estremi essenziali del contratto». Cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 251.

<sup>105</sup> C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 252.

## JUS CIVILE



Quanto all'ipotesi del catalogo elettronico, è da notare come vi sia chi ritenga configurabile come tale anche il sito che presenti dei beni o servizi\_ senza indicarne immediatamente il prezzo, ritenendo sufficiente che sia chiara l'intenzione di contrarre e che il prezzo sia facilmente reperibile altrimenti sul web (ad esempio mediante link ad altra pagina elettronica; in tal caso infatti l'attività ulteriore richiesta all'utente di ricerca del prezzo del bene sarebbe assimilabile alla consultazione del tradizionale catalogo cartaceo)<sup>106</sup>. Qualora invece il sito sia effettivamente assimilabile ad una vetrina elettronica, difettando delle caratteristiche che lo riconducano ad una delle altre più qualificate fattispecie, si ripropone il dibattito tradizionale circa la configurabilità dell'offerta al pubblico mediante esposizione della merce<sup>107</sup>. Qualora sia stato appurato che le dichiarazioni che compaiono in un determinato sito integrino offerta al pubblico, resta da accertare cosa accada nell'ipotesi in cui le accettazioni superino le disponibilità di magazzino. La dottrina ritiene applicabile la teoria tradizionale<sup>108</sup> che dispone la prevalenza del criterio temporale: il contratto sarà concluso con colui che per primo avrà inviato l'accettazione elettronica<sup>109</sup>. Le regole per la revoca della proposte contrattuali sono poste dall'art. 1328 c. 1 c.c., che detta la disciplina generale, nonché dall'art. 1336 c. 2 c.c., che dispone in ordine alla revoca dell'offerta al pubblico, qualora questa sia posta in essere nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente. In merito all'art. 1336 c. 2 c.c. non si pongono particolari problemi interpretativi essendo assolutamente inequivoca la lettera della norma nell'affermare la natura non recettizia della particolare revoca su cui dispone. È solo da sottolineare che, nel caso di offerta al pubblico contenuta in un sito internet, è opinione comune che l'eventuale revoca ex art. 1336 c. 2 c.c. debba essere egualmente fatta a mezzo internet; la peculiarità del medium utilizzato infatti, stante la sua diffusione planetaria, impedisce di rinvenire forme ad esso equivalenti<sup>110</sup>. In relazione all'art. 1328 c. 1 c.c. invece pane della dottrina<sup>111</sup> e la giurisprudenza<sup>112</sup> ritengono che la revoca della proposta si debba qualificare come atto non recettizio, in deroga all'art. 1334 c. c. Viene ritenuta efficace la revoca che sia emessa prima della conclusione del contratto, ossia prima che l'accettazione sia giunta all'indirizzo del proponente, indipendentemente dal momento in cui giunga all'indirizzo dell'oblato. Altra parte della dottrina<sup>113</sup> e la più recente giurisprudenza<sup>114</sup> affermano il carattere recettizio della revoca della proposta, fondando la propria tesi sull'espresso disposto dell'art. 1335 c.c., nonché sulla opportunità di interpretare una norma

---

<sup>106</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 113.

<sup>107</sup> E. TOSI, I problemi giuridici di internet, *cit.*, p. 34.

<sup>108</sup> A. DI MAJO, voce *Offerta al pubblico*, in *Enc. dir.*, voi. XXIX, 1979, p. 762.

<sup>109</sup> A. M. GAMBINO, *Offerta e accettazione nel contratto telematico internazionale*, in *Vita not.*, 1998, p. 1267.

<sup>110</sup> E. TOSI, *op. cit.*, p. 36.

<sup>111</sup> V. ROPPO, *op. cit.*, p. 153.

<sup>112</sup> App. Milano, 21 marzo 1995, in *Giur. it.*, 1995, I, p. 800.

<sup>113</sup> C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 236 ss.

<sup>114</sup> Cass., 16 maggio 2000, n. 6323, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 372.

## JUS CIVILE



piuttosto equivoca e generica quale l'art. 1328 c. 1 c.c. in senso conforme al sistema, di cui l'art. 1334 c.c. costituisce elemento essenziale. Secondo quest'ultimo orientamento, la revoca è efficace solo in quanto giunga all'indirizzo dell'oblato prima che l'accettazione di questi sia giunta all'indirizzo del proponente. La contrattazione telematica riduce significativamente la portata di tale problema interpretativo: l'immediatezza della trasmissione telematica delle dichiarazioni negoziali infatti, elimina sostanzialmente lo scarto temporale intercorrente tra il momento di emissione della revoca della proposta ed il momento in cui questa giunge all'indirizzo elettronico dell'oblato. In altri termini, l'immediatezza con cui viaggiano le comunicazioni telematiche, combinata con la presunzione di conoscibilità di cui all'art. 1335 c.c., è una seria minaccia per l'intero regime di efficacia degli atti unilaterali, in quanto fondato sulla ricettività attenuata di cui agli artt. 1334, 1335 c.c.; il principio codicistico della cognizione– conoscibilità rischia, nella contrattazione telematica, di cedere sostanzialmente il campo all'opposto principio dell'emissione L'oblato ha a disposizione diversi mezzi per incontrare, con la propria accettazione, la volontà contrattuale dichiarata dal proponente; uno di questi, il meno comune nella pratica telematica, consiste nell'invio di una e-mail all'indirizzo elettronico del proponente, indicato a tal fine da questi. Ricorrendo tale ipotesi, l'accettazione, in quanto tempestiva e conforme alla proposta<sup>115</sup>, determina la conclusione del contratto secondo lo schema generale di cui agli artt. 1326, 1334, 1335 c.c.: il contratto è concluso nel momento e nel luogo in cui l'accettazione è giunta all'indirizzo elettronico del proponente, salvo che questi dimostri di essersi trovato nell'incalpevole impossibilità di averne notizia. Non può infatti dubitarsi dell'applicabilità dell'art. 1335 c.c. alla fattispecie in esame; essendo pienamente compatibile la nozione di indirizzo elettronico con l'ampia definizione di indirizzo accolta da dottrina e giurisprudenza ed essendo incontrovertibile l'irrelevanza del particolare strumento di comunicazione adottato<sup>116</sup>. Ad ulteriore suffragio di quanto detto depono lo stesso dato testuale dell'art. 14 d. p. r. 445/2000, per cui «il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato». Ciò determina la necessità di chiarire se per indirizzo elettronico debba intendersi il luogo in cui si trova il server, ovvero il luogo in cui si trova il computer dell'utente al momento in cui su di esso viene scaricato il messaggio. Nel primo caso il contratto dovrà ritenersi concluso nel tempo in cui il messaggio contenente l'accettazione giunge al server del proponente e nel luogo in cui detto server fisicamente si tro-

<sup>115</sup> V. ROPPO, *CIT.*, p. 106 ss.

<sup>116</sup> Per indirizzo, cui inviare le dichiarazioni unilaterali ex artt. 1334, 1335 c.c., si intende «il luogo ricompreso in concreto nella sfera di controllo del destinatario, quale risulta da un criterio di collegamento ordinario (dimora o domicilio) o di normale frequenza (luogo di esercizio dell'attività lavorativa), ovvero dalla stessa indicazione del destinatario». Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 104; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 223; Cass. 9 settembre 1978, n. 4083, in *Giust. civ.*, 1978, p. 1377; Cass., 30 marzo 1992, n. 3908, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 345. In senso conforme anche l'art. 24 della Convenzione di Vienna 1980, sulla vendita internazionale di beni mobili, per cui: «Una proposta, una accettazione o qualsiasi altra manifestazione di volontà giunge al destinatario quando gli è rivolta verbalmente o è consegnata, con qualsiasi mezzo, a lui personalmente, presso la sede d'affari o al suo recapito postale o, in mancanza, presso la sua dimora abituale».

## JUS CIVILE



va; nel secondo caso, il contratto dovrà ritenersi concluso nel tempo e nel luogo in cui il messaggio contenente l'accettazione sia stato scaricato sul proprio computer dal proponente. Sia la prima soluzione che la seconda sono astrattamente compatibili con il disposto dell'art. 1335 c.c.: in entrambe le ipotesi si prescinde dal fatto che il destinatario abbia avuto effettiva conoscenza del messaggio, rilevando la sola conoscibilità dello stesso. Non esistono norme che specifichino se adottare l'una piuttosto che l'altra soluzione: l'art. 22 lett. h) del d. p. r. 445/2000 definisce l'indirizzo elettronico quale «identificatore di una risorsa fisica o logica in grado di ricevere e registrare documenti informatici»; ebbene è pacifico che tanto il server quanto il computer dell'utente soddisfino i requisiti di tale definizione. L'art. 11 par. 1 lett. b) della direttiva 31/2000/CE precisa che «l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi»; entrambe le soluzioni prospettate non implicano la conoscenza del messaggio, bensì la sua mera conoscibilità, ossia la possibilità di accedervi. L'orientamento dominante è nel senso di individuare l'indirizzo elettronico nel server piuttosto che nel computer del destinatario<sup>117</sup>, nonostante vi siano in materia orientamenti di segno opposto<sup>118</sup>. Secondo altra dottrina, ai contratti conclusi mediante l'invio di una e-mail si applica tanto l'indirizzo elettronico, inteso come server del provider del proponente, quanto l'indirizzo tradizionale: applicando il primo per determinare il momento di conclusione del contratto; applicando il secondo, mediante una *fiction iuris*, al solo fine di determinare il luogo di conclusione del contratto. Il contratto sarebbe pertanto concluso nel momento in cui la comunicazione elettronica, contenente l'accettazione, giunge al server del proponente (suo indirizzo elettronico, virtuale), ma nel luogo in cui si trova l'indirizzo reale del proponente<sup>119</sup>. La posta elettronica presenta caratteri tali da avere indotto la dottrina che si è occupata dell'argomento a riconoscerle una posizione privilegiata rispetto alla posta tradizionale<sup>120</sup>. La posta elettronica si presenta quale mezzo di trasmissione immediato, determinando la sostanziale coincidenza temporale tra emissione e ricezione della comunicazione, nonché particolarmente sicuro, riducendo, fino al limite della trascurabilità, il rischio di smarrimento, alterazione o abusiva lettura del messaggio. Ai sensi dell'art. 14 c. 2 d. p. r. 445/2000 «la data e l'ora di formazione, di trasmissione o di ricezione di un documento informatico, redatto in conformità alle disposizioni del presente regolamento e alle regole tecniche di cui agli artt. 8 c. 2 e 9 c. 4, sono opponibili ai terzi»; ne consegue una particolare efficacia probatoria della comunicazione mediante e-mail, rispetto all'omologa comunicazione inviata a mezzo del servizio postale.

---

<sup>117</sup> «Nei contratti telematici conclusi utilizzando il servizio *e-mail* [...] normalmente il contratto

<sup>118</sup> «Nel caso di negoziazione attraverso *e-mail*, il contratto si concluderà nel tempo e nel luogo in cui il proponente avrà notizia dell'accettazione scaricandola sul proprio *computer*». Cfr. R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 267.

<sup>119</sup> «Il momento della conclusione dei contratti formati via *e-mail* può farsi certamente coincidere con l'arrivo dell'accettazione nella casella postale del proponente, ma questa rimane pur sempre un indirizzo virtuale, pertanto il luogo di conclusione del contratto non potrà che identificarsi con l'indirizzo reale del proponente». Cfr. L. CAVALAGLIO, *L'art. 11 della Direttiva 2000/31/CE e le tecniche di conclusione del contratto telematico*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2001, p. 111.

<sup>120</sup> L. CAVALAGLIO, *op. cit.*, p. 110.

## JUS CIVILE



L'art. 1328 c. 2 c.c., come integrato dall'art. 1335 c.c., è inapplicabile, essendo impossibile che la revoca giunga a conoscenza del proponente, al suo indirizzo elettronico, prima dell'accettazione; giungendo quest'ultima a destinazione pochi istanti dopo essere stata emessa. Il modo più comune con cui l'oblato può accettare la proposta e concludere il contratto, consiste nella pressione del c.d. tasto negoziale virtuale<sup>121</sup>; si parla in tali casi di conclusione dell'accordo telematico mediante point & click. Tale iter di conclusione del contratto telematico è caratteristica esclusiva della contrattazione realizzata mediante accesso ad un sito internet. L'utente accede al sito predisposto in modo da riprodurre le caratteristiche di un supermercato; individua un bene o servizio idoneo a soddisfare le proprie esigenze di consumo; quindi clicca sulla relativa icona, determinando così l'apertura di una pagina web collegata alla precedente, contenente: maggiori dettagli sulle caratteristiche del futuro acquisto, le condizioni generali di contratto, un modulo elettronico di accettazione in cui inserire i propri dati identificativi, nonché il tasto negoziale «accetto». La pressione del tasto negoziale comporta la trasmissione del modulo di accettazione al computer del proponente e quindi la conclusione del contratto. Qualora all'accettante non venga richiesto di digitare il proprio numero di carta di credito, la pressione del tasto negoziale è inequivocabilmente da considerarsi quale manifestazione di volontà contrattuale, costituente a tutti gli effetti accettazione secondo lo schema generale di conclusione dell'accordo (artt. 1326, 1334, 1335 c.c.); pertanto il contratto sarà concluso nel tempo e nel luogo in cui l'impulso elettronico inviato dal computer dell'oblato giunge al computer dell'offerente<sup>122</sup>. Si discute se si tratti di accettazione espressa<sup>123</sup>, ovvero di accettazione tacita estrinsecatesi in un comportamento concludente<sup>124</sup>. Maggiori problemi sorgono qualora all'accettante venga richiesto di digitare, all'interno del modulo contenente i propri dati identificativi, anche il proprio numero di carta di credito. La digitazione del numero di carta di credito è un semplice elemento integrante dell'accettazione; elemento che confermerebbe la volontà dell'oblato di accettare, manifestando in modo inequivoco la sua consapevolezza dello stare concludendo un contratto e costituisce l'ulteriore elemento oggettivo che la dottrina<sup>125</sup> richiede per imputare, in forza dei principi di autoresponsabilità e legittimo affidamento, la dichiarazione telematica a chi appare esserne l'autore. L'uso della carta di credito costituisce adempimento della prestazione pecuniaria, quindi esecuzione del contratto; a tale conclusione si può giungere accreditando la teoria dottrinale che riconosce nella materiale consegna della somma di denaro solo una delle possibili forme di pagamento<sup>126</sup>. L'inserimento dei dati della propria carta di credito nel modulo di accettazione trasmesso per point & click, pur costituendo pagamento e quindi esecuzione del contratto, non comporta l'iscrizione della fattispecie allo schema speciale

---

<sup>121</sup> V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Il commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 165.

<sup>122</sup> R. BORRUSO, *op. cit.*, p. 267.

<sup>123</sup> G. ROGNETTA, *Il commercio elettronico*, Napoli, 2000, p. 64.

<sup>124</sup> C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO-F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 95.

<sup>125</sup> R. CLARIZIA, *op. cit.*, p. 29.

<sup>126</sup> A. M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 145 ss.

## JUS CIVILE



di conclusione dell'accordo (proposta + inizio di esecuzione), continuando a trovare applicazio-  
ne lo schema generale (proposta + accettazione) di cui agli artt. 1326, 1334, 1335 c.c. L'art. 12  
c. 1 del d. lgs. 70/2003 in base al quale «Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano  
anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione  
inoltri il proprio ordine per via telematica», ha superato qualsiasi suggestione di dettare un mo-  
dello speciale per la conclusione dei contratti telematici. Nello scongiurare l'introduzione  
nell'ordinamento di un'autonoma forma speciale di conclusione dell'accordo telematico, fonda-  
ta su un complesso e farraginoso meccanismo di proposte, accettazioni ed avvisi di ricevimento,  
il legislatore delegato ha voluto, con la previsione dell'obbligo informativo a carico del prestatore  
ex art. 12 c. 2 porre rimedio al rischio, caratteristico della contrattazione telematica mediante  
accesso al sito, che l'incauto navigatore, con la semplice pressione di un tasto, si vincoli senza  
avere neppure consapevolezza del vincolo assunto<sup>127</sup>. Rischio che importa notevoli conseguen-  
ze pratiche tanto sul piano generale quanto in ipotesi di contratti consumeristici, ove il consuma-  
tore, inconsapevole di aver stipulato un contratto, potrebbe lasciare trascorrere inutilmente il  
breve termine concessogli per l'efficace esercizio del diritto di recesso di pentimento. A tale ul-  
timo aspetto ha badato il legislatore tramite la declaratoria di inderogabilità convenzionale della  
norma, prevista per i soli contratti business to consumer, nonché alla limitata applicabilità della  
disciplina in esame alla sola contrattazione telematica indiretta<sup>128</sup>, ovvero alla sola forma di  
contrattazione telematica per cui è ammesso il diritto di recesso di pentimento. In conclusione  
tentiamo di fornire risposta al quesito circa l'idoneità o meno del diritto esistente a fornire ido-  
nea sovrastruttura normativa al fenomeno della contrattazione telematica. Le soluzioni proposte  
sono quattro:

- ritenere applicabile il diritto esistente, mediante il solo ausilio dell'interpretazione;
- ritenere inidoneo il diritto esistente, necessitandone la integrazione da parte di un corpo di  
norme di settore;
- ritenere *internet* un ordinamento giuridico autonomo e originario, insuscettibile in quanto  
tale di eteroregolamentazione;
- ritenere *internet* un mondo virtuale, insuscettibile di alcuna forma di regolamentazione che  
non si traduca nelle regole tecniche (c.d. *lex informatica*). Si parla in tale ipotesi di *cyber-  
anarchia*<sup>129</sup>.

La natura dematerializzata e deterritorializzata di *internet*, la cui struttura si basa su locazioni

---

<sup>127</sup> M. SANTAROSSA, *cLa direttiva europea sul commercio elettronico*, in *Contr. Impr. Europa*, 2001, p. 586.

<sup>128</sup> «L'art. 11, c. 1, lett. a pare logicamente applicabile solo al caso del commercio elettronico indiretto, relativo alla fornitura di beni materiali da consegnarsi mediante i tradizionali mezzi di trasporto, perché nell'ipotesi di commercio elettronico diretto l'immediatezza dell'adempimento del fornitore renderebbe l'eventuale ricevuta dell'ordine assolutamente superflua». Cfr. M. SANTAROSSA, *op. cit.*, p. 856.

<sup>129</sup> T. BALLARINO, *op. cit.*, p. 37 ss.

## JUS CIVILE



logiche piuttosto che su locazioni geografiche, induce ad una riflessione sulla sua stessa qualificazione come mero strumento di telecomunicazione, quantunque tecnologicamente avanzato, fruibile da utenti localizzabili, anche mediante *fictio iuris*, nel mondo reale; avanzando alcuni ipotesi che si tratti piuttosto di un luogo virtuale, un mondo parallelo identificatesi con l'ambito di operatività degli utenti collegati mediante il proprio PC secondo il protocollo TCP-IP: la c.d. *net community*<sup>78</sup>. L'accoglimento di questa ipotesi porterebbe con sé l'applicabilità ad *internet* degli ordinamenti giuridici nazionali esistenti, essendo questi imprescindibilmente dipendenti da criteri di collegamento territoriale, lasciando così sopravvivere due soluzioni: la *cyber-anarchia*, ovvero l'esistenza di un ordinamento giuridico, autonomo ed originario in cui si sostanziano *internet*. Tradizionalmente sono ritenuti elementi necessari ad ogni ordinamento giuridico: una pluralità di soggetti, una normazione ed una organizzazione<sup>130 131</sup>. Se i primi due elementi non sembrano estranei alle caratteristiche della rete, altrettanto non può dirsi per il requisito dell'organizzazione, salvo che per organizzazione si voglia intendere qualsiasi modello strutturale, anche meramente tecnico, idoneo a costituire un legame tra una pluralità di soggetti<sup>132</sup>. *Internet* non è un fenomeno avente natura unitaria, bensì si compone di una pluralità di reti e sottoreti, autonome e prive di alcun tipo di organizzazione gerarchica<sup>133 134</sup>. A prescindere dalla ambiziosa qualificazione terminologica di ordinamento, è comunque innegabile che *internet* presenti alcuni caratteri di autosufficienza normativa; si assiste ad una sempre maggiore produzione spontanea di norme convenzionali di settore, che vanno sotto il nome di *lex electronica*, fondate sulla prassi negoziale telematica ed in taluni casi raggruppate in apposite fonti di cognizione: i codici di condotta<sup>135</sup>. In Italia, la teoria che identifica *internet* con un luogo virtuale, in cui si esprimerebbe l'autodeterminazione giuridico-economica di una comunità reale, non ha mai goduto di particolari consensi, essendo generalmente accolta la teoria che vede in *internet* un mero strumento di telecomunicazione, quantunque dotato di caratteristiche tecniche tali da impedirne la confusione con i tradizionali strumenti di telecomunicazione. Il problema di scelta del diritto applicabile all'accordo telematico viene dunque limitato alle prime due alternative: ritenere applicabile il diritto esistente mediante il solo ausilio dell'interpretazione ovvero ritenere necessaria una integrazione del diritto esistente ad opera di un corpo di norme di settore. La prima solu-

---

<sup>130</sup> G. FINOCCHIARO, *La conclusione del contratto telematico mediante i software agents: un falso problema giuridico*, in *Contr. Impr.*, 2001, p. 579 ss.

<sup>131</sup> M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 219.

<sup>132</sup> G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 576.

<sup>133</sup> «Nessun singolo ente gestisce *internet*. Essa esiste e funziona come risultato del fatto che centinaia di migliaia di singoli operatori di elaboratore, e di reti di elaboratori, hanno deciso autonomamente di utilizzare protocolli comuni per lo scambio di comunicazioni. Non vi sono archivi centralizzati né punti di controllo, né sarebbe possibile per un singolo soggetto controllare tutta l'informazione trasmessa in *internet*». Cfr. Z. ZENCOVICH, *Manifestazione di pensiero, libertà di comunicazione e la sentenza sul caso internet*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1996, p. 640.

<sup>134</sup> A. M. GAMBINO, *op. cit.*, p. 1269.

<sup>135</sup> G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 571 ss.



zione consiste nella riconduzione in via interpretativa delle nuove fattispecie nell'alveo degli schemi normativi preesistenti<sup>136</sup>. Se tale soluzione appare preferibile limitatamente alla disciplina del fenomeno telematico sul piano interno, è invece di tutta evidenza l'opportunità di una regolamentazione unitaria a livello internazionale, stante l'immanente transnazionalità che caratterizza la contrattazione telematica<sup>137</sup>.

3. – Per poter esercitare una attività commerciale telematica è necessario possedere alcuni requisiti tra cui il possesso di un nome di dominio e di un sito che permetta di rintracciare agevolmente il negozio virtuale<sup>138</sup>. La creazione del luogo virtuale in cui collocare i propri beni e prodotti passa dunque per la predisposizione di una struttura informatica dove convogliare le informazioni relative alla propria attività e le informazioni relative ai beni e servizi messi a disposizione del pubblico. La realizzazione della pagina può dunque essere predisposta dalla società titolare del sito *web* o da una società che non è titolare del sito ma fornisce servizi di creazione e predisposizione di pagine *web*<sup>139</sup>. La creazione di siti *internet* necessiterà di un contratto di sviluppo e creazione di un'opera dell'ingegno<sup>140</sup> che dovrà tenere conto dei rapporti contrattuali tra il committente ed il realizzatore e dovrà contenere una specifica sezione relativa alla tutela del diritto d'autore sui contenuti del sito. Il contratto (di sviluppo e mantenimento di sito *internet*) permette di ipotizzare una fattispecie in cui confluiscono diverse prestazioni contrattuali: l'obbligazione costituita dalla creazione di un bene immateriale che può consistere sia nella creazione di opere multimediali sia nella conversione in linguaggio HTML di contenuti forniti dal cliente, la predisposizione grafica delle pagine oltre all'eventuale contratto di manutenzione e cioè la fattispecie ad esecuzione continuata che, da sola o in connessione con un accordo contrattuale con il fornitore di accessi alla rete *internet*, consente al sito *internet* di essere presente in ogni momento sulla rete telematica. All'interno della fattispecie contrattuale vi sarebbero dunque due prestazioni essenziali: *L'opus* della creazione ed il servizio di manutenzione e aggiornamento del sito in connessione tra loro, e ciò darebbe luogo ad un contratto misto in quanto la realizzazione del sito può essere ricondotta all'appalto d'opera<sup>141</sup>, se trattasi di esercizio di attività d'impresa<sup>142</sup>, mentre il mantenimento e la sua gestione in rete vanno ricondotti all'appalto di servizi previsto dall'art. 1677 c.c. Teoricamente anche la prestazione relativa alla creazione del sito potrebbe rientrare nella figura dell'appalto di servizi: questo potrebbe realizzarsi

<sup>81</sup> R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 17 e p. 71.

<sup>137</sup> F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 198.

<sup>138</sup> M. S. SPOLIDORO, *Il sito web*, in *AIDA*, 1998, p. 179 ss.

<sup>139</sup> S. STABILE, *La tutela della proprietà intellettuale ed industriale in internet*, in *Il diritto industriale*, 1999, p. 372.

<sup>140</sup> Cfr. F. GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 2004, p. 204 ss.

<sup>141</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 195 ss.

<sup>142</sup> E. BONAZZI-C. TRIBERTI, *I contratti dell'informatica: trattative precontrattuali, stipulazione e responsabilità*, Milano, 1990, p. 211.

## JUS CIVILE



ogniquale volta la creazione del sito non comporti l'acquisto proprietà dello stesso da parte del committente: come è noto nell'appalto di servizi il bene immateriale non viene acquisito al patrimonio giuridico del committente. Focalizzando l'attenzione sulla creazione e sviluppo del sito possiamo affermare che la figura base prevista dal nostro ordinamento per la creazione di un'opera dell'ingegno è dunque il contratto d'opera<sup>143 144</sup> che in questa particolare ipotesi presenta vistose analogie con il contratto ad oggetto informatico relativo allo sviluppo di *software*<sup>2,1</sup> specifico che può fra l'altro costituire oggetto di una prestazione accessoria al contratto di sviluppo del sito. L'analogia con i contratti di sviluppo di *software* consente di strutturare l'accordo negoziale secondo principi già consolidati con l'inserimento di clausole che tendono a divenire tralaticie, come quelle relative alla restrizione di utilizzo dell'opera ed al tassativo divieto di trasferire a terzi i diritti e le facoltà che formano oggetto del contratto. Le clausole relative alla confidenzialità delle informazioni ed al divieto eventuale di concorrenza nonché le dichiarazioni di professionalità nella predisposizione dell'opera sono invece caratteristiche del contratto d'opera e generalmente vengono anch'esse inserite all'interno del contratto di *site development*. La creazione e sviluppo del sito *web* non contempla comunque, ove non espressamente stabilito, la cessione dei diritti economici d'autore spettanti al creatore del sito per la parte grafica, le banche dati costituite in occasione della predisposizione delle pagine, così come non comprende il diritto di sfruttamento di opere che, inserite all'interno delle pagine dal realizzatore, devono comunque prevedere l'autorizzazione del legittimo titolare. Nel caso vengano quindi usati all'interno del sito contenuti tutelati dal diritto d'autore sarà necessario identificare il titolare del diritto e fornire ogni indicazione per la concessione del diritto di sfruttamento economico dell'opera. Per quel che riguarda invece le fasi precontrattuale e contrattuale del contratto di sviluppo di sito *internet* è possibile scindere il contratto di creazione e sviluppo in diverse fasi corrispondenti alla predisposizione di passaggi intermedi che permettono di valutare la reale rispondenza dei contenuti del sito alle intenzioni del committente. La prima parte, cioè lo sviluppo del sito, comprende una fattispecie sequenziale che si origina dalla consegna di un progetto grafico preliminare che dovrà essere accettato dal committente seguito dalla creazione di una *alpha version* ovvero da una *beta version*. L'ulteriore fase è rappresentata dall'approvazione alla diffusione *on-line* dei contenuti del sito. La concessione dell'incarico di realizzazione, pur essendo esplicitata nel contratto, non può essere già definita una fase contrattuale: la valutazione del progetto preliminare segna dunque la fase di conclusione delle trattative ed il momento di conclusione del contratto, mentre la fase della discussione sui profili grafici del sito infatti può essere ricondotta agevolmente ad un momento prenegoziale di valutazione delle reali capacità dell'incaricato e può dar luogo, se il relativo contratto non trovi poi esecuzione, ad un risarcimento per danno precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c. Nel momento in cui il contratto viene posto in esecuzione invece gli eventuali inadempimenti verranno sanzionati dalla ordinaria di-

---

<sup>143</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 201 ss.

<sup>144</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 282 ss.

## JUS CIVILE



sciplina dell'inadempienza contrattuale. Appartiene dunque già alla fase di esecuzione del contratto la valutazione dei contenuti *in itinere* da parte del committente che ha già accettato il programma preliminare e le anticipazioni di spesa che usualmente vengono richieste dal realizzatore nel corso della esecuzione dell'opera. In particolare la fattispecie sequenziale che si snoda durante la fase di progettazione e sviluppo può prevedere una serie di *milestone payments* che devono essere effettuati durante la presentazione del progetto grafico, della prima realizzazione e così via sino alla conclusione *dell'iter* di progettazione e la consegna del prodotto finito che si sostanzia nella consegna della *password* per l'accesso al sito (una sorta di *traditio brevi manu* della chiave di accesso al sito, che si deve però collocare nella fase esecutiva del contratto già stipulato).

L'esercizio di una attività commerciale telematica è legata alla predisposizione di procedure preliminari per l'acquisizione degli strumenti idonei ad effettuare la vendita di beni e servizi. Per poter iniziare l'attività commerciale occorre innanzitutto rivolgersi ad un *Internet Service Provider* (ISP), cioè ad una azienda che possieda una connessione permanente alla rete *internet* e consenta ai propri clienti di collegarsi alla propria rete e da qui entrare in *internet* per la navigazione, l'invio di *e-mail*, ecc.<sup>145</sup>. In via generale per poter usufruire dei servizi messi a disposizione dagli *internet providers* occorre stipulare un accordo con il fornitore di accessi alla rete telematica perché venga concesso il diritto di usufruire dei servizi di connessione. Il contratto di accesso a *internet* è il contratto col quale una parte, il fornitore di accesso a *internet* (*internet Service Provider*), concede al cliente la connessione ad *internet* e fornisce ulteriori servizi verso un determinato corrispettivo<sup>146</sup>. Tali servizi possono essere, come accade anche nel caso di *hosting* che sarà analizzato di seguito, forniti a titolo gratuito<sup>147</sup> o a titolo oneroso, e prevedere anche prestazioni aggiuntive. La figura base di contratto prevede comunque la fornitura di due servizi telematici principali a cui si aggiungono alcuni servizi opzionali: i primi sono costituiti dall'accesso alla rete con i servizi connessi e la casella di posta elettronica, i secondi si ricollegano alla fornitura di servizi accessori, quali il *software* o la predisposizione di siti *web* ovvero all'invio di rapporti periodici relativi al numero di accessi registrati sul sito *internet* di proprietà dell'abbonato nonché all'assistenza per la registrazione del nome di dominio oppure per l'installazione di particolari sistemi di sicurezza<sup>148</sup>. Presupposto per la fornitura del servizio di accesso alla rete *internet* è il rapporto contrattuale che l'ISP stipula con il gestore della rete di telecomunicazione che applicherà, con le varianti necessarie alla particolarità del servizio, un normale disciplinare delle condizioni di abbonamento al servizio telefonico. In merito alla natura del contratto *de quo*, la presenza di una pluralità di elementi riconducibili a diverse fattispecie

---

<sup>145</sup> G. DE NOVA, *I contratti per l'accesso ad internet*, in *AIDA*, 1996, p. 39 ss.

<sup>146</sup> G. De NOVA, *op. cit.*, p. 39 ss.

<sup>147</sup> Per una magistrale analisi del fatto gratuito e della gratuità strumentale si rinvia a A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, p. 109 ss.

<sup>148</sup> L. ALBERTINI, *I contratti di accesso ad internet*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 98.

## JUS CIVILE



regolate dal nostro Codice civile ha dato luogo a notevoli dispute. È tuttavia emersa la tendenza a dividere i contratti con i *providers* in due gruppi: il contratto di accesso, avente la caratteristica dell'appalto di servizi ed il contratto di *content provider* che come figura base presenta le caratteristiche del contratto di locazione. In particolare la prima delle figure negoziali richiamate potrebbe in linea teorica essere ricondotta all'ipotesi della somministrazione (avendo il servizio un carattere di continuità) o alla diversa figura dell'appalto di servizi (che si caratterizza per il fatto che il *provider* realizza un servizio che organizza i mezzi necessari). L'incertezza sulla natura del contratto e la presenza di una pluralità di prestazioni riconducibili a entrambe le fattispecie negoziali sembrano orientare l'interprete verso una diversa figura negoziale, in grado di ricomprendere le diverse prestazioni: l'art. 1677 c. c. rubricato dal Codice come prestazione continuativa o periodica dei servizi<sup>149</sup>. La soluzione prospettata trae origine essenzialmente dalle caratteristiche dei contratti appena citati che da soli non sono sufficienti a fornire un inquadramento giuridico del contratto di accesso: la somministrazione perché ha ad oggetto essenzialmente prestazioni di dare e l'appalto in quanto quest'ultima fattispecie non può definirsi un contratto a carattere periodico o continuativo, ma piuttosto una fattispecie ad esecuzione prolungata con soddisfazione istantanea del creditore<sup>150</sup>. Per quanto concerne gli obblighi del *provider*, essi si riconducono praticamente a tutti gli obblighi previsti in generale dagli artt. 1337 e 1338 c.c. e alle obbligazioni previste dall'art. 1176 c. 2 c.c. in relazione alla diligenza professionale nell'adempimento dell'obbligazione nonché nella disciplina del contratto di appalto già analizzato in precedenza e si riassumono innanzitutto nell'obbligo di fornire il servizio secondo gli *standards* qualitativi idonei a fondare il rapporto di durata ed a prestare informazioni dettagliate sulle funzionalità dei servizi offerti. Le obbligazioni dell'utente si riconducono all'obbligo di diligenza nel conservare i codici e la *password* necessaria per accedere ai servizi offerti dal *provider*, al rispetto degli obblighi assunti contrattualmente con l'ISP all'interno dei quali assume particolare rilievo il rispetto della normativa vigente in tema di diffusione di informazioni illecite. È discutibile se l'utente sia o meno soggetto agli obblighi previsti dalla c.d. *netiquette*<sup>219</sup> e che valore abbiano i precetti degli obblighi previsti dai codici di condotta recepiti all'interno dei contratti. Anche nel caso del contratto di accesso varranno le considerazioni già espresse nella parte generale sulla necessità dell'approvazione per iscritto delle singole clausole vessatorie, qualora il contratto venga stipulato da un consumatore. Tale rilievo vale anche nel caso in cui il contratto di accesso intercorra tra un soggetto che, pur essendo persona giuridica agisca per favorire terzi, anche se in tal caso l'estraneità del consumatore alla fattispecie contrattuale principale sembra indubitabile<sup>151</sup>.

Il soggetto che possiede una connessione permanente alla rete *internet* e consente ai propri clienti di collegarsi può anche scegliere di fornire servizi di diverso genere: tali servizi possono

---

<sup>149</sup> L. ALBERTINI, *op. cit.*, p. 106.

<sup>150</sup> Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*, p. 190.

<sup>151</sup> F. DELFINI, *Il DPR 513/1997 e il contratto telematico*, in *Contratti*, 1998. p. 305.

## JUS CIVILE



essere approntati o dagli stessi *access providers*, che così facendo ovviamente limitano la loro banda di connessione sfruttando la propria connettività anche per fornire servizi detti di *Content provider*, oppure possono essere forniti anche da soggetti che non sono qualificabili come *Internet Access providers* e che si limitano a sfruttare la connettività permanente necessaria per effettuare i servizi di *providers* solo per fornire ai propri clienti il luogo virtuale dove collocare le proprie pagine *web*. Questa locazione di spazio *web* può svolgersi secondo due modalità esecutive e contrattuali diverse, cioè:

- a) fornitura del servizio di accesso in *hosting*;
- b) fornitura del servizio di accesso in *housing*.

Mediante la prima forma di accordo, che può essere definito contratto di locazione di apparecchiature informatiche<sup>152</sup> un *internet provider* permette all'utilizzatore di accedere ai suoi *computers* e ad i suoi servizi che sono collocati fisicamente presso lo stesso fornitore. Il prestatore di servizi concede l'utilizzazione di uno spazio all'interno del proprio disco rigido alle condizioni e secondo le modalità previste dal contratto (a titolo oneroso o a titolo gratuito). Il contratto di *hosting* è analogo al contratto di locazione di servizi informatici a distanza con il particolare atteggiarsi del contratto di *leasing*<sup>153</sup>, ove si concedono in godimento dei beni mobili, intesi come apparecchiature di cui le ditte produttrici non consentono la vendita. L'utilizzatore, come corrispettivo della concessione, è tenuto a pagare un canone relazionato al periodo di uso del bene, mentre a carico del fornitore si pongono le operazioni che attengono alla manutenzione, al controllo ed alle riparazioni del macchinario. Per quanto attiene all'utilizzo delle apparecchiature informatiche, il fornitore è libero di conferire in godimento ad altri oggetti fuso del *server* su cui vengono poste le pagine dell'utente. La messa a disposizione dei beni e dei servizi da parte del fornitore non riveste, nel caso di *hosting*, la caratteristica dell'esclusività: ciò significa che lo spazio *web* in questione può essere utilizzato da soggetti terzi che possono usufruire delle medesime o, a diverse condizioni, dei *computers* coinvolti nelle operazioni. Si instaura dunque una sorta di utilizzo congiunto tra gli utilizzatori che però non può in alcun caso essere ricondotto all'utilizzo di cosa comune, come avviene in caso di comunione o di condominio tra edifici, poiché il diritto di utilizzo dello spazio su disco rigido è personale ed esclusivo per ogni utente e non vi sono diritti comuni esercitabile dagli utilizzatori delle apparecchiature del prestatore, oltre a non potersi configurare in alcun modo un diritto di proprietà dell'utente sul disco rigido del locatore. Per quel che attiene alle obbligazioni gravanti sul fornitore del servizio la responsabilità del locatore può distinguersi sotto due profili: la responsabilità contrattuale nei confronti del locatario e la responsabilità extracontrattuale da mancata sorveglianza nel caso di immissione di dati illeciti all'interno dello spazio concesso all'utilizzatore. Nel primo caso deve essere considerata una responsabilità derivante dall'assunzione di una obbligazione di risultato. In particola-

---

<sup>152</sup>G. CIACCI, voce *1 contratti per la fornitura di servizi informatici*, in *Enc. dir.*, 1990, p. 7.

## JUS CIVILE



re il locatore svolge una funzione essenzialmente tecnica consistente nello stoccare le informazioni che vengono immesse dal titolare del sito *internet* nonché nell'assicurare in permanenza la funzionalità del servizio e l'accesso al sito: tali clausole naturalmente potranno aggiungersi a quelle già previste in caso di fornitura del servizio di accesso. Le clausole del contratto dovranno dunque esonerare il prestatore di servizi solo in occasione del verificarsi di fatti che esulino dall'ambito dell'effettivo controllo: essenzialmente si tratta di eventi legati al caso fortuito ed alla forza maggiore. Nel caso del verificarsi di fatti interruttivi del regolare svolgimento del servizio, il prestatore dovrà in sostanza dimostrare di aver predisposto tutte le cautele idonee a prevenire gli eventi impeditivi, per quanto attiene invece alla responsabilità del fornitore del servizio, nel caso di commissione di attività illecite mediante i servizi messi a disposizione, il fondamento della responsabilità è più complesso in quanto nelle imprese di grande dimensione diviene materialmente difficile controllare il contenuto di tutte le pagine *web* collocate fisicamente sul *server host*. La presenza di una clausola contrattuale di limitazione di responsabilità del *provider* nel caso di perpetrazione di un illecito civile o penale da parte dell'utente incontra il limite previsto dall'art. 1229 c.c. nel caso di dolo o colpa grave e tra le ipotesi che danno luogo a colpa vi è sicuramente il mancato controllo su contenuti che manifestamente presentano un contenuto illecito. La responsabilità del fornitore di spazio *web*, e quindi l'impossibilità di ipotizzare contrattualmente una totale esenzione di responsabilità, è stabilita espressamente anche dalla disciplina comunitaria. La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico stabilisce all'art. 14, denominato appunto *hosting*<sup>225</sup>, che il prestatore di servizi è responsabile tranne nel caso in cui l'attività illecita sia del tutto sconosciuta al *provider*<sup>154</sup>.

Il fondamento dell'accordo di *housing* è parzialmente differente dal precedente poiché in tale ultimo caso il *provider* si limita a mettere il titolare del sito in condizione di connettersi alla rete telematica dal lato *server* (così come nel caso di accesso alla rete telematica fornito dall'*internet service provider* quest'ultimo mette in condizione il privato di porsi in connessione con la rete telematica dal lato *client*). In tal caso la proprietà dell'*hardware* e del *server* e la sua configurazione permangono in capo al titolare del sito. È dunque possibile configurare in capo al prestatore di servizi due obblighi, il primo del quale consiste nel dovere di assicurare il corretto svolgimento delle operazioni telematiche, e quindi l'obbligo di mantenere una connessione secondo le modalità previste dall'accordo contrattuale, ed il secondo nell'obbligo di custodia dell'apparecchiatura di proprietà del titolare del sito. Le due obbligazioni hanno differente rilievo: trattandosi nell'un caso di una obbligazione di mezzi e nell'altro caso di una obbligazione di risultato. Tale ultimo onere da parte del *provider* è assimilabile ad un contratto di deposito, laddove l'obbligazione principale è costituita dall'obbligo di custodia e di restituzione in natura dell'apparecchiatura informatica. In quanto riconducibile al contratto di deposito è possibile chiedersi se, in parallelo con quanto affermato in tema di contratto di accesso gratuito alla rete

---

<sup>154</sup> F. DI CIOMMO, *Internet, diritti della personalità e responsabilità aquiliana del provider*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 754.

## JUS CIVILE



telematica e di fornitura gratuita del servizio *hosting*, il contratto di *housing* determini una diversa valutazione della responsabilità del *content provider* per colpa lieve e se le momentanee interruzioni del servizio non dovute a fatti in grado di escluderne la responsabilità, siano in grado di fondare un giudizio di responsabilità nei confronti del custode. Tornando alle obbligazioni principali del contratto di *housing* (l'obbligo di connessione e l'obbligo di custodia) si deve rilevare che entrambi tali obblighi afferiscono ai rapporti contrattuali tra le parti e non coinvolgono profili di responsabilità del *provider* per le attività poste in essere dal titolare del sito. Nel caso di *housing* infatti il *provider* non interferisce con l'attività del titolare del sito che provvede direttamente all'aggiornamento della pagina *web* senza l'intermediazione del soggetto che all'interno della struttura del *provider* provvede ad amministrare i *servers*. L'assenza di un'attività rilevante dell'amministratore dei *servers* giustifica probabilmente una differente responsabilità in capo allo stesso per il compimento di attività illecite. Mentre nel caso di *hosting* permane un obbligo di sorveglianza sul prestatore di servizio e tale obbligo di sorveglianza si concreta in una responsabilità solidale per il perpetrarsi di attività illecite, tale obbligo tende ad attenuarsi nel caso di accordo di *housing*. Anche se in alcune ipotesi l'amministratore del sistema, che appartiene all'organizzazione aziendale del *provider*, mantiene una *password* di sicurezza per l'accesso ai contenuti del sito in *housing*, ciò non può bastare a giustificare una responsabilità solidale dell'amministratore con il titolare del sito per il compimento di attività illecite. La diversa portata dell'onere di sorveglianza nei confronti dei contenuti immessi all'interno del sito ospitato e il diverso ruolo svolto dall'amministratore del sistema giustificano anche presumibilmente una diversa responsabilità del *content provider* rispetto agli obblighi dell'ISP per il mancato rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali. Il passaggio di dati tra gli utenti e il sito e le banche dati relative saranno dunque monitorati direttamente dal titolare del sito e l'immagazzinamento di tali dati non farà scattare nemmeno per il *content provider* che effettua l'*housing* l'obbligo di notificazione della costituzione della banca dati all'ufficio del garante: tale onere spetterà infatti al titolare del sito ove vengono immagazzinati i dati.

4. – La presenza commerciale sulla rete non avrebbe una seria probabilità di successo se non fosse seguita da una attività di divulgazione dell'attività del venditore. La prestazione pubblicitaria può essere l'oggetto stesso del contratto intercorrente tra l'impresa specializzata e l'utente o costituire una prestazione accessoria ad un diverso accordo contrattuale. Nel primo caso l'attività divulgativa rientra nel più generale ambito delle attività di *marketing*, che si definiscono come le attività di studio e sviluppo della domanda dei beni e dei servizi offerti al mercato<sup>155</sup>. Le forme concrete di divulgazione dei contenuti commerciali immessi in linea possono essere ricondotti alle:

- a) fattispecie di *bannering* che possono essere oggetto di una prestazione a titolo oneroso

---

<sup>155</sup> M.V. De GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1998, p. 9 ss.

## JUS CIVILE



- o gratuita e possono rivestire carattere unilaterale o bilaterale;
- b) accordi negoziali riconducibili al contratto di sponsorizzazione;
- c) contratti pubblicitari complessi.

I *banners* a pagamento sono l'equivalente di una affissione pubblicitaria tradizionale e possono essere contabilizzati a passaggio, come avviene nella maggior parte dei casi se vi è un sistema di rotazione dei *banners* stessi, ovvero a giornata o anche al mese. Il costo del *banner* è in questo caso proporzionale al numero di contatti che la pagina riceve giornalmente. Il diritto alla controprestazione è proporzionale al numero di contatti registrati. Connaturale a questa forma di promozione è il controllo sugli accessi registrati dal sito e dallo stesso *banner*, mediante la comunicazione da parte del titolare del sito delle statistiche degli accessi<sup>156</sup>. Il *banner* gratuito si basa invece su presupposti differenti: l'operazione si basa su un meccanismo gratuito che permette di ottenere il diritto di esporre il proprio *banner* sul sito di un altro soggetto qualora l'icona pubblicitaria presente sulla pagina dello scambista sia visualizzata da soggetti terzi. Ad ogni cliccata registrata sul sito in cui è esposto il *banner* corrisponde il diritto di esporre il proprio *banner*. L'operazione può essere bilaterale ed il rapporto si instaura tra i titolari dei due siti oppure può essere plurilaterale ed essere dunque inserito in un circuito *ad hoc*. L'operazione di *exchange* non determina alcun obbligo giuridico tra le parti che non sia riconducibile ad un rapporto di mero fatto ed infatti la sanzione per il mancato rispetto dell'accordo di scambio, che trae origine dalla pratica anglosassone del *gentleman agreement*<sup>157</sup>, è costituita dalla esclusione del titolare del *banner* gratuito dal rapporto reciproco. Adeguando il meccanismo giuridico di derivazione anglosassone alle nostre forme negoziali è possibile ricondurre il semplice scambio di *banners* senza alcuna contropartita economica ad un mero rapporto di cortesia, di cui il nostro Codice conosce diverse figure<sup>158</sup>. Tra le ipotesi di *bannering* a carattere bilaterale vi è la pubblicità sul sito dei prodotti o dei servizi di un terzo: in questo caso la fattispecie presenta i requisiti di un accordo contrattuale che può rivestire, a seconda della concrete modalità della prestazione, un contenuto oneroso o gratuito. La *ratio* dell'accordo è da riscontrarsi nell'esigenza di rendere pubblici i propri beni o servizi collegata alla facoltà del titolare del sito di finanziare la propria attività offrendo alla collettività un servizio a costi notevolmente ridotti<sup>159</sup>. Nella strutturazione

<sup>157</sup> Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, p. 274.

<sup>158</sup> Cfr. A. PALAZZO-I. FERRANTI, *op. cit.*, I, p. 311.

<sup>159</sup> Negli Stati Uniti gli accordi contrattuali tra il titolare del sito e le aziende interessate a sponsorizzare direttamente i prodotti sul sito della controparte vengono detti accordi di *affiliation*. I soggetti dei contratti di affiliazione sono:

a) il *merchant* (il soggetto intenzionato a vendere);

b) L'*affiliate* (l'individuo o la società che promuove sul proprio sito servizi o prodotti in vendita *on line* sul sito del *merchant*).

L'affiliato riceve una prestazione pecuniaria secondo varie modalità tra cui:

1) percentuale sulle vendite effettuate dai visitatori del sito affiliato che attraverso il *banner* esposto visitano il sito del *merchant* e durante tale sessione acquistano *on line*;

2) per *impression* (semplice visione del *banner* da parte del visitatore del sito affiliato);

3) per *click* (visita al sito del *merchant* attraverso *banner*).

Cfr. M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, p. 187.

## JUS CIVILE



di un accordo di *bannering*, sia nel caso del *bannering* gestito da una società di pubblicità<sup>160</sup> sia nel caso di contratto diretto tra il titolare del sito e il titolare del *banner*, occorre adottare cautele atte ad evitare la responsabilità del gestore delle informazioni per il contenuto delle informazioni contenute all'interno della icona che funge da veicolo pubblicitario. L'inserimento delle informazioni all'interno della rete telematica può cagionare all'editore una responsabilità sotto diversi profili: può verificarsi una violazione della legge sui marchi, in quanto il logo dello sponsorizzato o del committente il contratto pubblicitario può generare confusioni con segni distintivi già esistenti. Lo sfruttamento pubblicitario del marchio altrui, se finalizzato ad un profitto indebito è dunque illecito e l'uso in un sito *internet* di nomi, simboli o immagini aziendali di un soggetto terzo, qualora possa indurre l'utente telematico a sovrapporre l'immagine commerciale del titolare del sito ed il reale titolare del marchio, viola palesemente la normativa a tutela dei marchi<sup>161</sup>. La fattispecie può essere realizzata sia nel caso di diffusione di informazioni all'interno del sito sia mediante illecito utilizzo del marchio altrui all'interno dell'URL, rappresentativo del nome di dominio. Un analogo problema può presentarsi se le informazioni siano idonee a porre in essere una attività di concorrenza sleale sanzionata dall'art. 2598 n. 2 c.c.<sup>162</sup>. La responsabilità sussiste se il contenuto sia illecito o lesivo della altrui reputazione, si pensi al caso di diffusione di notizie non veritiere contenute in un messaggio inviato ad un *newsgroup*. Ulteriori ipotesi di violazione di diritti di proprietà intellettuale in rete riguardano la diffusione di contenuti pubblicitari ingannevoli<sup>163</sup>. Le forme ulteriori di pubblicità telematiche necessitano dell'intervento di un soggetto che, ponendosi in funzione di intermediario fra coloro che desiderano divulgare informazioni sui propri prodotti e le strutture che tale finalità possono realizzare, eserciti professionalmente l'attività di venditore o di acquirente di spazi pubblicitari telematici. La gestione professionale dell'attività pubblicitaria telematica comporterà anche la necessità di predisporre strutture contrattuali più complesse con contenuti che vadano al di là della semplice struttura del *banner* e la struttura stessa del contratto risulterà essere modificata: da un accordo di *bannering*, che può anche rientrare fra le prestazioni accessorie ad un diverso accordo contrattuale, si passerà ad un vero e proprio contratto pubblicitario che andrà qualificato utilizzando le categorie già conosciute dai contratti pubblicitari tradizionali (ad esempio mandato o rapporto

---

<sup>160</sup> I *banners* pubblicitari sono un fattore di sviluppo della rete telematica. Cfr. AA.VV., *Il commercio elettronico: verso nuovi rapporti tra imprese e mercati*, cit., p. 399. Sotto il profilo del *marketing* il parametro utilizzato per misurare l'efficacia di un *banner* è l'indice di *clickthrough*, definito come il rapporto tra il numero delle volte che lo stesso viene cliccato per entrare nel sito ed il numero totale di esposizioni del *banner*. Cfr. AA.VV., *Telebank: teoria e pratica di e-business*, Milano, 1999, p. 273.

<sup>161</sup> L'equiparazione tra nome di dominio e marchio, pur adombrata da interventi giurisprudenziali, non è ancora positivamente affermata. Cfr. Trib. Firenze, 21 maggio 2001, n. 3155, in *Guida dir.*, 2001, p. 41 ss.

<sup>162</sup> «Il terzo non imprenditore che, diffondendo messaggi pubblicitari tramite il sito *internet* da lui gestito, partecipa all'illecito concorrenziale posto in essere da un imprenditore verso un concorrente, è corresponsabile non ex art. 2598 c.c. ma, ricorrendone gli estremi, solo ex art. 2043 c.c.». Cfr. Trib. Napoli, 8 agosto 1997. in *Dir. e giur.*, 1997, p. 472.

<sup>163</sup> S. STABILE, *op. cit.*, p. 374.

## JUS CIVILE



di commissione) ovvero prevedendo una pluralità di prestazioni e diversi meccanismi casuali che possono dare luogo alla creazione di una figura negoziale autonoma risultante dalla fusione di diverse cause. Un primo contratto pubblicitario può riguardare la vendita o l'acquisto di spazi pubblicitari ove collocare i messaggi commerciali dell'utente. Il termine di vendita e acquisto di spazi pubblicitari può essere utilizzato anche nel campo delle transazioni telematiche laddove si tenga presente che la rete *internet* costituisce un luogo virtuale di libera utilizzazione delle informazioni. Le sponsorizzazioni<sup>164</sup>, fondamentali nei contratti pubblicitari, sono figure negoziali che abbracciano ipotesi estremamente varie quanto al contenuto delle obbligazioni assunte dalle parti<sup>165</sup>. Rientrano fra queste ipotesi l'inserimento di annunci pubblicitari all'interno delle *newsletter*, che costituiscono una sorta di bollettino informativo inviato dagli editori agli utenti che si sono volontariamente iscritti perché intendono ricevere dall'editore informazioni aggiornate, come nel caso di un sito *web* di informazioni giuridiche che provvede ad informare quotidianamente o settimanalmente i propri lettori sulle novità giurisprudenziali. Si pensi anche a forme di sponsorizzazione di eventi virtuali che avvengono di frequente nella rete telematica. In questo caso è ancora più evidente la natura della fattispecie, riconducibile al contratto di sponsorizzazione, che fra le diverse modalità sperimentate nella pratica, può comportare un collegamento con determinati eventi quali un avvenimento sportivo, una mostra d'arte, una fiera ecc.<sup>166</sup>. Tra le tipologie contenutistiche dei contratti pubblicitari in rete è possibile evidenziare quattro modalità realizzative, di cui le prime due riconducibili con certezza al contratto di sponsorizzazione e le ultime due appartenenti al *genus* dei contratti di *bannering*.

a) Servizio di registrazione e posizionamento della informazione relativa al sito *internet* all'interno dei motori di ricerca (c.d. *search engine registration e positioning*). Quest'ultima modalità di svolgimento del servizio acquista rilievo nell'economia del contratto di sponsorizzazione in quanto introduce un'obbligazione di risultato che si differenzia dalla normale attività promozionale che consta principalmente di un'obbligazione di mezzi. Sovente le agenzie specializzate, per acquisire una clientela più vasta, assicurano la presenza dello sponsorizzato tra i primi posti dei motori di ricerca, trasformando le normali prestazioni di un contratto di sponsorizzazione in obbligazioni di risultato. Per raggiungere tale obiettivo l'unica alternativa dal punto di vista del gestore del servizio di pubblicità è di remunerare con un diverso accordo i gestori dei motori di ricerca che normalmente forniscono il servizio di posizionamento gratuitamente: pagamento che viene invece richiesto normalmente dalle società che gestiscono i motori di ricerca solo quando le agenzie provvedono a porre dei *banners* diretti a un particolare tipo di clientela. Questa ipotesi, che costituisce una figura specifica del c. d. *weblinking*<sup>167</sup> si sostanzia

---

<sup>164</sup> M. FUSI-P. TESTA, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1985, p. 473. Cfr. anche B. INZITARI, *Sponsorizzazione*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 248 ss.

<sup>165</sup> V. AMATO, voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, 1993, p. 1.

<sup>166</sup> B. INZITARI, *op. cit.*, p. 249.

<sup>167</sup> Il *weblinking* consiste nell'inserimento in una pagina *web* di una zona sensibile che rimanda, qualora si clicchi

## JUS CIVILE



nella remunerazione che le società di *webmarketing* forniscono ai motori di ricerca per far comparire il *link* all'atto di una specifica ricerca relativa ad un settore merceologico. L'accordo in questo caso tende a riprodurre le modalità realizzative del contratto oneroso di *bannering*, anche se tecnicamente sarebbe più corretto utilizzare il termine generale di *linking agreement*. Tornando alla ipotesi nella quale la società di *webmarketing* prometta l'inserimento ai primi posti del motore di ricerca è naturale che la responsabilità per il mancato raggiungimento del risultato richiesto o promesso andrà valutata diversamente rispetto al più blando sistema ipotizzato dall'art. 1176 c. 2 c.c. e 2236 c.c., che costituisce il complesso normativo di riferimento nel caso di contratto di prestazione d'opera. La responsabilità, che in questo caso rimarrebbe ancorata al principio della diligenza nello svolgimento della prestazione, potrebbe avvicinarsi alla ben più rigida disciplina dell'art. 1218 c.c. che stabilisce una presunzione di responsabilità per l'inadempimento imputabile in vista del mancato raggiungimento di un risultato previsto contrattualmente. Il mancato inserimento del sito nel posto giusto costituirebbe dunque un inadempimento imputabile e la struttura del contratto di sponsorizzazione, da accordo fondato su una tipica obbligazione di mezzi inserita in un contratto d'opera professionale, si trasformerebbe in una diversa fattispecie negoziale, derivando la sua *ratio* dalla commercializzazione del contratto di sponsorizzazione e di un suo accostamento ai contratti di impresa, che costituiscono nelle diverse forme tipici esempi di contratti aventi ad oggetto obbligazioni di risultato<sup>168</sup>.

b) Invio di informazioni ai *newsgroup* in merito alle attività del cliente.

c) Inserimento del marchio della azienda all'interno di un circuito specializzato in particolari tipi di vendite di beni o servizi.

d) Immissione diretta dei *banner* all'interno di uno o più siti specializzati.

Combinando le diverse prestazioni del contratto pubblicitario telematico si può dunque affermare che la predisposizione di una campagna pubblicitaria telematica renda necessario il ricorso a diversi strumenti negoziali che possono evidenziare la nascita di una nuova fattispecie contrattuale atipica: il contratto pubblicitario telematico, avente la caratteristica da un lato, dell'appalto di servizi e dall'altro della sponsorizzazione<sup>169</sup>. Fra le modalità pubblicitarie promozionali emerse nella pratica telematica è utile citare la pratica promozionale svolta da alcune società statunitensi e da poco tempo affermatesi anche in Italia<sup>170</sup>. Il meccanismo denominato

---

sopra, ad un testo contenuto in una diversa pagina *web*. Cfr. P. CERINA, *La legittimità del Web linking*, in *11 diritto industriale*, 1999, p. 380.

<sup>168</sup> A. DONADI, *I contratti delle agenzie pubblicitarie*, in *Contr. impr.*, 1989, p. 1082.

<sup>169</sup> Cass., 16 marzo 1988, n. 2474, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, p. 294 ss.

<sup>170</sup> In *Network Marketing* o *Multi Level marketing* nasce nel 1940. La prima società di questo tipo è la *California Vitamines* che diede la possibilità ai suoi incaricati di vendere i prodotti e sponsorizzare altri incaricati. Nel 1975 la Commissione Federale di Commercio elaborò delle leggi anti-truffa e le 30 ditte allora esistenti vennero dichiarate fuori legge. Nel 1979 venne emessa quella che è stata definita sentenza *Network Marketing*. Il Tribunale stabilì che il «*Network Marketing* non è un sistema piramidale illegale e che i suoi canali di vendita e di distribuzione erano praticabili e legittimi. Contemporaneamente venne emanata, a livello federale, una legislazione che definisce lo schema di vendite piramidali» come: «Qualsiasi progetto o operazione da cui una persona, per denaro o altre cose di valore, ac-

## JUS CIVILE



*multilevel marketing* telematico, consiste in una operazione che presenta sotto il profilo pubblicitario gli aspetti assimilabili ad un contratto di sponsorizzazione, mentre sotto il profilo della concreta disciplina degli incaricati della promozione e della vendita, presenta le caratteristiche della vendita a domicilio<sup>171</sup>. In pratica viene attribuita una somma all'utente che si collega alla rete *internet* secondo modalità predefinite dalla società di *multilevel marketing* e si onera di una attività di proselitismo per diffondere il meccanismo tra ulteriori potenziali clienti. Appare in linea di massima ammissibile la fattispecie in cui al consumatore viene consegnato un *software* contenente informazioni pubblicitarie che lo stesso visiona durante la navigazione in *internet* (in concreto avviene che una società proponga al consumatore di scaricare gratuitamente del *software* tramite il quale navigare nella rete *internet* e all'interno dello stesso appaiono dei *banners* pubblicitari di aziende; il vantaggio del consumatore consiste nel fatto che, tramite speciali meccanismi di controllo, la società fornitrice del *software* accredita una somma per ogni minuto di collegamento alla rete telematica, in cui il soggetto guarda il messaggio pubblicitario)<sup>172</sup> e l'impegno che quest'ultimo assume di diffondere l'utilizzo del prodotto per ottenere un ulteriore sconto sul costo di connessione, senza tuttavia che la diffusione costituisca requisito necessario per l'ottenimento della controprestazione e soprattutto con la chiara informazione sulle somme che devono essere versate al consumatore. La cessione di *software* tramite la rete telematica costituisce una tra le maggiori fonti di produzione di reddito collegata all'utilizzo della rete telematica a fini commerciali. Il *software* può essere distribuito in diverse forme, si parla *software* commerciale, *shareware*, *postcardware* o *beerware*<sup>173</sup>. Le tipologie di cessione del *software* con licenza di utilizzo sono comunque essenzialmente di due tipi: *freeware* e *shareware*. In entrambi i casi le condizioni previste dalla licenza d'utilizzo devono essere considerate a tutti gli effetti, tranne nel caso di *software* distribuito *public domain*, condizioni di distribuzione di soft-

---

quisisce l'opportunità di ricevere benefici pecuniali, basata primariamente sul reclutamento di altre persone, per partecipare allo stesso progetto e che non è relativo al volume o la quantità di beni, servizi, o altre proprietà vendute o distribuite per scopi di rivendita a consumatori». Cfr. F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *I contratti di internet e del commercio elettronico*, Milano, 1999, p. 96.

<sup>171</sup> La figura del venditore porta a porta è delineata dall'art. 36 della l. 11 giugno 1971 n. 426, secondo cui:

la vendita a domicilio è disciplinata da tale normativa e, più precisamente, dal capo I;

le ditte interessate rilasciano un tesserino di riconoscimento alle persone incaricate e rispondono agli effetti civili dell'attività delle stesse; le vendite in argomento devono essere coperte da assicurazione per eventuali danni al consumatore;

i prodotti devono in ogni modo essere coperti da garanzia e, qualora non corrispondano all'ordine, devono essere sostituiti, o il prezzo pagato deve essere rimborsato.

Cfr. F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 97.

<sup>172</sup> Alcune aziende retribuiscono l'utente, il quale può dunque compensare in tal modo le spese di connessione alla rete telematica, se egli acconsente a visualizzare dei *banners* pubblicitari di loro clienti nel loro schermo, o se lo stesso usa dei *browser* personalizzati; questi strumenti sono Forniti dalle stesse aziende e possono essere scaricati gratuitamente dai rispettivi siti. L'iscrizione è generalmente gratuita e a compilazione avvenuta, viene assegnato un codice e il *banner* o *browser* che l'utente può decidere di tenere in *stand-by* quanto tempo lo riterrà opportuno, togliendogli dallo schermo in qualsiasi momento. Cfr. F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 99.

<sup>173</sup> G. DE RADA, *Shareware e diritto d'autore*, in *Il diritto d'autore*, 1996, p. 613.

## JUS CIVILE



ware commerciale. La differenza con il *software* commerciale in senso stretto consiste nel periodo di prova concesso al soggetto che decide di testare la funzionalità del bene ed in entrambi i casi nella modalità distributiva e di acquisizione del bene immateriale. La distribuzione del *software* con modalità *shareware* può avvenire sotto diverse forme:

- a) *software* in versione *trial*;
- b) *software* in versione *demo*.

La distribuzione *trial* del prodotto è molto vicina alla versione completa del *software* ma alcune funzioni sono disabilitate: generalmente all'interno della pagina esplicativa delle funzionalità del *software* è presente un menù con tutte le caratteristiche del prodotto in versione definitiva, con l'avvertimento che alcune funzioni possano essere esplicate solo con l'acquisto della versione completa. Si tratta di un'offerta limitata nel tempo: l'acquirente ha infatti a disposizione uno *spatium deliberandi* per decidere di acquistare il prodotto, scaduto il quale deve effettuare la registrazione presso il produttore e pagare il corrispettivo per l'acquisto<sup>174</sup>. È dubbia la predisposizione di un meccanismo automatico di disabilitazione che potrebbe forse essere assimilato ad una clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 c. c. La clausola inoltre dovrebbe essere, ai sensi dell'art. 1341 c. 2 c. c., espressamente sottoscritta e i meccanismi di distribuzione del *software on line* tendono invece ad utilizzare la modalità di conclusione c. d. *point & click* che, come già rilevato in precedenza<sup>247</sup>, escludono l'uso della sottoscrizione digitale. La versione *demo* invece nasce già con una funzionalità limitata, pur essendo comunque protetto il prodotto dalla disciplina del diritto d'autore. Il contratto di licenza per l'utilizzo del *software*<sup>175</sup>, che viene visualizzato all'interno dello stesso prodotto in occasione di una transazione telematica, è il contratto con il quale una parte si obbliga a far utilizzare all'altra un programma per un dato tempo verso un determinato corrispettivo<sup>176</sup>. Il contratto di licenza dunque può essere equiparato ad una locazione di beni mobili atipica in quanto attribuisce all'utilizzatore i diritti di riproduzione più o meno limitati contrattualmente. Il relativo contratto si conclude nel momento in cui l'utilizzatore, dopo aver testato il prodotto, decide di aderire alla proposta contrattuale del produttore effettuando il pagamento, poiché la ricezione del pagamento costituisce conoscenza dell'accettazione della controparte. La fattispecie si completa con la comunicazione degli elementi mancanti alla piena utilizzazione del prodotto se le funzionalità del prodotto dimostrativo erano limitate e con la comunicazione del codice di registrazione da parte del produttore se il prodotto era fornito di tutte le potenzialità. Normalmente la contrattualistica relativa alla concessione di *software on line* risente dell'origine anglosassone degli stessi contratti telematici. Essa costituisce una variante, adattata alla rete telematica, delle licenze sta-

---

<sup>174</sup> E. TOSI, *I problemi giuridici di internet*, cit., p. 164.

<sup>175</sup> G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto di informatica: considerazioni di metodo*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1986, p. 803 ss.

<sup>176</sup> G. DE RADA, *op. cit.*, p. 614.

## JUS CIVILE



tunitensi *clickwrap* che a loro volta derivano dalle licenze *shrinkswrap*. Tali licenze vengono così definite in quanto prevedono l'accettazione delle condizioni in esso esplicitate mediante un'accettazione per comportamento concludente consistente nello strappo della confezione contenente il *software*. Naturalmente nel caso di *software* che si preleva tramite *downloading*, lo strappo è in realtà meramente virtuale e si realizza mediante la pressione sul tasto dell'elaboratore che comporta accettazione delle condizioni generali di contratto. Due sono i modelli contrattuali affermatasi nella prassi, l'uno statico, l'altro dinamico:

- a) fornitura del *software* e relativa licenza di utilizzazione;
- b) fornitura del *software* e di servizi aggiuntivi per il tempo determinato dal contratto.

Nel primo caso il produttore conferisce all'utilizzatore il diritto di usufruire del prodotto *software*. Nel secondo caso il contratto presenterà i requisiti del contratto di locazione di bene mobile, ma la possibilità di fruire anche del servizio di assistenza da parte del produttore avvicina la fattispecie negoziale ad un contratto di fornitura di servizi informatici<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *op. cit.*, p. 104.



ENRICO QUADRI

Professore ordinario di istituzioni di diritto privato – Università di Napoli Federico II

## “CONVIVENZE” E “CONTRATTO DI CONVIVENZA” \*

SOMMARIO: 1. Le “convivenze” ed il “contratto di convivenza” nella sistematica della legge n. 76 del 2016. – 2. Definizione della situazione di “convivenza” e sue problematiche conseguenze, anche alla luce del “diritto vivente” in materia. – 3. La disciplina del “contratto di convivenza” nel suo rapporto con quella concernente le “convivenze”. – 4. Contenuti del “contratto di convivenza”. – 5. Problematicità del regime pubblicitario del “contratto di convivenza”.

1. – A quattro mesi dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della legge 20 maggio 2016, n. 76, su di un punto sembrano concordare i (prevedibilmente) numerosi contributi ad essa dedicati, in ciò confermando l'impressione immediatamente suscitata dal testo uscito il 25 febbraio dal Senato (ed approvato col meccanismo della fiducia il giorno 11 maggio dalla Camera dei deputati): il confuso accatastamento dei commi di cui si compone l'unico articolo della legge si presenta come la peggiore, quanto a qualità del tessuto normativo, delle riforme in materia di disciplina dei rapporti familiari, assolutamente inadeguata, quindi, a quel suo carattere epocale, che sembra idealmente accostarla, in quanto atta a rivoluzionare dalle sue fondamenta il nostro sistema ordinamentale in materia, al superamento, nel 1970, del principio della indissolubilità del matrimonio.

Certo le giustificazioni non mancano. Sovrasta ogni altra l'essersi trattato di un intervento non più rinviabile, se non altro – ed al di là di qualsiasi considerazione circa lo stridente contrasto del silenzio legislativo con le aspettative della società – per la definitiva messa in mora del nostro legislatore, dopo i reiterati avvisi della Corte costituzionale, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo il 21 luglio 2015. L'urgenza di provvedere comunque, così, dovrebbe suonare quale giustificazione, data la conseguente quasi inevitabile necessità di operare affannose mediazioni ideologico-politiche, della cattiva qualità del provvedimento. Un simile ragionamento, peraltro, pare attagliarsi solo alla parte del provvedimento stesso concernente la “regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso”, non quella relativa la “disciplina delle convivenze”.

Già dalla sua intitolazione, in effetti, risulta palese come la nuova legge risulti programmaticamente caratterizzata da due nuclei di disciplina che riguardano problematiche diverse.

---

\* Lo scritto si ricollega alla relazione svolta al Convegno “*Il diritto di famiglia tra modelli tradizionali e nuove declinazioni. Esperienze a confronto*”, Università Bocconi, Milano, 23 settembre 2016. Esso è dedicato a Giovanni Furguele.

## JUS CIVILE



L'indifferibilità, per le sue accennate motivazioni, non sembra contrassegnare la disciplina, quale che fosse destinata ad essere, delle "convivenze". E ciò proprio in conseguenza dell'operata regolamentazione delle "unioni civili", in quanto atta, nell'adempiere alle ricordate sollecitazioni, a dare risposta alle istanze delle persone dello stesso sesso, col riconoscimento di un'adeguata rilevanza giuridica al comune progetto di vita. In proposito, infatti, non si può mancare di sottolineare come, ormai da diversi lustri, il maggiore impulso nel senso di una estesa regolamentazione legislativa della c.d. "famiglia di fatto", più o meno organica e tendenzialmente modellata su quella del matrimonio, derivasse, almeno in larga – se non prevalente – misura, proprio dalla carenza di un riscontro legislativo alle istanze in questione.

Anzi, deve forse addebitarsi all'innesto dell'istanza di riconoscimento delle unioni omosessuali sulla risalente problematica della rilevanza giuridica della "famiglia di fatto" l'essersi resa ancora più difficile l'eventuale definizione di un quadro normativo unitario atto a soddisfare contestualmente le esigenze dei conviventi eterosessuali e la realtà di tali unioni. E ciò per il risultare perseguito, appunto, dai *partners* dello stesso sesso non quello "statuto minimo" della convivenza, solo razionalmente compatibile con la scelta della coppia eterosessuale in senso contrario all'assunzione degli obblighi matrimoniali, ma, per così dire, uno "statuto massimo", la istituzionalizzazione, cioè, di un regime il più possibile simile a quello caratterizzante il matrimonio. Significative, in una simile prospettiva, si presentano, nella XV legislatura, le discussioni e le vicende concernenti il d.d.l. governativo n. 1339 del 2007, correntemente conosciuto con l'acronimo "DICO": iniziativa legislativa, questa, non a caso fallita nel suo tentativo di approntare una disciplina unitaria, atta a soddisfare contestualmente le diverse – se non opposte – esigenze e che, peraltro, pare aver finito – a questo punto, quindi, alquanto contraddittoriamente – col lasciare tracce nella parte del provvedimento dedicata alla "disciplina delle convivenze".

Ogni dubbio circa il carattere – secondo taluni troppo – "leggero" della disciplina dettata nei commi da 36 a 65 alle "convivenze" dovrebbe, allora, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, risultare superato, in dipendenza della possibilità, ora aperta a tutti attraverso la "regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso", di vedere assicurata una piena rilevanza giuridica al proprio consorzio di vita solidaristico-affettivo. In effetti, il costituire la convivenza, ormai per tutti, frutto della reale libertà di scelta, per usare le espressioni impiegate dalla Corte costituzionale in una sua fondamentale decisione del 1998 (Corte cost. 13 maggio 1998, n. 166), "di non voler assumere i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio" (e, ora, pure dalla "unione civile") pare rendere ancora più attuale il suo monito a legislatori ed interpreti, nel senso che, se "la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito per il matrimonio ... l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione del principio di libera determinazione delle parti".

Costituendo, appunto, materia specifica del presente intervento la seconda parte del provvedimento, una prima considerazione sembra imporsi, anche per risultare essa sostanzialmente condivisa da tutti coloro che se ne sono occupati. L'essersi – sia pure per comprensibili motiva-

# JUS CIVILE



zioni ideologico-politiche – la discussione che ha contrassegnato il difficile percorso parlamentare della legge n. 76 incentrata essenzialmente sulla sua prima parte ha finito col fare quasi – se non del tutto – trascurare la seconda, concernente le “convivenze”. Così, la mancanza, in buona sostanza, di qualsiasi reale riflessione in proposito, almeno in tempo ancora utile per una rimediazione della relativa disciplina, ha avuto come risultato quello di massimizzare i difetti di tale parte del provvedimento.

Ciò anche per un suo vizio di origine. L’aver fatto confluire nella disciplina delle “convivenze” quella del “contratto di convivenza”, senza operare – probabilmente per mancanza di adeguata consapevolezza sul punto – una univoca scelta tra due prospettive tradizionalmente caratterizzanti la discussione circa le vie percorribili per conferire rilevanza giuridica alle unioni affettive, dagli interessati programmaticamente non assoggettate al regime matrimoniale: da una parte, quella tendente a giuridicizzare la relazione di convivenza di per se stessa, considerandola come tale atto a dar vita uno *status*, fonte di effetti più o meno estesi nei rapporti tra i conviventi e con i terzi; dall’altra, quella tendente ad affidare esclusivamente alla scelta degli interessati ogni rilevanza giuridica della propria relazione, il “contratto di convivenza” caratterizzandosi, così, per rappresentare la sola via atto a far conseguire ad essi uno statuto giuridico della loro convivenza. Vizio di origine, questo, che emerge – e neanche tanto velatamente – da diverse delle disposizioni ora dedicate, appunto, al “contratto di convivenza”, indubbiamente influenzate, come si avrà modo di accennare più oltre, da una sua considerazione in chiave fondativa di uno *status* familiare tra le parti.

Non mancano, invero, giudizi complessivamente ottimistici sotto il profilo della opportunità della scelta legislativa. Un simile giudizio può essere senz’altro condiviso almeno dal punto di vista del, così avvenuto, definitivo superamento degli interrogativi – legati anche al di per sé equivoco inquadramento nell’ambito della sfuggente fenomenologia delle “formazioni sociali”, ai sensi dell’art. 2 Cost., comunque in larga misura già superati, soprattutto alla luce della nota prospettiva sopranazionale – circa il carattere “familiare” delle unioni affettive non formalizzate attraverso il matrimonio (o, adesso, l’unione civile). Ciò, in particolare, al fine di considerare estensibili ad esse quei profili di tutela sociale che si radicano nelle disposizioni costituzionali, le quali al fenomeno familiare, a fini di promozione e di protezione dei soggetti in esso coinvolti, fanno riferimento (il pensiero corre, ovviamente, in particolare, agli artt. 31, 36 e 37 Cost.). E questo nonostante la ritrosia manifestata dal legislatore, anche nella legge in questione, nei confronti dell’impiego di locuzioni esplicitamente allusive al carattere “familiare” della relazione (qui tanto rare da sembrare sfuggite alla volontà legislativa di emarginazione terminologica, secondo un atteggiamento, del resto, riscontrabile – e ancor meno giustificabile – pure nella parte del provvedimento dedicata alle “unioni civili”).

2. – Al di là di tale indiscutibilmente positivo – anche se, dunque, solo implicito – contributo alla discussione circa l’estensione dell’area dei rapporti di carattere “familiare”, la sensazione

## JUS CIVILE



secondo cui la disciplina ora introdotta si presti a dar vita a più problemi di quelli che essa si presenta atta a risolvere emerge di tutta evidenza già dal co. 36, in particolare nei suoi rapporti col co. 37.

Nel co. 36 il legislatore ha inteso definire la condizione di “conviventi di fatto” come quella di “due persone” per le quali, indipendentemente quindi dal carattere etero od omosessuale della relazione, ricorrano taluni “presupposti”, positivi (maggiore età, stabilità del legame affettivo “di coppia” e di reciproca assistenza morale e materiale) e negativi (assenza di vincoli derivanti da parentela, affinità o adozione, nonché matrimonio o unione civile). Già a prima vista risulta evidente come si tratti di condizioni molto più restrittive di quelle previste dall’art. 515-8 *code civil*, dettato nel 1999 in tema di “*concubinage*”, che se ne può considerare il modello remoto, e meno precise di quelle di cui al co. 1 dell’art. 1 del ricordato d.d.l. sui “DICO”, che, comunque, può essere reputato il suo immediato punto di riferimento. E ciò anche per la chiara assonanza col secondo comma dello stesso articolo del co. 37, nel quale – peraltro “ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36” – si indica il “riferimento alla dichiarazione anagrafica”, di cui agli artt. 4 e 13 (co. 1, lett. *b*) del d.P.R. 30 maggio, n. 223 (concernente l’individuazione, appunto, della c.d. “famiglia anagrafica”, quale “insieme di persone legate da vincoli” eventualmente anche “affettivi”, “coabitanti e aventi dimora abituale nello stesso comune”), quale via “per l’accertamento della stabile convivenza”.

Come è stato immediatamente e unanimemente sottolineato, l’aver il legislatore voluto definire articolatamente le condizioni atte a caratterizzare la “convivenza”, “ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67” che la concernono (ma i co. 66 e 67, invero, riguardano le sole unioni civili), impone all’interprete, in via preliminare, di porsi la questione relativa al trattamento da riservare alle unioni affettive non del tutto conformi – e pur presentandosi quali formazioni sociali sicuramente permeate da intima interdipendenza esistenziale e da intensa solidarietà – alla fattispecie delineata dal legislatore. Fattispecie, in relazione alla quale, quindi, ed anche su questo sembra esservi unità di vedute, neppure pare più attagliarsi, peraltro, la qualificazione “di fatto”, con cui la legge n. 76 individua insistentemente i “conviventi” ai quali si riferisce. Si tratta, in effetti, dell’avvenuta introduzione di un ulteriore modello familiare “legale”, quale situazione atta a determinare il sorgere di un vero e proprio *status*, pur se assai più tenue rispetto a quello conseguente al matrimonio o all’unione civile: tale, allora, da giustificare forse la riproposizione delle perplessità a suo tempo sollevate nei confronti della istituzionalizzazione di una famiglia di serie inferiore, di serie “B”, se non addirittura di serie “C”, ove si giungesse alla conclusione del carattere comunque discriminatorio della disciplina dell’unione civile rispetto a quella matrimoniale. E questo, in sostanza, nella prospettiva cui era, in passato, funzionalmente orientato il d.d.l. sui “DICO”, senza, peraltro, come dianzi accennato, che ormai ve ne fosse più una reale (soprattutto urgente) necessità, in conseguenza dell’ormai a tutti aperta possibilità di optare per la piena giuridicizzazione del proprio rapporto di vita.

Interrogativi si pongono, invero, anche per l’estensione – pur in linea di principio da considerarsi pacifica – ai conviventi rientranti nell’ora operata definizione normativa di quella ricca

## JUS CIVILE



regolamentazione di fonte legislativa o giurisprudenziale, che fino a questo momento si è venuta a stratificare in materia e di cui, del resto, molti commi del provvedimento risultano meramente – e spesso maldestramente – ripetitivi. E ciò, da una parte, appunto con riguardo ai profili presi disordinatamente in considerazione, quando l’ora dettata regolamentazione si presenta, secondo quanto si avrà modo di vedere, come addirittura peggiorativa, per gli interessati, rispetto alle soluzioni fin qui acquisite; dall’altra, per i profili non direttamente considerati, quando la regolamentazione già esistente introduca condizioni ulteriori rispetto alla definizione del co. 36, come, ad esempio, anche senza volere riferirsi alla specificazione di requisiti soggettivi sul modello dell’art. 5 della legge n. 40 del 2004, una durata determinata della convivenza (evidentemente, allora, ponendosi l’interrogativo circa l’operatività o meno, di volta in volta e in quale direzione, del criterio della specialità).

Ma è con riferimento alle situazioni dianzi accennate, sotto qualche aspetto carenti dal punto di vista dei presupposti di cui alla definizione legislativa, che il compito dell’interprete pare destinato a presentarsi più delicato. Riguardo a tali unioni affettive – per le quali non è agevole individuare una qualificazione, se non in chiave di libertà dai vincoli definitivi ora legislativamente introdotti e, come tali, effettivamente destinate a rilevare sul solo piano fattuale – sembra prevalere, comunque, l’opinione nel senso di considerare, almeno tendenzialmente, irrilevanti i caratteri ora legislativamente tipizzanti la “convivenza”, di fronte ad un diritto vivente che sin qui ha articolato le proprie soluzioni sulla base di condizioni esistenziali, di volta in volta concretamente individuate. Certo, comunque, l’interrogativo sembra destinato a porsi, e in modo inquietante, ai fini della più comprensiva relativa applicazione, in termini di compatibilità o meno delle soluzioni pure sin qui accreditatesi con le specifiche – e soprattutto di quelle che sembrano presentarsi come sistematicamente più significative – opzioni del legislatore circa i diversi presupposti (ora) in via generale indicati.

Salvo ad approfondire il discorso in ordine ai singoli requisiti risultanti dall’introdotta definizione legislativa, pare in via preliminare da sottolineare come a consistenti dubbi presti il fianco la pretesa stessa di pervenire ad una nozione unitaria di “convivenza”, valevole a gestire tutte le diverse problematiche giuridiche che possano coinvolgere la reazione affettivo-solidaristica, quale nella realtà in ogni caso operante. Solo un’accezione differenziata di essa, sufficientemente elastica e sensibilmente attenta alla concreta natura degli interessi e dei valori personali di volta in volta in gioco, sembra effettivamente rispondere alla intima essenza del fenomeno. A prescindere dalla intrinseca contraddittorietà della pretesa di definire in via normativa un fenomeno preso – e da prendere – in considerazione proprio per la sua valenza fattuale, quanto sia inopportuna una sua, per così dire, “ingessatura” legislativa sembra attestarlo la stessa esperienza giurisprudenziale, attenta a contestualizzarlo rispetto alla realtà ed alla coscienza sociale, nella relativa dinamica evolutiva. Basti riferirsi, ad esempio, agli esiti della questione del risarcimento del convivente conseguente al “fatto illecito di un terzo” in caso di relazione di fatto: se inizialmente ancora si richiedeva – in aderenza, appunto, alle valutazioni sociali all’epoca ancora prevalenti – la diversità di sesso tra le parti, la giurisprudenza più recente, attenta alle dinami-

## JUS CIVILE



che sociali, ha superato ogni limitazione al riguardo. Insomma, ogni tentativo del genere si presenta come inidoneo – in una società, come quella attuale, notoriamente refrattaria a qualsiasi imposizione di modelli comportamentali in materia personale e familiare – a dar conto della possibile polimorfa caratterizzazione, soggettiva ed oggettiva, del fenomeno nella realtà sociale.

Circa i vari presupposti indicati ora legislativamente, una prima questione si pone in relazione alla nozione stessa di “convivenza”, soprattutto in relazione al valore della “dichiarazione anagrafica” cui si riferisce il co. 37. Materia di discussione, al riguardo, è destinata senz’altro ad essere il ruolo di quest’ultima, in relazione alla quale non manca chi ravvisa in essa – sia pure per comprensibili preoccupazioni in ordine alla praticabilità dell’accertamento della situazione, appunto, di “convivenza” – un vero e proprio elemento della fattispecie legislativa (anche se, poi, la concreta incidenza di una simile presa di posizione tende a risultare notevolmente ridimensionata dal punto di vista operativo, in dipendenza dell’avvertita esigenza di non vanificare le tutele fin qui apprestate).

In proposito, sembra giustamente a prevalere, comunque, l’idea (che, del resto, ha trovato immediato riscontro anche in giurisprudenza: Trib. Milano 31 maggio 2016) di una sua valenza neppure *lato sensu* costitutiva (come pure potrebbe indurre a pensare il parallelo con la corrispondente – ma non coincidente – disciplina del d.d.l. in tema di “DICO”), in quanto considerata, piuttosto, destinata ad esaurire la propria portata sul piano meramente probatorio (e specificamente presuntivo, con riferimento, in particolare, all’inizio della convivenza, il riscontro del requisito della stabilità non sembrando, peraltro, potersi reputare senz’altro insito in un simile accertamento). Da una parte, quindi, soprattutto in considerazione dell’inciso iniziale del co. 37 (richiedente “la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36”), deve reputarsi possibile escludere la ricorrenza di una “convivenza” giuridicamente rilevante, pur in contrasto con le relative risultanze anagrafiche (come già in passato pacificamente sostenuto in giurisprudenza); dall’altra, è da ritenere che, secondo quanto già attualmente ammesso, gli interessati possano provare comunque la loro qualità di “conviventi”.

Del resto, lo stesso elemento della “coabitazione”, che risulta essenziale ai fini dell’operatività del meccanismo anagrafico (ai sensi dell’art. 4 del d.d.l. n. 223), non pare poter assumere un peso decisivo, in presenza di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che – in una decisione del 7 novembre 2013 – ha affermato (e ribadito, in quella ricordata del 21 luglio 2015) che, ai fini della ricorrenza delle esigenze di tutela giuridica della “vita familiare”, “l’esistenza di un’unione stabile è indipendente dalla convivenza”, almeno se intesa in senso, appunto, rigidamente formalistico-anagrafico, essendo oggi normale, per qualsiasi coppia, vivere la propria relazione anche “a distanza ... per motivi professionali o di altro tipo”.

E un qualche ottimismo circa il recupero di spazi di elasticità pare restare, in ultima analisi, legato, allora, proprio al profilo di quella “stabilità” del legame, alla cui ricorrenza il legislatore – qui come altrove – e la giurisprudenza condizionano da sempre la relativa rilevanza sul piano giuridico: “stabilità”, che opportunamente – pur se non mancano dissensi al riguardo – si è pre-

## JUS CIVILE



ferito evitare di ingabbiare temporalmente in via generale, con ciò finendosi col riconoscere la insopprimibile necessità – non esente, ovviamente, da difficoltà – di valutare, a seconda degli interessi e dei valori di volta in volta specificamente in gioco, la dignità sociale da riconoscere al legame stesso, adeguatamente valorizzando, appunto, il profilo delle sue caratteristiche temporali (secondo quanto, in effetti, risulta essere costantemente avvenuto nella pregressa disciplina del fenomeno).

La definizione legislativa offre spunto per ulteriori considerazioni non scevre da perplessità. In proposito, comunque, non pare potersi dubitare che la relazione cui ci si riferisce debba caratterizzarsi per una sua integrazione personale fondata anche sull'apertura alla sessualità, nel senso tradizionalmente attribuito all'idea stessa di “convivenza *more uxorio*”. Giustamente, si è sottolineato come non avrebbe senso, se no, la previsione dei presupposti negativi relativi alla parentela e all'affinità. Piuttosto, proprio a tale ultimo riguardo, al di là dei problemi interpretativi che pone la mancata precisazione del grado di parentela (e di affinità) rilevante, non può dimenticarsi come il carattere incestuoso della convivenza non sia stato reputato senz'altro ostativo all'operatività della tutela risarcitoria (Trib. Venezia 31luglio 2006), pure al riguardo, quindi, ponendosi la questione se la continuità della soluzione possa essere anche in futuro giustificata dalla peculiarità degli interessi esistenziali in gioco nella realtà fattuale, cui non sembra poter fare a meno di essere sensibile lo strumento risarcitorio.

Certo, la scelta dei presupposti condizionanti, nell'ottica del co. 36, la “convivenza” da considerare programmaticamente destinataria della tutela ordinamentale sembra ispirarsi, al fondo, al tradizionale punto di vista, secondo cui, dovendo rispecchiare una simile “convivenza” – e a maggior ragione, ovviamente, ora che viene ad essa ricollegato un vero e proprio *status* familiare – il modello matrimoniale, non potrebbero essere prese in considerazione le “convivenze” bollate come “illecite”, appunto in quanto, in sostanza, contrastanti con impedimenti matrimoniali. Immediatamente, così, in particolare, si è posta, di fronte al presupposto dell'assenza del vincolo matrimoniale (o di unione civile), la questione delle “convivenze” tra persone di cui almeno una sia separata, legalmente, ma, soprattutto per il riferimento del co. 36 pure all'unione civile che non conosce l'istituto della separazione personale, anche solo di fatto. Indubbiamente, la coesistenza – dato che in ciò si risolve, nell'ottica del provvedimento in discussione, una simile situazione – di due *status* familiari potrebbe apparire una contraddizione in termini, poiché quello matrimoniale, almeno alla luce del diritto vigente, non cessa con la separazione personale. Ma, in proposito, non si può dimenticare come allo stesso sorgere (ed allo sviluppo) della problematica della rilevanza giuridica delle “convivenze” sia risultato tutt'altro che estraneo il trattamento di quelle, per così dire, “aggiuntive” al matrimonio (un tempo necessitate, prima per la relativa indissolubilità, poi per i lunghi tempi di attesa richiesti ai fini del divorzio).

È, allora, veramente difficile pensare che risulti ora precluso il riconoscimento di situazioni fin qui correntemente prese in considerazione. Ci si riferisce, in particolare, ancora una volta, alla materia risarcitoria, nel cui contesto non si è esitato a trarre le relative conseguenze dall'“effettiva coesistenza di due nuclei familiari entrambi percepiti e vissuti dal defunto come

## JUS CIVILE



‘famiglia’ e del sostegno economico fornito in uguale misura ad entrambi” (Cass. 7 giugno 2011, n. 12278). Si conferma, allora, il dianzi accennato rilievo circa la necessità che la soluzione di ogni problematica non possa prescindere dalla natura degli interessi e dei valori di volta in volta in gioco, come significativamente attestato, ad esempio, dalla giurisprudenza sui “maltrattamenti contro i familiari e conviventi”, ai sensi dell’art. 572 c.p., ferma nel ritenere irrilevante “il carattere monogamico del vincolo sentimentale posto a fondamento della relazione” (oltre che la “continuità della convivenza, intesa quale coabitazione”), solo essendo reputato necessario il riscontro di “un rapporto stabile di affidamento e solidarietà” (Cass. pen. 18 marzo 2014, n. 31121).

Tale ultimo orientamento spinge a riflettere circa le non poche difficoltà che presenterà per l’interprete la realtà delle unioni poligamiche, di fronte al perentorio riferimento del co. 36 a “due persone” vincolate da “legami affettivi di coppia”. L’estraneità di tali unioni ad un simile riconoscimento da parte dell’ordinamento non può occultare, in effetti, la realtà della diffusione del fenomeno in conseguenza dei movimenti migratori, atto ad innescare una problematica almeno entro certi limiti assonante, del resto, con quella da noi già discussa, in passato, appunto in chiave di rilevanza del rapporto fattuale, con riguardo alle coppie unite da matrimonio solo religioso, quello poligamico essendo evidentemente ammesso in ambienti musulmani (e non solo). Al di là delle questioni risarcitorie, in relazione alle quali, sul piano fattuale, la situazione in questione potrà difficilmente mancare di essere presa in considerazione, pare arduo negare che diritti riconosciuti in considerazione della convivenza – e ciò anche in relazione a profili affrontati nella nuova normativa, in larga misura sostanzialmente ricognitiva di quella preesistente, come, in particolare, quelli concernenti l’assistenza carceraria e sanitaria – possano essere in linea di principio negati.

Le considerazioni sin qui svolte, soprattutto con riguardo al tentativo definitorio del legislatore, dovrebbero convincere della poca opportunità di una regolamentazione della materia, quale quella operata, comunque disorganica e tale da largamente ricalcare, con confusi aggiustamenti o addirittura peggiorativamente, soluzioni già acquisite a livello legislativo e giurisprudenziale. E proprio la tecnica seguita dal legislatore finisce col rendere comunque non agevole, soprattutto con riferimento alla mancanza di stato libero delle parti, anche l’applicazione concreta di una prospettata linea interpretativa, tendente a riservare alle “convivenze” rispondenti al modello legislativo i soli nuovi diritti riconosciuti dalla legge. In effetti, un simile ragionamento può forse attagliarsi, senza particolari difficoltà, agli indiscutibilmente nuovi diritti introdotti con riguardo alla cessazione della convivenza, di carattere successorio, come nel co. 42, ovvero assistenziale, come nel co. 65, ma incertezze sono destinate indubbiamente a sorgere in ordine alla sorte di prerogative già riconosciute ai conviventi – e che, allora, come tali dovrebbero sicuramente continuare a esserlo, indipendentemente, insomma, dalla ricorrenza di tutti i presupposti del co. 36 – ma ora in qualche misura precisate ed eventualmente accresciute nei relativi contenuti (come, ad esempio, la facoltà, di cui al co. 44, di successione nel rapporto di locazione, in caso di recesso del conduttore e, quindi, implicitamente, di venir meno della convivenza).

## JUS CIVILE



Circa l'accennata problematicità, ai fini esegetici, dell'intervento legislativo in discussione, due sue opzioni sembrano particolarmente significative.

In primo luogo, la tutela risarcitoria, laddove il co. 49 allude al solo "decesso" del *partner*, si presenta palesemente recessiva rispetto agli approdi giurisprudenziali, tendenti a prendere in considerazione le aspettative risarcitorie del congiunto, anche in caso di relazione di fatto, indipendentemente da una simile estrema evenienza (nel caso, cioè, di sole lesioni: già Cass. 29 aprile 2005, n. 8976). Prevedibile, quindi, risulta la conferma di un simile indirizzo, l'apporto della nuova previsione potendo essere, al più, da apprezzare sotto il profilo probatorio.

Quanto, poi, al co. 46, a parte la criticabilità della rubrica dell'ivi contemplato nuovo art. 230-*ter* c.c., anodinamente intitolato ai "diritti del convivente" (e salvo, poi, a riemergere – con riflessi da considerare sicuramente significativi sul piano esegetico – il riferimento all'"impresa familiare" nel corpo della disposizione), la prevista disciplina si dimostra irragionevolmente carente sotto diversi punti di vista rispetto al modello dell'art. 230-*bis* c.c., ove se ne tenga presente convenientemente la funzione, con conseguente necessità di una interpretazione adeguatrice, eventualmente anche attraverso un intervento della Corte costituzionale. Ci si riferisce, in particolare, al silenzio circa il "diritto al mantenimento" e la rilevanza del lavoro prestato nel contesto della vita comune, oltre che alla mancata considerazione di quei diritti gestionali che, nel sistema complessivo della "impresa familiare", si pongono in rapporto di stretta interdipendenza con quelli economico-partecipativi (peraltro, come accennato, in modo espresso solo parzialmente estesi al convivente). Meglio, quindi, sarebbe stato limitarsi all'inserimento anche del "convivente" tra i soggetti tutelati, con ciò, del resto, semplicemente prendendo atto dell'apertura in tal senso della giurisprudenza più recente in materia (Cass. 15 marzo 2006, n. 5632). E, anche al riguardo, comunque, non pare che la tutela del convivente possa risultare condizionata dalla ricorrenza integrale degli elementi di cui al co. 36.

Altri aspetti della disciplina si presentano inutilmente (oltre che talvolta lacunosamente) ripetitivi di quanto già normativamente previsto. Esempio, in proposito, appare il co. 48, in materia di protezione degli incapaci, nel quale, da una parte, ci si limita a sintetizzare quanto statuito dagli artt. 408 e 424 c.c., peraltro tacendo – pur intervenendosi diligentemente, col co. 47, sull'art. 712 c.p.c. – circa il profilo della titolarità dell'iniziativa in materia, attualmente regolato dall'art. 417 c.c. (cui rinvia l'art. 406 c.c.) proprio con riferimento (anche) alla "persona stabilmente convivente"; dall'altra, si sorvola su quel carattere preferenziale da attribuire alla condizione soggettiva in questione, al quale allude esplicitamente – al pari delle altre condizioni soggettive prese in considerazione – l'art. 408 c.c.

Del resto, pure le previsioni di cui ai co. 38 e 39, in tema di assistenza penitenziaria e sanitaria, non fanno altro che rispecchiare, in buona sostanza, quanto già, in via legislativa o regolamentare, largamente ammesso. Al più, l'essersi il legislatore pronunciato per principi generali può ritenersi consentire all'interprete di intervenire integrativamente sull'esistente, anche al riguardo, comunque, difficilmente potendosi pensare che la definizione del co. 36 pregiudichi aspettative già allo stato tutelate in considerazione dei valori personali coinvolti. Discorso so-

## JUS CIVILE



stanzialmente analogo pare da svolgere a proposito del co. 45, in tema di accesso alle graduatorie per “l’assegnazione di alloggi di edilizia popolare”, in cui si eleva a principio generale quanto già previsto a livello di legislazione regionale, peraltro dandosi luogo a delicati problemi di coordinamento con tale legislazione, laddove, in una materia di competenza regionale, le singole regolamentazioni prevedano requisiti specifici, come, diffusamente, quello di una durata minima della convivenza.

Taluni aspetti, poi, risultano irragionevolmente tali da prospettare profili di intervento addirittura estranei, almeno allo stato, anche ai rapporti familiari fin qui riconosciuti. In proposito, ci si riferisce, in particolare, al co. 40 (relativo al conferimento di poteri decisionali “in caso di malattia” o “in caso di morte” del convivente). Al di là di altre questioni destinate a sorgere, come quelle connesse all’anodino riferimento ai “poteri pieni o limitati” del rappresentante designato, balza agli occhi il semplicismo con cui sono affrontate materie già oggetto di specifiche discipline (come quelle concernenti i trapianti e le decisioni relative alle spoglie), oltretutto senza riflettere adeguatamente circa l’eventuale opportunità di integrarne la portata, valorizzando la posizione del convivente anche indipendentemente dalla specifica designazione ora contemplata. Ma l’approssimazione del legislatore sembra trionfare nell’intervento che si è operato su di una problematica resa complessa dalle relative implicazioni etico-ideologiche – che, non a caso, ne hanno fin qui ostacolato la disciplina legislativa – come quella delle c.d. “disposizioni anticipate di trattamento”, pure con riferimento ai controversi profili di natura formale della manifestazione della volontà, qui senz’altro risolti nel co. 41, al di fuori di qualsivoglia adeguato approfondimento della – e di coordinamento con – la problematica generale coinvolta. La situazione conseguente all’intervento legislativo, la cui evanescenza ed approssimazione contrasta singolarmente con la vastità e l’articolazione del dibattito in materia, finisce, allora, con l’apparire quasi paradossale, in particolare nella limitazione della sua portata alla posizione del convivente, così da determinare tensioni sul piano sistematico, l’interprete essendo evidentemente chiamato ad una armonizzazione che, ove non vengano reputati sufficienti gli strumenti esegetici a sua disposizione, potrebbe sfociare nella prospettazione di questioni di legittimità costituzionale.

Indubbio carattere di complessiva novità assume la previsione di taluni riflessi economici in conseguenza della cessazione della convivenza, risultandone confermata – al di là di qualsiasi possibile perplessità in ordine alla relativa coerenza ed opportunità, alla luce delle considerazioni di carattere preliminare dianzi svolte – la prospettiva dell’introduzione di un vero e proprio nuovo *status* familiare in dipendenza di essa (restando salva, poi, una inevitabile diversità di valutazioni circa i termini del bilanciamento, quale ora operato dal legislatore, tra i valori di libertà e di solidarietà destinati ad entrare in gioco in materia).

In particolare, così, il co. 65 introduce – ad esito di una affrettata riscrittura dell’ultima ora della disposizione, la quale ha lasciato traccia in una “e”, inspiegabile se non nel senso della sua sovrabbondanza – un obbligo alimentare a favore del “convivente” che “in caso di cessazione della convivenza ... versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento”: la previsione del diritto del convivente più debole ad essere economicamente assistito

## JUS CIVILE



dall'altra parte – sia pure solo “per un periodo proporzionale alla durata della convivenza” – sembra strettamente ricollegarsi a quella esclusività del rapporto personale, valorizzata nella definizione del co. 36 con il riferimento alla condizione di assenza di vincoli matrimoniali o da unione civile. Nella logica del disegno legislativo, allora, un simile diritto pare assumere carattere di indisponibilità: perplessità – se non addirittura dubbi di legittimità costituzionale – suscitando, peraltro, e proprio per il senso che acquista il suo riconoscimento, il rango riservato all'obbligo alimentare del convivente nella graduatoria dei soggetti su cui grava l'obbligo di prestare gli alimenti, ai sensi dell'art. 433 c.c. E difficile sembra negare che la previsione in questione rappresenti il riflesso di una conseguita – sia pur attenuata – giuridicità del dovere di solidarietà tra conviventi, destinato ad emergere, quindi, almeno nel delicato momento della crisi dell'unione. Tale ricostruzione, del resto, pare saldarsi con – e finire ora con il legittimare – l'orientamento da ultimo manifestatosi in giurisprudenza, tendente a ritenere definitivamente estinto qualsiasi effetto economico dipendente da un venuto meno precedente rapporto matrimoniale, una volta instauratasi una convivenza avente le caratteristiche sostanziali ora positivizzate dal legislatore (Cass. 3 aprile 2015, n. 6855).

Il medesimo carattere di novità impronta anche l'originale – e sia pure temporaneo – “diritto di continuare ad abitare” nella “casa di comune residenza” per il caso di “morte del proprietario”. Diffusa è l'idea dell'assonanza strutturale di un simile diritto abitativo, al di là della sfuggente formulazione legislativa, con il diritto previsto dall'art. 540, co. 2, c.c.: con ciò confermandosi l'attivazione, da parte del legislatore, di un vero e proprio effetto successorio della convivenza, come tale preferibilmente anch'esso da reputare sottratto alla disponibilità convenzionale – ma, per la sua peculiare funzione, di natura tale da esserlo, è da credere, anche alla volontà testamentaria – delle parti.

Nella stessa ottica di novità è da assumere pure, ai sensi del co. 44, la facoltà di successione del convivente nel contratto di locazione, non solo in caso di morte del conduttore, secondo quanto già consentito a seguito dell'intervento della Corte costituzionale nel 1988 (Corte cost. 7 aprile 1988, n. 404), ma anche nel caso di suo recesso (e, quindi, implicitamente di venir meno della convivenza a seguito della relativa crisi): ciò sulla base di un proprio personale ed autonomo diritto, svincolato, cioè, da qualsiasi collegamento con la sussistenza di prole (e, come tale, in precedenza negatogli dalla giurisprudenza costituzionale: Corte cost. 11 giugno 2003, n. 204).

**3.** – La parte del provvedimento più problematica per l'interprete, comunque, sembra essere quella relativa al “contratto di convivenza”, pure per quella sua immediata operatività che pone agli operatori destinati a venire coinvolti nella sua stipulazione pressanti interrogativi, oltretutto in conseguenza del dovere, per il professionista chiamato a intervenire, di attestarne “la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico”.

Già si è dianzi accennato alla confluenza nell'attuale disciplina del “contratto di convivenza”

## JUS CIVILE



– in conseguenza di stratificazioni successive nel corso dei contorti lavori parlamentari attraversanti le successive legislature – di prospettive diverse, se non contrastanti o addirittura incompatibili. Così, a fronte di una sua definizione, nel co. 50, quale (mero) strumento di possibile arricchimento, dal punto di vista della regolamentazione dei relativi aspetti patrimoniali, della situazione di “convivenza”, di per se stessa giuridicizzata e tale da potersi assumere come fondativa di uno *status* familiare, residuano profili di disciplina consoni, piuttosto, ad una concezione del “contratto di convivenza” come unica via per conseguire, da parte dei conviventi, un peculiare *status*, ricollegato, quindi, proprio (e solo) alla stipulazione del “contratto di convivenza”. Ciò secondo una prospettiva che alcune precedenti proposte di intervento legislativo – più o meno coerentemente – avevano in larga misura derivato da un progetto elaborato, appunto in materia di “patto di convivenza”, in sede notarile nell’ottobre del 2011.

Espressioni di una simile prospettiva emergono, innanzitutto, già nel divieto, di cui al co. 56, di sottoposizione del contratto “a termine o condizione”, non a caso scopertamente assonante con il disposto dell’art. 108 c.c., dettato in materia matrimoniale, in quanto quasi inevitabile portato della natura fondativa di uno *status* dell’atto matrimoniale (curiosamente trascurato – è da credere non intenzionalmente, ma per mera dimenticanza – nella regolamentazione delle “unioni civili”). E, non inaspettatamente, proprio le perplessità suscitate da tale divieto ne hanno già diffusamente consigliato interpretazioni fortemente restrittive, se non sostanzialmente abroganti.

Né è sfuggita la singolarità della previsione di cause di nullità del “contratto di convivenza” trattate come veri e propri impedimenti, senza dubbio riecheggianti – anche quanto a regime – quelli matrimoniali e tali da presentarsi in un contorto e quasi indecifrabile rapporto con le condizioni previste, nel co. 36, per il riconoscimento della rilevanza della convivenza, a loro volta considerate – attraverso il riferimento generale di cui al co. 57, lett. *b* – quali elementi la cui carenza determina la nullità del “contratto di convivenza”. Esempio, in proposito, si presenta la lett. *a* del co. 57, in cui viene stabilita l’incompatibilità del “contratto di convivenza” con un sussistente (diverso) *status* delle parti, derivante da matrimonio o unione civile, ma anche, quasi a riprova della ricercata esclusività del rapporto costituito col “contratto di convivenza”, da “un altro contratto di convivenza”. Del resto, significativa risulta anche la previsione, nel co. 53, lett. *a*, della “indicazione della residenza” quale contenuto del contratto in questione, dato che un simile accordo – peraltro sicuramente estraneo alla materia patrimoniale, pur dichiaratamente caratterizzante il “contratto di convivenza”, ai sensi del co. 50 – era funzionale, nell’originaria impostazione d’anzi ricordata, a conseguire, attraverso i prescritti adempimenti successivi, le medesime finalità accertative della “dichiarazione anagrafica” di cui al co. 37, da ricollegarsi, quindi, all’idea di una natura, almeno *lato sensu*, costitutiva di uno *status* del “contratto di convivenza”.

Indubbiamente, al di là delle accennate riserve circa le irrisolte ambiguità dell’intervento legislativo, esso era da tempo auspicato. Tuttavia, all’impegno profuso non sembra corrispondere una sua reale utilità, dato che pare lecito concludere, alla luce della disciplina ora dettata, nel

# JUS CIVILE



senso che l'introdotta istituzione, tradendo le aspettative che circondavano l'auspicio di un intervento legislativo in materia, abbia finito, in buona sostanza, col risultare già in partenza, per così dire, sterilizzato.

4. – Un simile rilievo si riconnette, in primo luogo, ai contenuti indicati nel co. 53, in collegamento con la definizione, di cui al co. 50, del “contratto di convivenza” come strumento col quale i conviventi “possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune”. Mentre in un primo tempo, sulla falsariga della ricordata proposta notarile del 2011, era stata ipotizzata la possibilità di disciplinare (anche) le conseguenze economiche dell'eventuale crisi dell'unione, la relativa previsione è stata – e sembra consapevolmente – soppressa nel testo approvato: da ciò consegue come sia stato programmaticamente sottratto al “contratto di convivenza” proprio quell'ambito regolamentare che si è da sempre reputato – secondo quanto insegna l'esperienza dei paesi in cui l'istituto ha trovato tradizionalmente ampio seguito – il suo terreno di elezione.

Col risultare, insomma, appunto programmaticamente, ristretta la portata dello strumento del “contratto di convivenza” alla regolamentazione dei rapporti economici concernenti la “vita in comune”, giustificata sembra la conclusione – motivata con riferimento al profilo causale conseguente all'operata “tipizzazione” – nel senso di ritenere preclusa agli interessati la relativa utilizzazione al fine dianzi indicato. Certo, le parti potranno comunque disciplinare aspetti patrimoniali concernenti la crisi della convivenza: si tratterà, però, di accordi da considerare pur sempre – in quanto ricadenti al di fuori del perimetro della “tipicità” ora così angustamente assicurata agli accordi in questione – assoggettati al generale controllo di meritevolezza, di cui al secondo comma dell'art. 1322 c.c., non diversamente, cioè, da quanto già in precedenza da considerare consentito (come, ad esempio, con riguardo al meccanismo del vincolo di destinazione, di cui all'art. 2645-ter c.c.). Ma, al riguardo, non si può fare a meno di sottolineare come la notevole ritrosia fin qui manifestatasi nella pratica nei confronti dello strumento del “contratto di convivenza”, nonostante l'impegno del notariato nel 2011 (e, poi, nel 2013, ma già dal 1994), sia in larga misura da ascrivere proprio alle incertezze legate alla sorte – solo episodicamente, invero, vagliata con dichiarato favore (Trib. Savona 24 giugno 2008) – degli accordi in questione, a seguito del loro eventuale controllo giudiziale *a posteriori* (con conseguente esitazione, da parte dei professionisti, in ordine all'assunzione della responsabilità su di loro istituzionalmente incombente in relazione al controllo preventivo di conformità, come si esprime anche il co. 51, “alle norme imperative e all'ordine pubblico”).

Quanto, poi, alla diffusamente auspicata – proprio in vista della valorizzazione dello strumento in esame – possibilità di accordare all'autonomia degli interessati spazi di regolamentazione di aspetti successivi del loro rapporto, il legislatore ha pure tradito le aspettative, espungendo dal testo ogni possibilità di deroga al divieto dei patti successivi, nonostante l'erosione di tale principio, almeno se inteso in tutta la sua tradizionale rigidità, non solo altrove, ma anche

## JUS CIVILE



nel nostro stesso ordinamento (il riferimento è, in particolare, all'art. 768-*bis* c.c., relativo al “patto di famiglia”, col suo, peraltro discusso, richiamo da parte dell'art. 458 c.c.). E si ricordi come proprio all'insussistenza del divieto in questione sia ascrivibile, in Germania, quel successo dell'istituto, cui è conseguita l'assenza di consistenti istanze nella direzione di una regolamentazione in via legislativa delle “convivenze”.

Del resto, ben strana sollecitudine nei confronti del fenomeno stesso della convivenza al di fuori del vincolo matrimoniale o di unione civile sembra quella che, pur a volere escludere previsioni derogatorie del divieto accennato, non dia luogo almeno all'introduzione, come previsto nel d.d.l. sui “DICO”, di un trattamento fiscale di favore, se non altro per le attribuzioni operate attraverso l'ordinaria successione testamentaria del convivente, persistentemente considerato, quindi, sul medesimo piano degli estranei al testatore.

Dopo avere accennato agli aspetti destinati a restare fuori dal “contratto di convivenza”, quale ora disciplinato, la riflessione deve spostarsi sui suoi contenuti espressamente ipotizzati dal legislatore. Si tratta, non pare contestabile, di un ambito estremamente esiguo e, alla luce delle considerazioni dianzi svolte, l'eventuale conclusione nel senso della non tassatività dell'elencazione del co. 53, giustificata, appunto, dall'angustia della previsione legislativa, sembra dover essere comunque intesa come tale da comportare, in sostanza, un rinvio alle regole contrattuali comuni: ciò che si è finito, in effetti, col riconoscere indicando come soluzione preferibile la via dell'utilizzazione di – appunto comuni – tipologie contrattuali collaudate (come, ad esempio, quelle del c.d. “contratto di mantenimento” o del comodato, per cui già Cass. 8 giugno 1993, n. 6381), col dubbio – da reputarsi forse eccessivo, ma in ogni caso significativo di una respingente incertezza destinata a perpetuarsi in materia – che possano ora operare, anche al riguardo, i vincoli formali di cui al co. 51, ove si prescrive per il “contratto di convivenza” la “forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato”.

Al di là della già accennata previsione relativa alla “indicazione della residenza”, la cui reale portata resta inevitabilmente oscura e controversa, data la sua estraneità all'area di quei “rapporti patrimoniali” cui si riferisce il c. 50, indubbio interesse pare rivestire la previsione della lett. *b* del co. 53, col suo riferimento alle “modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo”. E la formulazione legislativa, laddove demanda all'autonomia degli interessati la fissazione delle sole “modalità della contribuzione” sembrerebbe, invero, presupporre – in via generale tra i conviventi – la sussistenza e l'indisponibilità di un diritto reciproco alla “contribuzione alle necessità della vita in comune”, caratterizzato, pure inderogabilmente, dal criterio della proporzionalità, sulla falsariga di quanto risultante dal terzo comma dell'art. 143 c.c.

Resta, peraltro, la debolezza intrinseca della concreta vincolatività di un simile dovere, una volta ammessa, da una parte, la libera terminabilità della convivenza, senza tutele che vadano oltre l'eventuale, dianzi ricordata, insorgenza del ricordato obbligo alimentare, al quale è da ritenere intrinsecamente estranea qualsiasi possibile curvatura sanzionatoria, diversamente da quanto consentito attraverso lo strumentario previsto nel contesto del regime economico della separazione

## JUS CIVILE



personale (quale riflesso della sua addebitabilità) e dello stesso divorzio (con riguardo, in particolare, al criterio delle “ragioni della decisione”, sancito, in materia di assegno, dall’art. 5, co. 6, l. div.); dall’altra, la risolubilità del “contratto di convivenza” medesimo anche a seguito di “recesso unilaterale” (co. 59, lett. b). Certo, residua spazio per l’invocazione del meccanismo risarcitorio, ammesso – nel più ampio contesto problematica concernente il c.d. “danno endofamiliare” – dalla giurisprudenza (Cass. 20 giugno 2013, n. 15481) pure a tutela del convivente *more uxorio* (del resto, altrove – in particolare in Francia – con una certa larghezza impiegato, appunto, per governare i riflessi economici più gravi della rottura colpevole del rapporto). Ma, anche al di là delle persistenti perplessità, di carattere generale, sull’utilizzazione dello strumento risarcitorio comune in materia familiare, è noto come vi siano seri dubbi circa la sua esatta perimetrazione, di fronte ad orientamenti giurisprudenziali tutt’altro che univoci riguardo all’individuazione dei diritti alla cui violazione riferire una simile tutela: dubbi destinati, evidentemente, a risultare esaltati in caso di sua applicazione al campo dei rapporti di convivenza, proprio per l’incertezza circa la sussistenza stessa – e comunque l’estensione – della doverosità dei comportamenti che la sostanziano.

Peraltro, la previsione che riveste maggiore interesse pare quella di cui alla lett. c del co. 53, laddove si consente alle parti la scelta del “regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui alla sezione III del capo IV del titolo VI del libro primo del codice civile”.

Qui, effettivamente, l’intervento legislativo sembra essere stato decisivo, dato che, almeno ai fini della rilevanza nei confronti dei terzi, l’instaurazione pattizia di un regime di comunione dei beni corrispondente a quello considerato legale per i coniugi è sempre stata ritenuta eccedere l’ambito del possibile esercizio dell’autonomia degli interessati. In assenza della stipulazione in questione, evidentemente, i conviventi continuano a vedere i loro rapporti economici disciplinati secondo le regole comuni, ovviamente essendo destinate ad entrare in gioco quelle tutele che, allo stato, già li circondano, con particolare riferimento agli esiti giurisprudenziali in ordine all’applicazione degli istituti dell’obbligazione naturale (art. 2034 c.c.) e dell’ingiustificato arricchimento (art. 2041 c.c.).

Non è il caso, ovviamente, di porre in discussione la scelta del legislatore, palesemente rientrante nella sua discrezionalità. Scelta, proprio in dipendenza del cui carattere derogatorio delle regole comuni pare difficile, invero, reputare aperta agli interessati la possibilità di dare vita a regimi patrimoniali diversi da quello espressamente loro consentito, l’ammissibilità di una tale, sia pure limitata, possibilità – magari nel senso della sola comunione convenzionale o del regime di separazione dei beni (quale risultante ai sensi degli artt. 217-219 c.c.) – restando, invero, essenzialmente legata ad una tutt’altro che sicuramente praticabile interpretazione estensiva del co. 54, laddove consente che “il regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza può essere modificato in ogni momento nel corso della convivenza”.

5. – Quello che qui si intende, piuttosto, evidenziare è come una tale previsione si presenti formulata del tutto inadeguatamente, con ipotizzabili gravi effetti sulla stessa circolazione dei be-

## JUS CIVILE



ni. In proposito, non si deve dimenticare come l'operatività del regime di comunione legale risulti imprescindibilmente legata ai meccanismi che ne assicurano adeguatamente la pubblicità: si tratta, infatti, di una complessa disciplina dei patrimoni delle parti immediatamente produttiva di effetti pure nei confronti dei terzi (e si pensi anche solo alla relativa incidenza addirittura sulla validità degli atti di disposizione, nonché alle peculiari regole governanti la responsabilità debitoria). Ad assicurare il bilanciamento degli interessi delle parti e dei terzi risulta finalizzato il coordinato – e, al di là delle mai del tutto sopite perplessità al riguardo, tutto sommato efficiente allo scopo – sistema delle risultanze degli atti dello stato civile (nascita, matrimonio e, ora, unione civile).

Di conseguenza, unanime come mai è stata la critica al legislatore per la scelta concernente il meccanismo escogitato onde soddisfare le esigenze legate alla necessità di rendere opponibile ai terzi l'opzione dei conviventi nel senso della comunione dei beni, con efficacia corrispondente a quella caratterizzante la comunione legale tra i coniugi (e ora anche tra le parti della unione civile). In effetti, qui, “ai fini dell'opponibilità ai terzi”, ci si limita a prevedere, nel co. 52, la trasmissione di copia del contratto “al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7” del d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, avente ad oggetto, appunto, l'anagrafe della popolazione residente. Quindi, anche a voler pietosamente tacere sulla erroneità dell'allusione all'art. 5, concernente non la “famiglia anagrafica”, ma le “convivenze anagrafiche” (quelle, cioè, costituite per motivi religiosi, di cura, di pena e simili), l'unico riferimento presente è, insomma, ai meccanismi di raccolta delle informazioni in ordine alla popolazione residente, cui sembra, invero, risultare completamente estranea qualsiasi effettiva funzionalità al fine indicato. Il tutto aggravato dalla possibilità, ai sensi del co. 54, di modificare il regime patrimoniale “in qualunque momento nel corso della convivenza”, nonché di risolvere il “contratto di convivenza” per accordo delle parti o recesso unilaterale da esso (co. 59-61). Vicende risolutive, queste ultime, per le quali pure è previsto il meccanismo pubblicitario di cui al co. 52, oltre ad altri espedienti ampiamente oggetto – come anche per le altre cause di risoluzione – di perplessità in diverse direzioni (in particolare, con specifico riferimento a quanto previsto – ai sensi dei co. 53, lett. *d*, e 63 – in conseguenza della “morte di uno dei contraenti”, quale riflesso dell'apertura agli avvocati della possibilità di formalizzare la scelta degli interessati).

L'incongrua formulazione accennata pare probabilmente da ricollegare alla utilizzazione, quale punto di partenza, del già ricordato progetto elaborato in sede notarile nel 2011, tendente a veicolare – come confermato, del resto, dai relativi artt. 2 e 3, comportanti, indipendentemente da qualsivoglia previsione pattizia in proposito, rispettivamente, riflessi in materia “attività di impresa” e di “successione nel contratto di locazione dell'alloggio”, significativamente ora presi in considerazione nel quadro della disciplina delle conseguenze della situazione di convivenza in quanto tale (co. 46 e 44) – il sorgere di una sorta di *status* personale dei conviventi proprio attraverso la stipulazione di un “patto di convivenza”: comunque, l'operatività del modello ivi ipotizzato, ai fini della opponibilità ai terzi del regime patrimoniale contrattualmente prescelto, era affidata alla programmata istituzione di un “Registro nazionale dei patti di convivenza” (anch'esso, peraltro, di non certo agevole coordinamento sistematico con gli attuali strumenti

## JUS CIVILE



pubblicitari). E ciò pur non prevedendosi neppure la possibile instaurazione del regime patrimoniale di “comunione legale”, ma solo di una “comunione ordinaria”: regime di comunione ordinaria che, peraltro, non si manca di venire, anche attualmente, ritenuto di possibile adozione da parte dei conviventi, in ogni caso con l’indubbio limite derivante dal carattere inevitabilmente solo interno della sua efficacia.

Vani sono stati i tentativi tendenti ad evidenziare, ancora nel corso dell’*iter* parlamentare del provvedimento, la palese inadeguatezza della scelta in questione, probabilmente tale, oltretutto, da contribuire a spingere gli interessati (e, per loro, i professionisti chiamati a consigliarli), per evitare in futuro l’eventuale insorgenza di problemi – o almeno di non indifferenti complicazioni operative – legati ai rapporti con i terzi, in una direzione decisamente contraria all’esercizio dell’opzione espressamente consentita dal co. 53, lett. *c* (sul cui successo, anche a prescindere dai profili di problematicità qui accennati, c’è in ogni caso ragionevolmente da dubitare, alla luce di quel fenomeno che viene correntemente identificato in termini di “fuga” dalla comunione legale).

A questo punto, in effetti, sembra veramente arduo il superamento delle difficoltà paventate, in mancanza anche solo di una previsione nella forma di una delega, del tipo di quella disposta, in termini volutamente – e, forse, tutto sommato opportunamente – generici dal co. 28, lett. *a*, per le formalità pubblicitarie delle unioni civili: sulla base, insomma, dell’unico inidoneo meccanismo, cui semplicisticamente si affida il co. 52. Resta ipotizzabile, ed auspicabile, un intervento sull’ordinamento dello stato civile, se non altro per assicurare quella omogeneità dei meccanismi pubblicitari relativi ai rapporti patrimoniali familiari, in assenza della quale alle parti (e, per loro, ai professionisti che li assistono) rischiano di essere addossati oneri accertativi, più che di complessa, di stessa realmente efficace operabilità.

Può, in effetti, ragionevolmente dubitarsi che un intervento soddisfacente possa essere qui attuabile attraverso il solo – sia pure spregiudicato e tendente in qualche modo ad ovviare alle carenze del testo legislativo – impiego dello strumento delle circolari ministeriali. Ad ogni buon conto, in vista dell’entrata in vigore della legge n. 76, un intervento ministeriale si è reso necessario ed è stato tentato con la circolare del Ministero dell’Interno n. 7/2016. Con essa ci si è ingegnati – appunto in un’ottica sostanzialmente integrativa della legge – a consentire comunque l’operatività delle nuove previsioni legislative, attraverso l’utilizzazione dei meccanismi disponibili nel d.P.R. n. 223 del 1989: ciò, in particolare, con il ricorso alle registrazioni da effettuarsi nella “scheda di famiglia” e nelle “schede individuali”, nonché facendo carico all’“ufficiale di anagrafe” di “assicurare la conservazione agli atti dell’ufficio della copia del contratto” (“trasmessa dal professionista” intervenuto).

Permane, insomma, il dubbio che quanto previsto, utilizzando – allo stato invero inevitabilmente – lo strumentario attualmente a disposizione, possa valere a soddisfare effettivamente le accennate esigenze pubblicitarie, soprattutto in considerazione delle modalità operative caratterizzanti, anche sotto il profilo delle relative vicende, le registrazioni anagrafiche, a fronte della ben diversa e collaudata efficienza del sistema pubblicitario fondato, per il regime patrimoniale della famiglia, sugli atti dello stato civile.



NATALINO IRTI

Professore emerito di diritto civile – Università di Roma “La Sapienza”

## Sulla “positività ermeneutica” (per Vincenzo Scalisi) \*

SOMMARIO: 1. *La generazione e la domanda fondamentale.* – 2. *Due significati di “valore”.* – 3. *La meta-positività.* – 4. *All’interno della positività: indirizzo linguistico.* – 5. *Idem: indirizzo fattuale; una pagina di Vincenzo Scalisi.* – 6. *Interpretazione come posizione di norma.* – 7. *La “positività ermeneutica”.* – 8. *La figura unitaria di Vincenzo Scalisi.*

1. – Ci siamo trovati insieme, sul finire di aprile, in un convegno romano, volto a disegnare un itinerario fra le “città giuridiche”, a ricostruire connessioni fra luoghi e scuole di diritto. Vi manifestai un qualche dissenso: non *filii loci* siamo, ma *filii temporis*; non figli di questa o quella città, ma figli della nostra epoca, che tutti ci avvolge e stringe in sé. E perciò affacciai la diversa prospettiva della “generazione”, di coloro che, nati e operanti a un dipresso nel medesimo periodo, si ritrovano intorno a una *questione fondamentale*, la quale traccia una “cornice d’identità” e può farci “antagonisti nella nostra stessa contemporaneità”. Ed anche in questo morbido pomeriggio di Sicilia, nel rendere festoso omaggio a Vincenzo Scalisi, preferisco di offrire una *lettura storiografica*, e non, per così dire, *geografica*, della sua figura e della sua opera. E, in tale proposito, sembrerò a volte allontanarmi da lui, ma sarà soltanto descrizione dello sfondo e del quadro complessivo.

La questione fondamentale della nostra generazione, *la domanda che sta prima di ogni altra domanda*, e tutte orienta o determina, riguarda il *vincolo di positività*. Se il diritto sia, per usare un’espressione di Albert Camus, un “*affaire fra uomini*”, un comando dato da uomini ad altri uomini, un terreno e laico rapporto delle volontà; ovvero se esso sia, in qualche modo e misura, aperto a un al di là, a “essenze” oggettive e assolute, che offrono fondamento e garantiscono “legittimità” alle norme volute dagli uomini.

All’interno di ciascun ambito – *positività e anti-positività* –, si delineano indirizzi di pensiero, sfumature critiche, varianti di metodo. Ed anche talune parole, di carattere essenziale o simbolico, presentano diversità di contenuto e significato.

2. – Così accade per la parola “*valore*”, che è dominante nelle pagine di Scalisi, e sulla quale

---

\* Il testo raccoglie e sviluppa le parole dette nella cerimonia gratulatoria per Vincenzo Scalisi (Messina, 27-28 maggio 2016).

## JUS CIVILE



è indispensabile fermare il nostro discorso. Poiché è parola, che ha largo uso, e viene impiegata nei campi più vari e lontani (dall'economia alla politica, dalla pedagogia scolastica alla moda, dalla religione al diritto, e via seguitando), un elementare *dovere di lealtà dialogica*, un immediato rispetto per i disputanti, esige che ne sia subito chiarito il significato. Del “valore” si può ripetere ciò che Montesquieu, sul principio del libro undecimo dell'*Esprit*, scrive della libertà: «non c'è parola che abbia ricevuto maggior numero di significati diversi, e che abbia colpiti gli spiriti in tante diverse maniere ...» (al punto, rammenta il barone per istruttiva curiosità, che «un certo popolo ha scambiato la libertà con l'uso di portare una lunga barba», ed erano i moscoviti i quali non potevano tollerare che lo zar Pietro gliela facesse tagliare).

Negli studi giuridici, quali si sono svolti nel Novecento e nel primo decennio del nuovo secolo, sono registrabili *due significati* di “valore”, i quali, ancora una volta, ci riconducono all'antitesi fra positività e antipositività. O la parola “valore” indica un'espressione dell'agire umano e del corso storico; o un'essenza meta-positiva e meta-temporale. O “qualcosa”, che troviamo nel nostro cammino terreno, e perciò caduco e mutevole, nato dal nulla e destinato a tornare nel nulla; o “qualcosa”, che, per arcane vie di intuizione e di peculiare “sensibilità”, si rivela al di sopra della storia che corre e precipita nel tempo.

3. – In quest'ultimo significato, il “valore” è rottura e rifiuto della nuda positività. Ne traggio prova da pagine del mio venerato maestro, Emilio Betti, e di quell'eminente studioso, che fu Luigi Mengoni, esemplare anche per la radicale sincerità delle tesi professate. Quando leggiamo, nelle lezioni bettiane del 1949, che i principi generali di diritto presentano una «eccedenza di contenuto deontologico o assiologico», qui il “valore” ha significato ultra-positivo o anti-positivo, e designa (come fu chiarito dallo stesso maestro nei *Prolegomeni a una teoria generale dell'interpretazione*) «qualcosa di assoluto e che ha in se stesso, in quanto essenza, il proprio fondamento di validità». E così in Luigi Mengoni, allorché egli scrive – nella “Prefazione” del 1985 a *Diritto e valori* – che «i “valori fondamentali” della Costituzione hanno un modo di essere diverso da quello del diritto positivo: non valgono in quanto “posti”, ma per se stessi, indipendentemente dalla loro concretizzazione in programmi normativi di azione», e pure ribadisce «il vincolo del diritto positivo a valori metalegislativi, al rinvio ad essi come a misure di “diritto giusto” ...».

Ho richiamato pagine che, all'aprirsi e al chiudersi del secondo Novecento, rompono gli argini della positività giuridica, e indicano nei “valori” [come e da chi intuiti o sentiti, non è detto] criteri di giudizio delle norme positive, di qualsiasi norma positiva: criteri, non posti dall'uomo, non fondati sulla energia della volontà, ma soltanto su se stessi.

4. – Accennavo poco di sopra che, all'interno della stessa positività, si enunciano e svolgono indirizzi diversi, e che la parola “valore” è anche impiegata in senso, per così dire, intra-

# JUS CIVILE



positivo, e dunque allo scopo di designare, non ciò che è meta-legislativo e meta-storico, ma ciò che è entro la stessa positività.

Qui, gettando uno sguardo storiografico sul nostro personale lavoro, si delineano due indirizzi, che vorrei denominare indirizzo linguistico e indirizzo fattuale (ripeto: indirizzi all'interno della stessa positività).

Per l'indirizzo linguistico, – lo riassumo per semplici cenni – il diritto si risolve in *testi di parole*, in proposizioni destinate da uomini ad altri uomini, in comandi garantiti dall'uso di apparati coercitivi. E l'interprete, teorico o pratico, avvocato o giudice, è chiamato ad accertare il significato o la pluralità di significati del singolo testo. Ed egli adotterà i metodi, autorizzati o previsti dalla stessa legge: letterale, sistematico, storico, teleologico. E potrà chiamare “valori”, per affezione alla parola o moda di studio, i principî generali, estratti per induzione generalizzatrice dalle stesse norme positive.

Sul linguaggio originario del legislatore – nazionale, europeo, internazionale – si costruirà il linguaggio dell'interprete, un meta-linguaggio, vincolato al primo da criterî di coerenza e di rigore logico. L'applicazione del diritto procede per sequenza di fattispecie e giudizi sussuntivi.

5. – Ma il testo linguistico non basta all'indirizzo fattuale: che è – mi preme di ribadire – indirizzo meta-linguistico, ma non meta-positivo. Gli ascoltatori hanno già avvertito come, muovendo da lontano e disegnando il quadro storico, abbia già delineato la figura di Vincenzo Scalisi e aperto il dialogo con la sua opera.

Nelle pagine di Scalisi vibra un forte e robusto *sentimento della positività*: non della escludente positività del testo linguistico, ma – sono sue parole – della «concreta e storica realtà sociale». La quale, proprio nel suo svolgersi, presenta l'«ordine dei valori» e il «mondo dei fatti»: e gli uni e gli altri si implicano vicendevolmente, poiché i valori si realizzano nei fatti e i fatti si orientano ai valori. Questo è il luogo in cui nasce il diritto.

Scalisi, intelligenza sottile e acuminata, subito prevede le domande circa natura e accertamento di valori e fatti, e così risponde in una pagina decisiva, che va offerta alla attenzione degli ascoltatori:

«Richiamarsi ai valori significa cogliere in un tempo dato e in uno spazio definito le necessità assiologico-reali della vita, le c.d. necessità vitali, di una comunità o aggregazione di consociati, quali emergenti ai diversi livelli (organico, animato o più specificamente spirituale) e quindi verificare se e in che misura tali necessità vitali (esigenze, bisogni, interessi), valutate nelle loro connessioni di qualificazione (oggettive e soggettive), siano sostenute da corrispondenti comportamenti collettivi e sociali oggettivamente conoscibili e materialmente osservabili e come tali univocamente orientati alla loro realizzazione. Il concorso di entrambi gli anzidetti momenti (la necessità di vita e l'azione che vale a soddisfarla) è ciò che, nel quadro di una concezione oggettiva, di tipo storico-reale, definisce il *valore*, ma è anche ciò che, riferito alle necessità di vita dei consociati e alle loro azioni volte a soddisfarle, vale a costituire l'ordine dei

# JUS CIVILE



valori di una determinata comunità e quindi il necessario indice di giuridicità, o dover essere giuridico, da assumere a essenziale criterio di valutazione giuridica».

La complessa e unitaria vita di una società, nel fecondo ritmo di “necessità vitali” e di azioni destinate a soddisfarle, esprime la “regola”, che può dare risposta ai problemi pratici. Essere e dover essere si fondono insieme: il “dover essere” è «racchiuso e portato dal fatto». Qui Scalisi rovescia la famosa “*legge di Hume*”, lo “*Humes Gesetz*”, che vieta il salto logico tra fatti e valori, descrizioni e prescrizioni, essere e dover essere. Proprio nell’essere dei fatti, sociali e individuali, egli scorge il valore della giuridicità; e così la normatività è racchiusa nella fatticità, e l’interprete del fatto è insieme lo scopritore o positore della regola.

6. – Si disvela così, nel pensiero di Scalisi, l’assoluta centralità dell’*interpretazione*, che non consiste nell’accertamento di significato di un testo linguistico, ma piuttosto in un’immersione vitale, da cui trarre la regola “giusta”. E, dunque, l’interpretazione non sta dopo la produzione del diritto, ma fa il diritto: non presuppone, ma pone la norma.

In linea con tale indirizzo, Scalisi offre un nuovo e singolare concetto di “*caso*”: il quale non è un singolo accaduto, elevato, mercé giudizio sussuntivo, entro lo schema della fattispecie, ma “*fatto della vita*” portatore, esso stesso, di un “valore di azione” e di una “regola di decisione”. Scalisi distingue, con rara finezza analitica, tre “funzioni” o fasi del processo interpretativo: *la prima* sta nello «identificare ... l’ordine sostanziale dei valori e le corrispondenti direttive pratiche ... quali emergono da quella particolare e reale e storica esperienza di vita dei consociati che fa da quadro e contesto al concreto caso pratico da regolare»; *la seconda*, di scoprire la «prescrittiva normatività del fatto»; la terza ed ultima, infine, di ricostruire il significato del testo legislativo, «non più alla stregua dei soli dati linguistici», ma dei valori affiorati nella realtà sociale e racchiusi nel caso concreto. E, se il testo linguistico si rifiutasse ad accoglierlo e opponesse resistenza e dichiarasse di avere in sé tutto ciò che al giurista è necessario, Scalisi ha la profonda onestà di giungere alla «disapplicazione della norma positiva scoperta palesemente ingiusta».

7. – A questa sua concezione del diritto Scalisi assegna l’efficace nome di “positività ermeneutica”, ossia di positività attuata nel processo interpretativo. Si rimane dentro la positività; non si aprono porte verso “valori” meta-storici o meta-legislativi; ma l’interprete, chiamato a interrogare i “fatti della vita”, a individuare il “dover essere” insito nella società e nel caso concreto, «modifica o adatta, sviluppa o riduce, nega o trasforma il testo legislativo». Né vi è rischio di cadere nell’arbitrio, giacché l’interpretazione – conclude Scalisi – è «commisurazione e conformazione della normatività del testo legislativo alla intrinseca e originaria prescrittività del fatto di vita da regolare, individuata e fissata alla luce dei valori reali e storici praticati dalla comunità, e quindi secondo una prospettiva di senso che sia ad un tempo *secundum ius* e *secundum iustitiam*».

## JUS CIVILE



La “positività ermeneutica” di Scalisi – che non è di certo un ingenuo positivista *malgré soi*, ma positivista consapevole e scaltrito – si colloca, appunto, dal lato della positività, e non dell’anti - o meta-positività. Il diritto non è mandato dall’alto, ma scoperto dall’interprete nella “realtà” storica delle condotte sociali e dei casi pratici. Scalisi ha sana *paura del soggettivismo*, e se, in taluni rinvii bibliografici e movenze linguistiche, si richiama a Gadamer, egli non mostra di amare i “pregiudizi” e le “precomprensioni” delle anime belle e dei piccoli io. Per Scalisi, l’interpretazione *non è un’esperienza esistenziale*, una mistica “fusione di orizzonti”, ma piuttosto un’*esperienza storico-sociale*. Si diceva che Scalisi ha paura del soggettivismo: a scongiurarlo egli invoca «appropriate metodologie di controllo», richiamando, a piè di pagina, le “fondamentali notazioni” di Emilio Betti, il grande teorico delle “categorie civilistiche dell’interpretazione”. E poi conclude, con la sobria saggezza della maturità, «... non abbiamo alternative e nell’opera dell’interprete non ci resta che avere fiducia come nell’attività di ogni essere umano che abbia consapevolezza e responsabilità delle proprie azioni».

La tenace fede nell’uomo è altra prova di profonda positività storica.

**8.** – Vincenzo Scalisi sa bene, e sa da anni lontani, che alla mia stima, affettuosa e profonda, si accompagna la sincerità e la fermezza del dissenso. Ecco l’antagonismo intellettuale entro la stessa contemporaneità; ecco il senso di appartenere alla medesima generazione, e di risolvere, in modo diverso, l’esclusiva e unica questione fondamentale. Ma questo dissenso non ci fa dimenticare il *comune terreno della positività*, il concepire il diritto in modo laico e terreno, il vedere nella storia un divenire inatteso e inarrestabile. E soprattutto non ci fa dimenticare che la qualsiasi concezione della positività – e, dunque, dei “valori” e principî generali – non è un *ornamento* estrinseco del nostro lavoro, un capitolo decorativo di saggi e libri dedicati ad altri temi, ma è una scelta orientatrice e direttrice di ogni particolare soluzione. A questa visione totale, e coerenza interiore, Vincenzo Scalisi è stato, ed è, fedele: così allargando spunti e motivi circa il contenuto programmatico o inattuoso del negozio giuridico; o disegnando il “volto europeo del contratto”; o rivisitando la natura della famiglia e la funzione della proprietà.

Il giurista, che oggi onoriamo e festeggiamo, non è soltanto un compagno di strada, un commilitone della stessa generazione, ma una figura integrale di studioso, un coerente assertore di una visione del diritto. C’è anche nel nostro mondo, ed è largamente praticata, una sorta di *opportunismo metodologico*, un passare, secondo tempi e convenienze, da uno ad altro indirizzo, o combinarli e mescolarli insieme in prodotti ibridi, utilizzabili in tutti i convegni e in tutti i concorsi.

A questa scarsa serietà, a questa *disonestà della pagina scientifica*, Vincenzo Scalisi oppone la fermezza e la coerenza delle scelte fondamentali, delle *risposte che nella vita si danno una sola volta, e non si aggiustano e confezionano di volta in volta*.

Per la fedeltà ai nobili padri della scuola messinese, per la schietta professione delle idee; per la ruvida intransigenza delle posizioni culturali; salutiamo Vincenzo Scalisi, augurando a lui, amico e maestro dei giovani, anni lunghi e operosi, sereni e fecondi.



GIOVANNI IUDICA

Professore emerito di diritto civile – Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano

## LA BUONA FEDE NEL CONTRATTO D'APPALTO \*

1. – Il vigente codice civile italiano prevede una specifica disciplina non per tutti i contratti, bensì per tutti i *principali* contratti, come la vendita, la permuta, la locazione, il mandato, il trasporto, etc., e tra questi pure il contratto d'appalto, che abbraccia sia quello d'opera (il *construction contract*) sia quello di servizi. In questo, il codice vigente ha profondamente innovato rispetto al previgente codice del 1865, nel quale l'appalto figurava come *locatio operis* e dunque, nel rispetto dello schema del diritto romano, come sottospecie della locazione. La *locatio romana*, com'è noto, era, infatti, di tre tipi: *locatio rerum*, *locatio operarum* e, appunto, *locatio operis*.

A tutti i contratti, tuttavia, e quindi anche all'appalto, si applica l'intera disciplina delle obbligazioni e la cosiddetta "parte generale dei contratti", e cioè quel complesso di norme, riguardanti la formazione dell'accordo, l'efficacia, l'interpretazione, l'esecuzione e le invalidità del contratto, che il codice civile dispone in generale per *tutte* le figure contrattuali, anche per quelle che beneficiano di una specifica disciplina.

È nozione ben nota, da Manuale di istituzioni, che in diverse norme della disciplina del rapporto obbligatorio e della parte generale del contratto il nostro legislatore utilizza la "clausola di buona fede" e di correttezza. In particolare, l'art. 1175 stabilisce che "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza". L'art. 1337 dispone che "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede". L'art. 1358 dichiara che "colui che si è obbligato che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte". L'art. 1366 impone che "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede". L'art. 1375 ordina che "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede". L'art. 1460, che disciplina l'*exceptio inadimplenti inadimplendum*, dispone che il rifiuto di eseguire la propria prestazione, quale reazione all'inadempimento della controparte, avuto riguardo alle circostanze, non può essere "contrario a buona fede".

È da notare, tuttavia, che il legislatore *non parla* di buona fede o di correttezza nelle norme che specificamente riguardano il contratto d'appalto. Questo però non significa che il contratto

---

\* Relazione per il convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi del 27 e 28 maggio 2016 su "Complessità delle fonti nel diritto privato in trasformazione".

# JUS CIVILE



d'appalto non debba essere negoziato, concluso, interpretato ed eseguito secondo buona fede e correttezza, per la ragione, che già conosciamo, che tutte le norme della parte generale dell'obbligazione e del contratto, e dunque anche quelle che si riferiscono alla correttezza e alla buona fede, si applicano a tutti i contratti, anche a quelli specificamente disciplinati, e quindi pure al contratto d'appalto.

Che cosa significa "buona fede"? Il nostro ordinamento conosce due accezioni di questa espressione: una *soggettiva*, che consiste nella situazione psicologica di colui che ignora di ledere diritti altrui, e una *oggettiva*, che è quella che ci riguarda, e che consiste in un dovere di comportamento. "Buona fede", "correttezza", "diligenza del *bonus pater familias*", etc, sono cosiddette "clausole generali" che non stabiliscono una precisa regola di condotta, un precetto dal contenuto determinato, ma forniscono al giudice un *criterio* per valutare la condotta delle parti durante la fase della negoziazione, oppure nell'interpretazione del testo contrattuale, o nella fase di esecuzione del rapporto, e così via. Queste clausole di buona fede, di correttezza, di diligenza, hanno un comune punto di riferimento: *la persona onesta e leale*. L'onestà e la lealtà non sono *norme* giuridiche, ma *valori* sociali, che assumono contenuti che possono anche variare e modellarsi con sfumature diverse secondo le circostanze, dei luoghi e dei tempi. Si tratta di valori *esterni* al diritto positivo, che però, grazie alla norma scritta che lo consente, possono essere utilizzati dal giudicante come criterio per valutare la conformità della condotta delle parti a regole di diritto. Queste clausole generali, sia pure nei limiti circoscritti dalle norme che lo consentono, aprono il diritto ai valori sociali e perciò sono utili al sistema, poiché consentono alla norma giuridica di non finire ingessata, chiusa in se stessa. Rendono il diritto più flessibile, e la decisione del giudice più giusta: consentono di evitare che il *summum ius* possa a volte tradursi in *summa iniuria*.

2. – Una corretta applicazione giurisprudenziale della regola di buona fede si riscontra proprio in tema di contratto d'appalto. In un recente caso, deciso dalla Corte suprema nel novembre 2013, il committente non aveva versato il saldo del prezzo all'appaltatore invocando l'eccezione d'inadempimento di cui all'art.1460 cod.civ. (l'*exceptio inadimplenti inadimplendum*). Il committente aveva addotto a giustificazione della propria condotta il fatto che l'appaltatore si era rifiutato di eliminare i vizi o le difformità dell'opera, che il giudice di merito aveva accertato bensì esistenti, ma di scarsissimo rilievo rispetto all'importanza e alla complessità dell'intera costruzione. La spesa occorrente per eliminare i modesti vizi riscontrati era di gran lunga inferiore a quella, molto maggiore, dovuta dal committente. Pertanto il rifiuto di pagare il saldo del corrispettivo è stato ritenuto contrario a buona fede.

La stessa regola della *bona fides* è stata applicata, anche questa volta a vantaggio dell'appaltatore, nell'ipotesi in cui questi si era rifiutato di consegnare l'opera perché il committente, adducendo il pretesto di vizi o difformità del tutto inesistenti, si rifiutava di pagare l'intero corrispettivo dovuto. La condotta dell'appaltatore di autotutela è stata ritenuta conforme a buona fede.

## JUS CIVILE



Un altro terreno di applicazione della clausola di buona fede nell'appalto è quello dei vizi occulti. Tali sono quelli non riconoscibili né effettivamente conosciuti. La dottrina e la giurisprudenza hanno considerato vizi occulti pure quei vizi che, pur essendo riconoscibili dal committente, sono stati dall'appaltatore taciuti in mala fede. Non occorre che l'appaltatore abbia dichiarato la cosa esente da vizi (come invece è richiesto nella vendita, art.1491), né che abbia fatto ricorso ad artifici o raggiri per occultare i vizi: basta il *semplice silenzio* dell'appaltatore per condannare la sua condotta come contraria a buona fede, come contraria alla condotta che avrebbe tenuto un "uomo onesto e leale". Questo maggior rigore nell'appalto rispetto alla vendita si giustifica pienamente per due ragioni. In primo luogo perché nel contratto d'appalto l'ingerenza e la responsabilità dell'appaltatore sono ben maggiori rispetto a quelle del venditore: l'appaltatore non si limita a consegnare l'opera, ma di essa è l'artefice e il costruttore. In secondo luogo perché, a differenza della vendita, tra le parti del contratto d'appalto si crea una sorta di *intuitus personae*, uno spiccato carattere di fiducia. Per aversi mala fede dell'appaltatore non basta che questi fosse a conoscenza dei vizi. Occorre che l'appaltatore, con il suo silenzio, abbia voluto far sì che la controparte non venisse a conoscenza di quei vizi. Spetta all'appaltatore fornire la difficile prova di non essere stato in mala fede, mentre spetterà al committente provare, con ogni mezzo, anche con semplici presunzioni di fatto, che l'appaltatore era a conoscenza dei vizi taciuti.

3. – Tuttavia non si può sottacere che esiste in Italia una tendenza di parte della dottrina, di diverse Corti di merito e persino della più recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, che mira a mettere in discussione il ruolo della volontà che le parti hanno manifestato nell'accordo contrattuale. Questa dottrina e questa giurisprudenza, attaccando frontalmente il cosiddetto "dogma della volontà", hanno da un lato allargato a fisarmonica le clausole generali, distorcendone la funzione, e dall'altro agganciato tali clausole, e in particolare quella di buona fede, al principio dell'abuso del diritto e a quello degli inderogabili doveri di solidarietà sociale di cui all'art.2 Costituzione. Con tali stratagemmi, la giurisprudenza ha usato queste clausole generali come strumento per introdurre nella *lex contractus* elementi che le parti non avevano contemplato, non avevano previsto o, addirittura, non avevano voluto. Attraverso questo connubio sulfureo di clausole generali, abuso del diritto e principi costituzionali, certa dottrina e certa giurisprudenza hanno raggiunto il risultato di creare una "giustizia contrattuale", un "contratto giusto", da sovrapporre all'assetto d'interessi concretamente voluto dalle parti nel contratto da loro stipulato. Due esempi, che hanno fatto scalpore, meritano di essere ricordati: la Cassazione ha dichiarato illegittimo, *perché contrario a "buona fede"*, un diritto di recesso che era chiaramente previsto dal contratto e che era stato ritualmente esercitato nel pieno rispetto della procedura, cioè dei modi e dei tempi contrattualmente previsti.

Un altro esempio, non meno grave del primo: la Cassazione ha dichiarato sussistente, secondo una lettura di buona fede del negozio, il diritto alla provvigione del mediatore in un contratto

## JUS CIVILE



di mediazione derivante dalla stipulazione di un preliminare rimasto inadempito, pur alla presenza di una clausola contrattuale che espressamente escludeva la provvigione in caso di mancata vendita.

Queste decisioni mirano a utilizzare lo strumento della buona fede, e in genere delle clausole generali, non già in funzione interpretativa della norma, del contratto, della condotta e soprattutto della volontà, della comune intenzione delle parti, bensì allo scopo di realizzare un controllo, in senso integrativo o anche modificativo, del contratto in vista di realizzare un equilibrio degli opposti interessi *diverso* da quello voluto dalle parti, sovrapponendo alla loro volontà un'ideale e astratta giustizia contrattuale. La clausola di buona fede degenera nella ricerca di un significato discrezionale. In tal modo il giudice non mira a ricostruire con tutti i mezzi consentiti, quindi anche avvalendosi della clausola di buona fede, la comune volontà delle parti, bensì a ricomporre gli equilibri contrattuali in una prospettiva a suo giudizio più conforme a giustizia. In tal modo il giudicante *riscrive il contratto*, ispirandosi alla sua personale interpretazione della giustizia contrattuale.

È appena il caso di notare, però, che tale “giustizia contrattuale ideale” non è quella soggettivamente voluta dalle parti e neppure quella oggettivamente prevista dalla norma, bensì quella, del tutto personale e imprevedibile, del singolo giudicante. Con l'uso distorto, che abbiamo denunciato, delle clausole generali, il giudice si libera dell'unico limite che circoscrive il suo potere giurisdizionale, che non è quello dello *stare decisis*, come in *common law*, ma quello del rispetto della legge e della volontà delle parti, così come espressa nel testo contrattuale.

Questo trend dottrinale e giurisprudenziale, con il quale i giuristi “sembrano occuparsi sempre meno di regole, e sempre più di principi o valori”, non rende un buon servizio, anzi vulnera il primo bene che lo Stato dovrebbe assicurare alla società, ai cittadini e alle imprese che operano sul mercato: la certezza del diritto. La quale, invece di essere garantita dalla legge o dalla volontà degli interessati, finisce per essere in balia dell'individuale, discrezionale e, in larga misura, imprevedibile idea di giustizia che, di volta in volta, il giudicante ritiene di dover adottare, in chiave paternalistica, per risolvere il caso concreto a lui sottoposto.

C'è chi ritiene che la tesi favorevole a rispettare al massimo la volontà dei contraenti, precludendo al giudice la facoltà di effettuare quel controllo di “giustizia contrattuale” di cui si è parlato, sarebbe un ritorno al “dogma della volontà”, una tesi di retroguardia, ottusamente conservatrice. È vero invece il contrario per due ragioni.

In primo luogo sembra doversi osservare, in generale, che consentire al giudice il potere di “nomofilachia”, di creare cioè *ex novo* norme giuridiche, non rientra nella distribuzione dei poteri dello Stato. Compito della giurisdizione è, infatti, *applicare* le norme vigenti al caso concreto. La norma è espressione di un compromesso tra opposti valori e tale sintesi tra opposti interessi è compiuta dal legislatore e cioè, in un sistema democratico, non da un singolo individuo, per quanto potente egli sia, ma dal Parlamento e dai suoi complessi meccanismi istituzionali. Sarebbe contrario a questo sistema, e perciò *antidemocratico*, consentire a un singolo individuo, ancorché ammantato di toga, e dunque a un soggetto diverso dal Parlamento, senza neppure il

## JUS CIVILE



vincolo, proprio dei sistemi di Common Law, dello *stare decisis*, di adottare e poi di applicare al caso concreto non norme certe e conosciute, quelle volute dal legislatore, bensì regole espresse da una *propria, discrezionale e imprevedibile* idea di giustizia. L'applicazione della norma alla controversia sottoposta al giudicante presuppone, com'è noto, una delicatissima attività d'interpretazione sia della norma sia del fatto, secondo i criteri previsti dalla legge. Essere *bouche de la loi* non è un compito marginale, riduttivo, frustrante; è bensì un impegno delicatissimo, poiché presuppone competenza tecnica, sensibilità, saggezza, capacità di penetrare i fatti e dono della sintesi. Non occorre spendere parole per rilevare che l'attività di *ius dicere* è fondamentale per il buon funzionamento della cosa pubblica almeno quanto lo sono quelle degli altri organi dello Stato.

In secondo luogo va osservato che una moderna economia sociale di mercato, così com'è voluta pure dai Trattati europei, non può non assicurare agli imprenditori e ai consumatori, e insomma a tutti coloro che vi operano, un quadro di coordinate sicure e di regole certe. Consentire a un giudice, svincolato da ogni limite, sia da quello della legge (com'è nei sistemi di Civil Law) sia da quello dello *stare decisis* (com'è nei sistemi di Common Law), di applicare “valori” e non regole al caso concreto, sovrapponendo un “contratto giusto” a quello voluto dalle parti, introdurrebbe nel mercato elementi di profonda imprevedibilità, che sono l'esatto contrario di quella certezza nei rapporti economici e giuridici di cui il mercato ha assoluta necessità per funzionare in maniera appropriata.

Il rischio è che questo trend si estenda anche al settore del *construction contract* e questo sarebbe un vero disastro per l'economia del settore: committenti e appaltatori vedrebbero diminuire il tasso di certezza dei loro rapporti economici e giuridici e le imprese straniere non sarebbero certo invogliate a investire in Italia e ad accettare questo modo imprevedibile e incerto di applicare il diritto.



GIUSEPPE VETTORI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Firenze

## IL DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO\*

SOMMARIO: 1. *Il pensiero postmoderno e la sensibilità per le differenze.* – 2. *La giurisprudenza delle Corti italiane ed europee.* – 3. *La Drittwirkung dei diritti fondamentali* – 4. *L'effettività nel linguaggio giuridico e nel dibattito filosofico.* – 5. *Certezza e prevedibilità. Altre figure di certezza*

1. – Poco dopo la metà del novecento un autore si poneva l'interrogativo, eterno, su quale criterio si potesse utilizzare per riconoscere se una legge è giusta o un'affermazione è vera. La risposta fu netta. Fino al secolo precedente ci si era rivolti alle grandi narrazioni “per legittimare o criticare le idee e le azioni, ma l'uomo postmoderno non ci crede più”<sup>1</sup>. Si accorge che il “sapere è diventato un tipo particolare di merce, fonte di profitto e mezzo di controllo”. Sicché la ricerca di una legittimità non può essere affidata a un criterio formale o tecnologico, incapace di “giudicare del vero e del giusto”. Né al solo consenso ottenuto con il dialogo, perché “l'invenzione si produce sempre attraverso il dissenso”.

Da qui la riflessione sulla società postmoderna, dispersa in “una molteplicità di linguaggi che la percorrono intrecciandosi”, senza “nessuna verità ma solo combinazioni pragmatiche”<sup>2</sup>.

Il dibattito è poi divampato in ogni scienza e converge su alcuni dati. La complessità come “categoria-madre che indica un (congedo) dalla modernità, ma non ancora un approdo e una riva sicura”. Il tramonto della riduzione ad unità e del pensiero unico<sup>3</sup> e, soprattutto, la scoperta delle diversità<sup>4</sup>, tramite un pensiero capace di raffinare la “*sensibilità per le dif-*

---

\* *Relazione, ampliata e corretta, al Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi del 27 e 28 maggio 2016 su “Complessità delle fonti nel diritto privato in trasformazione”.*

<sup>1</sup> J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, trad.it. di C. Formenti, Milano, Feltrinelli, 1981 p. 7

<sup>2</sup> J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna, op. cit.*, p. 114 ss. e in quarta di copertina, ma v. anche G. MINDA, *Postmodern Legal Movement*, New University Press, 1995; ID., *Teorie postmoderne del diritto*, trad. di C. Colli, Bologna, 2001, p. 311 ss.; G. VATTIMO, *Nihilismo ed emancipazione. Etica, Politica, Diritto*, Garzanti, 2003, p. 15 ss. per cui si può parlare di post-modernità, seguendo l'insegnamento di Heidegger e Foucault, come “ontologia dell'attualità” ossia come un “discorso che cerca di capire che cosa l'essere significa nella situazione presente”, N. IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, 3 ed.; ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.

<sup>3</sup> V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno* Milano, 2005, p. 21, 33; A. GARGANI, *Il sapere senza fondamenti*, Torino, 1975; G. VATTIMO-A. ROVATTI (a cura di), *Il pensiero debole*, Milano, 1983; G. VATTIMO, *La fine della modernità: Nihilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, 1987, 2 ed., p. 12 ss.

<sup>4</sup> G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto, op. cit.*, 341 e 405, ma anche J. DERRIDA, *L'écriture e la differenza*, Paris, 1967; ID., *La scrittura e la differenza*, trad. it. di G. Pozzi, Torino, 1971, e nuova ed. 1990 con int. di G. Vatti-



ferenze e rafforzare la capacità di tollerare ciò che non è misurabile con un'unica misura”<sup>6</sup>.

Su questa via si sono seguiti itinerari diversi nella civilistica italiana<sup>7</sup>. Vincenzo Scalisi<sup>8</sup> e la Scuola di Messina<sup>9</sup> hanno orientato con opere di grandissima profondità e con tratti precisi. Una forte attenzione alle situazioni di interesse che non si lasciano attrarre da uno schema tipico, ma che invece possono avere valenza sistematica e potere conformativo degli istituti, tanto da sottrarre loro la funzione di modello<sup>10</sup>. La necessità di un metodo assiologico-pratico che pone al centro della giuridicità la realtà storico sociale e gli interessi umani filtrati dall'interesse della comunità, nel rispetto del dato positivo. La denuncia, quando serve, di ciò che è contrario all'uomo e alla sua dignità<sup>11</sup>.

---

mo; ID., *Forza di legge*, trad. it. di A. DI NATALE, 2003, Torino, p. 50 ss.; E. LÈVINAS, *Totalité et Infini*, Le Haye, 1962, trad. it., *Totalità e infinito*, Milano 1986, p. 98 ss.

<sup>6</sup> J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, op. cit. p.7, ma altresì F. JAMESON, *Il postmoderno o la logica culturale del tardo capitalismo*, trad. it. di S. Velotti, Milano 1989; P. ROSSI, *Paragone degli ingegni moderni e postmoderni*, Bologna, 1989; A. VILLANI, *Le "chiavi" del postmoderno: un dialogo a distanza*, Napoli, 1988, p. 14; G. VATTIMO, *La fine della modernità. Nihilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, cit., p. 28 ss.

<sup>7</sup> Un grande merito va all'analisi della legalità costituzionale da parte di P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss; ID., *Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile*, Napoli, 1989; ID., *La persona i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; ID., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss. Per una limpida precisazione di metodo v. P. FEMIA, *Nota di lettura. Voltare le spalle al destino: sistema aperto o aperture sistematiche*, in C.W. Canaris, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, trad. it. di G. Varanese, Napoli, 2009, p. 185 s. e M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 840 ss. V. anche G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015. Per una diversa visione, N. IRTI, *Nihilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1165 ss.; ID., *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 700 ss. e, da ultimo, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>8</sup> V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, op.cit., p. 31, in part. 33, ove si fa riferimento al “bagno di fattualità” o di “storicità” degli studi di Pugliatti che “esalta la complessità come progressivo scoprimento della diversità e della ricerca delle differenze, come principio euristico della postmodernità” ove “tutto è diversità ed eterogeneità nel senso della derridiana *différance*.” ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 155 ss; ID., *Il nostro compito nella nuova Europa*, in V. Scalisi (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 3ss.; ID., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della “regola giuridica” nell’epoca della post-modernità*, Milano, 2012, in part. p. 5 ss. v. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milano, 2002, p. 104.

<sup>9</sup> In part. S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, 1, Milano, 1943, p. 36 ss.; ID., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, p. 58; ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2010; ID., *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Saggi, Milano, 1951, e A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, Milano, 1999.

<sup>10</sup> Scalisi, *Categorie e istituti*, op. cit. p.25 e S.Pugliatti, *Crisi della scienza giuridica*, in Atti del XV Congresso Nazionale di Filosofia, 1948, p.505 ss, ora in *Diritto civile, Metodo-Teori-Pratica*, Saggi, Milano, 1951 p. 691ss,

<sup>11</sup> V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile*, cit., p. 5 ss. e G.Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, p.14-15 ed ivi la Introduzione di P. Piovani, p. VII (richiamando il testo) “Ci sono realtà che l’intelletto puro non può spiegare né sopprimere perché sono realtà fatte di storia, mosse da sentimenti complessi, tessute di esperienze molteplici, connesse con la vita in un nodo di esistenze antiche e rinnovate che l’intelletto può solo aiutare a dipanare. La religione è una di queste esperienze: il diritto è una di queste esperienze”, p. VII “l’astrazione è l’atto col quale lo spirito si rende conto della complessità ... pregio insostituibile ..tuttavia strumentale”

# JUS CIVILE



Ermeneutica e buona dogmatica, dunque, come guide e strumenti per affrontare il presente e come viatico per procedere in una analisi che incontra fatalmente il tema dell'effettività<sup>12</sup>, come principio di ordine e di riduzione della complessità.

Vorrei parlarne illuminato da questo pensiero straordinario, soffermandomi su tre aspetti. L'attenzione giurisprudenziale al principio di effettività. Il suo ruolo nella conversione del fatto in diritto. La sua funzione ermeneutica e rimediabile. Cominciamo dal primo.

## 2. – 2.1. – Le Corti italiane

La Corte Costituzionale<sup>13</sup> trae dal coordinamento degli articoli 2, 3 e 24<sup>14</sup> un nesso inscindibile tra il diritto di adire il giudice e i diritti inviolabili della persona. Per una ragione evidente. Gli artt. 2 e 24 della Costituzione sono “inestricabilmente connessi nella valutazione di legittimità costituzionale”. Sicché il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo e la ricerca del rimedio effettivo spetta al giudice applicando, in particolare, i diritti fondamentali<sup>15</sup>.

Una sentenza recente rafforza e delimita questo diritto<sup>16</sup>. Questo il caso. Un'ordinanza (del TAR Abruzzo) dubita della legittimità di una norma regionale sull'attuazione del diritto allo studio, nella parte in cui garantisce un intervento per il servizio di trasporto degli studenti portatori di handicap solo “*nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio*”. La censura si basa sull'articolo 38 e l'articolo 10 della Costituzione, in relazione all'art.24 della Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 ratificata con la legge 3 marzo 2009 n. 18, ed è argomentata con una pluralità di motivi. L'effettività del diritto allo studio delle persone con disabilità “risulterebbe pregiudicata dal condizionamento delle disponibilità finanziarie, di volta in volta, determinate dalle leggi di bilancio”. Sicché le esigenze finan-

---

perché “l'intelletto è una realtà quasi subalterna e affievolita: realtà primaria è l'azione”.p.VIII.v anche E.Balducci, *La verità e le occasioni*, Alba, 1960,p. 101 sulla parabola del buon samaritano.”Due pensarono profondi pensieri,uno fece qualcosa. Ma dopo aver fatto,certo pensò qualcosa. In quel pensiero si era accesa la verità del fatto. Chi fa la verità arriva alla sua luce. Chi discute la verità senza farla, la perde”.

<sup>12</sup> M. HEIDEGGER, *Ontologia dell'effettività*, tr.it. di G. Auletta, Napoli, 1992, p. 18 “effettivo significa dunque qualcosa che è articolato in ragione del carattere di essere che è così a partire da sé stesso e pertanto “è”, p. 20 “L'espressione ermeneutica deve mostrare il modo unitario del rivolgersi, accostarsi, affrontare e spiegare la effettività”.

<sup>13</sup> V. lo scritto notissimo di CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935 (ristampa 1965), p. 39 ss.; e per una trattazione illuminante del principio in molti istituti del diritto processuale, PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003; ID., *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Dir. e giur.*, 1978, I, 1 ss.; ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Scritti giuridici, I. Teoria generale del processo. Processo civile*, Milano, 2007, p. 61; PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, p.16; ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 56; PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc.dir.*, XIV, Milano, 1965 p. 420 ss.

<sup>14</sup> V. D. IMBRUGLIA, *L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza della Consulta n. 238 del 2014*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 163 ss.

<sup>15</sup> Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77 in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035

<sup>16</sup> Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

# JUS CIVILE



ziarie potrebbero avere prevalenza immotivata e non proporzionata su di un diritto fondamentale, con conseguente sacrificio della sua effettività.

La sentenza della Corte muove dall'art. 38 Cost. che deve essere attuato con strumenti idonei "affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di *contenuto concreto e reale*" come limite invalicabile alla stessa discrezionalità del legislatore.

Il riferimento all'effettività guida ogni passaggio della motivazione. Il servizio di assistenza e trasporto è stato conformato dalla legge regionale e deve essere garantita la sua "effettiva esecuzione". Tale effettività e l'affidamento generato dalla previsione normativa "condiziona la misura della disponibilità finanziaria degli enti coinvolti nell'assolvimento del servizio" e non si può invocare la carenza di risorse disponibili. L'art. 38 della Costituzione è stato attuato dal legislatore nazionale garantendo "il diritto soggettivo del disabile all'educazione e istruzione a partire dalla scuola materna sino all'Università"<sup>17</sup> e "l'indeterminatezza del finanziamento determina un *vulnus* all'effettività del servizio come conformato dal legislatore regionale". Né può essere invocato l'art. 81 Cost. per almeno due ragioni. "Una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali"<sup>18</sup>. Insomma la "pretesa violazione dell'art.81 è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio finanziario poiché "è la *garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione*".

Tutto ciò serve a ribadire che la cognizione del giudice delle leggi in materia finanziaria non è limitata da una zona franca ma esige, come nel caso di specie, un criterio ermeneutico basato sulla interrelazione e integrazione tra precetti e valori idonei ad escludere una lesione della effettività dei diritti garantiti.

La Corte di Cassazione considera il principio di effettività come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volto ad assicurare il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella ... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato»<sup>19</sup> ed è intervenuta più volte. Nel caso Cir-Fininvest si accorda una tutela risarcitoria<sup>20</sup> in alternativa ad una tutela eliminativa dell'atto o della sentenza causa danno e il principio del rimedio più adeguato sorregge espressamente la decisione. Le sentenze sul rilievo d'ufficio della nullità utilizzano i principi del processo per contrastare, tramite l'effettività, in-

---

<sup>17</sup> L. 5 febbraio 1992, n. 104 e Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215 in *Giur. it.*, 1988, I, p. 148 e Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80, in *Giur. cost.*, 2010, I, p. 879.

<sup>18</sup> Si censura in particolare "la genericità della posta finanziaria del bilancio di previsione.. la cui copertura è rimessa al mero arbitrio del compilatore del bilancio" e la sua incidenza su diritti incompressibili già censurata in altre pronunzie della Corte n.260 del 1990 e n. 10 del 2016.

<sup>19</sup> Cass., 27 giugno 2013, n. 21255.

<sup>20</sup> Cass., 17 settembre 2013, n.21255

# JUS CIVILE



terpretazioni consolidate ma formalistiche<sup>21</sup>. E tale metodo si consolida in altre pronunzie che utilizzano l'effettività e la ragionevole durata per fissare l'ambito della la modifica della domanda nel corso del processo civile<sup>22</sup>. Mentre nella attuazione dei diritti fondamentali<sup>23</sup> e delle regole di concorrenza l'effettività è utilizzata per ripartire, in modo difforme dalla regola prevista nel codice, l'onere della prova<sup>24</sup>.

Non solo. Il tema del diritto alla vita e la funzione del risarcimento occupano l'attenzione dei giudici di legittimità che utilizzano ancora il principio di effettività nella risposta a una serie di casi recenti.

Si è osservato esattamente che il risarcimento del danno da morte può completare la tutela del "bene vita" "nella misura in cui la condanna del responsabile al pagamento di una somma di denaro contribuisca a conferire effettività alla situazione sostanziale meritevole di tutela"<sup>25</sup>. E ciò implica una riflessione su come i diritti fondamentali possano essere applicati nel diritto privato. Se in modo indiretto tramite le clausole generali o direttamente "come pretesa o eccezione, in giudizio verso la controparte"<sup>26</sup>. Difatti l'art. 2 della CEDU proclama il diritto alla vita e una sentenza recente<sup>27</sup> prende in esame tale norma in discontinuità con la pronunzia delle sezioni unite<sup>28</sup>. Vediamo i precedenti di tale dibattito.

È noto che una sentenza di legittimità del 2014 innova rispetto ad un indirizzo consolidato che escludeva il risarcimento in caso di morte immediata della vittima sulla base della considerazione che "la perdita della vita non può lasciarsi priva di tutela (anche) civilistica" perché "il diritto alla vita è altro e diverso dal diritto alla salute" così che la sua risarcibilità "costituisce realtà ontologica ed imprescindibile eccezione al principio della risarcibilità dei soli danni conseguenza"<sup>29</sup>. Rimessa la questione alle sezioni unite si torna al precedente orientamento, cui la Corte vuol dare continuità con una serie di argomenti forti.

Dopo il superamento della concezione soggettiva e psicologica della responsabilità prevale oggi nettamente nella giurisprudenza teorica e pratica il criterio, spesso oggettivo, di riparazione

---

<sup>21</sup> Cass., 12 dicembre 2014 n. 26242.

<sup>22</sup> Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2016, I, c. 255 ed ivi nota di Motto, *Le sezioni unite sulla modifica della domanda giudiziale*.

<sup>23</sup> V. con diverso orientamento NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 583 ss., di MAJO, *Rimedi e dintorni*, ivi, 2015, p. 703 ss.; Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 195 ss.; NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di una teoria generale tra diritto privato e pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1214.

<sup>24</sup> Cass., 4 giugno 2015, n. 11564.

<sup>25</sup> A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2696 ss.; Id., *Danno alla vita (da carte europee), danno da morte*, ivi, 2016, I, c. 3439 ove si commentano due pronunzie recenti: Cass., ord., 22 settembre 2016, n. 18619 e Cass., 20 luglio 2016, n. 14940.

<sup>26</sup> A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Danno alla vita (da carte europee), danno da morte*, cit., c. 3439.

<sup>27</sup> Cass., ord., 22 settembre 2016, ult. cit.

<sup>28</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350 in *Foro it.*, 2015, I, c. 2682.

<sup>29</sup> Così la brillante sintesi della lunghissima motivazione in Cass., ord., 4 marzo 2014, n. 5056, cit.



e redistribuzione fra i consociati dei pregiudizi cagionati da un fatto illecito. Sicché il sistema si incentra su una nozione di danno “inteso come perdita cagionata da una lesione di una situazione soggettiva” la quale presuppone l’esistenza di un soggetto legittimato a far valere il suo credito, mentre la perdita del bene vita “è fruibile solo dal titolare ed è insuscettibile di essere reintegrato per equivalente”. Né può essere ipotizzata la lesione di un interesse collettivo<sup>30</sup> perché non si comprende come la coscienza sociale sia tutela solo se sia data ai congiunti una tutela risarcitoria ulteriore rispetto a questi percepiscono per i danni patrimoniali e non patrimoniali che già spettano loro. Senza contare che la tutela dell’interesse della intera collettività è realizzata dall’ordinamento in altro modo e che il danno risarcibile” non può consistere che in una perdita che richiede l’esistenza di un soggetto che tale perdita subisce”<sup>31</sup>.

## 2.2. – a) La Corte di Giustizia della EU.

La Corte di Giustizia UE ha iniziato a utilizzare dagli anni ottanta il principio di effettività<sup>32</sup> e le ultime sentenze sono assai significative. In esse il principio è utilizzato per dare massima attuazione alle Direttive in presenza di posizioni protette dall’ordine comunitario<sup>33</sup> e la Corte EDU è intervenuta per garantire l’effettività anche nei diritti fondamentali, nella proprietà, nel contratto e nella protezione dei diritti sociali<sup>34</sup>.

Basta ricordare nei contratti del consumatore il richiamo dell’art.19 del Trattato e gli art. 38 e 47 della Carta di Nizza, per comporre alcune asimmetrie imputabili al professionista e a tutela della funzionalità del mercato interno<sup>35</sup>, nel potenziare la tutela ablativa rispetto a quella risarcitoria di fronte al diritto all’abitazione<sup>36</sup>, nel disporre la decadenza piena del diritto

---

<sup>30</sup> Così LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 212 s.

<sup>31</sup> Così Cass., 22 luglio 2015, n. 15350, cit.

<sup>32</sup> CGCE, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*, e CGCE 15 ottobre 1987, C-222/86, *UNECTEF*, su cui v. N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 56 ss, e ora D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività ed adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 3, p. 910 ss. e CGUE, 13 marzo 2007, *Unibet*, C-432/05.

<sup>33</sup> REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, 2015, p. 89 ss.; Id., *Principles of Effectiveness and EU Contract Law*, in Rutgers e Sirena (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, 2015, p. 45 ss.

<sup>34</sup> TROCKER, *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo (parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 36 ss. ora in ID., *La formazione del Diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 111 ss.

<sup>35</sup> V. sul punto TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l’opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 373 ss; DELLA NEGRA, *Il diritto del consumatore ed i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Persona e mercato*, 2010, p. 317. ROCHFELD, *La protection du consommateur-contactant dans l’Union européenne: quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée*, in *Rev. des contrats*, 2013, p. 847 ss.

<sup>36</sup> CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, in *Foro it.*, IV,5 ss. e in *Contratti*, 2013, p. 1059 con nota di DELLA NEGRA, *Il “fairness test” nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*. V. anche LAS CASAS-MAUGERI-PAGLIANTINI, *Recent trends of the assessment of unfairness of terms in consumer contracts: Aziz and Constructora Principado*, in *ERCL*, 2014, p. 444.

# JUS CIVILE



agli interessi per alcune violazioni delle regole sul merito creditizio<sup>37</sup>, nel concretizzare la clausola generale di buona fede tramite l'individuazione del rimedio effettivo<sup>38</sup>.

Come si è osservato esattamente la Corte utilizza l'effettività come un principio costituzionale con precise finalità. Eliminare le restrizioni nazionali nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica e individuare i rimedi più adeguati alla lesione<sup>39</sup>.

a) *Contro le restrizioni di protezione*. Nel caso *Levez*, si censura la norma interna che limita nel tempo per il lavoratore la richiesta di differenze retributive<sup>40</sup>. Nella sentenza *Alassini*, con espresso riferimento all'art.47 della Carta di Nizza, in materia di telecomunicazioni, si valuta positivamente una procedura di conciliazione, ma con precisi limiti<sup>41</sup>. Nel caso *Aziz* si afferma che una legge nazionale viola la Direttiva 93/13/Cee, se non prevede nel procedimento di esecuzione ipotecaria "motivi di opposizione tratti dal carattere abusivo di una clausola contrattuale" con la conseguente sospensione del giudizio.<sup>42</sup> Nella sentenza *Courage*<sup>43</sup> della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un'azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto a cui lui stesso ha dato causa.

b) *Effettività come principio ermeneutico*. In molti casi la Corte va oltre tale valutazione e indica un effetto utile o un test di effettività delle tutele nazionali come nel caso *Manfredi*<sup>44</sup> ove si è posta l'obiettivo di preservare la concorrenzialità del mercato tramite l'esercizio della responsabilità aquiliana, da parte di ogni soggetto anche non consumatore. Ciò è accaduto anche nel caso *Sturgeon*<sup>45</sup> con riferimento alla Direttiva 261 del 2004 dove la Corte equipara il lungo ritardo alla cancellazione del volo, estendendo il diritto al risarcimento in base al principio di eguale trattamento. Le critiche mosse dalla dottrina per la mancanza di un'espressa disposizione legislativa sono state superate dalla Grand Chambre nel caso *Nelson*<sup>46</sup> dove la Corte estende

---

<sup>37</sup> V. CGUE, 27 marzo 2014, C-565/12, *Le Crédit Lyonnais c. Fesih Kalhan*, ove in caso di carenze nella valutazione del merito creditizio si prevede la decadenza, totale e parziale, degli interessi convenzionali e legali, come sanzione dissuasiva.

<sup>38</sup> CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, in *Foro it.*, IV, c. 5 ss.

<sup>39</sup> Indica questa triplice funzione della effettività nelle pronunzie della Corte di Giustizia REICH, *General Principles of EU Civil Law*, op. cit., p. 91 ss.

<sup>40</sup> CGUE, 1 dicembre 1998, C-326/96, *Levez c. Jennings Ltd.*

<sup>41</sup> CGUE, 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Alassini-Telecom*, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 361 ss. La procedura obbligatoria non deve condurre a una decisione vincolante per le parti, comportare un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, deve sospendere la prescrizione dei diritti in questione e non generare costi ingenti. La via elettronica non deve essere l'unica modalità di accesso e deve essere possibile il ricorso a provvedimenti provvisori in casi eccezionali.

<sup>42</sup> CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, cit., ove si prevede che "la normativa spagnola non appare conforme al principio di effettività, in quanto rende impossibile o eccessivamente difficile, nei procedimenti di esecuzione ipotecaria, l'applicazione della direttiva 93/13".

<sup>43</sup> CGUE, 20 settembre 2001, C-453/99.

<sup>44</sup> CGUE, 13 luglio 2006, C-295/04, *Manfredi*.

<sup>45</sup> CGUE, 7 aprile 2001, C-402/09, *Ioan Tatu*

<sup>46</sup> CGUE, gran chambre, 23 ottobre 2012, C-581/2010, *Nelson*

## JUS CIVILE



l'ambito della Direttiva e la interpreta alla luce del principio di effettività motivando che la protezione dei passeggeri sarebbe stata insufficiente e ineffettiva in mancanza di equiparazione fra lungo ritardo e soppressione del volo<sup>47</sup>.

c) *Effettività come principio rimediabile*. Il principio richiede alle Corti degli Stati nazionali di creare o perfezionare le tutele per un effettiva protezione dei diritti in base all'art. 19 TUE che pone un chiaro legame fra effettiva protezione e rimedio efficiente. Non è sempre facile questo controllo ma è possibile fissare alcuni criteri. Anzitutto una tecnica rimediabile non incide sull'*an* della protezione ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligazione, ma intende fornire una tutela adeguata, in presenza di norme interne come l'art. 24 della Costituzione e l'art. 19 TUE, nel loro rispettivo ambito di applicazione, forniscono la fonte di valutazione e sollecitano il controllo.

Gli esempi sono molteplici e spaziano dalla *culpa in contraendo*<sup>48</sup>, alla non discriminazione<sup>49</sup> alle clausole abusive su cui è necessario un più ampio riferimento.

La Corte ha affermato più volte che le legislazioni nazionali non devono, in base al principio di effettività, “rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dal diritto dell'Unione”<sup>50</sup>.

Esemplare è il criterio interpretazione delle clausole abusive. La Corte chiarisce quale siano le circostanze che determinano lo squilibrio fra diritti e obblighi “malgrado il requisito della buona fede” e precisa il compito del giudice nazionale. Il quale “deve verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse ad una siffatta clausola nell'ambito di un negoziato individuale”<sup>51</sup>. Ma il controllo si estende ad altri profili. Sulla possibilità di rilevare di ufficio la natura abusiva di una clausola, salvo opposizione del consumatore, la giurisprudenza è risalente e costante<sup>52</sup>, mentre sul livello di protezione dei dati personali trasferiti dall'Unione europea agli Stati Uniti, la Corte si è pronunciata di recente ed è stata annullata una decisione della

---

<sup>47</sup> V. per ulteriori sentenze REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., p. 96 ss.

<sup>48</sup> Reich, *General Principles of EU civil Law*, op. cit., pp. 98-99 ss. e il riferimento a CGCE, 10 aprile 1984, C-14/83, *Von Colson and Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen* (1984) ECR 1891.

<sup>49</sup> V. ancora Reich, op. cit., p. 101 (e il riferimento a CGUE, gr. ch., 19 gennaio 2010, C-555/07 *Seda Kucukdevici c. Swedex GmbH*) ed ivi la citazione di altre sentenze sul tema p. 101 nota 44.

<sup>50</sup> Così in CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, cit. punto 50 e altresì, analogamente, in CGUE, 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 373; CGUE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom*, ivi, 2009, IV, c. 489.

<sup>51</sup> V ancora CGUE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, cit., punto 69 e 75.

<sup>52</sup> V. CGUE, 27 giugno 2000, C-240/98, C-241/98, C-243/98, C-244/98, *Oceano c. Murciano Quintero e altri*; CGUE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon c. Sustikné Gyorfí*, in *Foro it.*, 2009, c. 489 tutte sulla valutabilità d'ufficio della clausola abusiva salvo opposizione del consumatore; CGCE, 6 ottobre 2009 C-40/08, *Asturcom. Rodriguez Nogueira*, ivi, 2009, c. 489 sul contenuto abusivo di una clausola compromissoria e sul sindacato del giudice anche in caso di lodo con autorità di cosa giudicata; CGUE, 26 aprile 2012, C-472/10, *Nemzeti c. Invitel*, ivi, 2013, c. 170 sulle modifiche unilaterali del professionista; CGUE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito c. Camino*, ivi, 2013, c. 170, sul rilievo d'ufficio della clausola abusiva già nel giudizio di ingiunzione.

# JUS CIVILE



Commissione (del 26 luglio 2000), fissando i limiti sulla conservazione e accesso al contenuto di comunicazioni elettroniche<sup>53</sup>

Significativa al riguardo è una recentissima decisione che ribadisce l'assenza di effetto orizzontale delle direttive, ma richiama l'obbligo per gli Stati di realizzare il risultato indicato e di adottare i provvedimenti atti a garantire l'adempimento di tale obbligo. Ciò anche con riferimento agli organi giurisdizionali che sono sollecitati ad adottare criteri ermeneutici del diritto interno conformi alla lettera e allo scopo della Direttiva per realizzare il suo obiettivo, con l'unico limite del rispetto dei principi generali del diritto e di un'interpretazione che non sia *contra legem* del diritto interno<sup>54</sup>.

## b) La Corte EDU

La Corte di Strasburgo, pur nel rispetto del principio di sussidiarietà, interviene con sempre maggiore incisività nel controllare, il contesto legislativo del nostro ordinamento, i diritti fondamentali, la durata del procedimento, la motivazione e l'esecuzione stessa delle sentenze<sup>55</sup>.

Il che è del tutto coerente con il ruolo peculiare della Convenzione e della Corte<sup>56</sup>. La prima non costituisce obblighi reciproci fra gli Stati contraenti, ma crea un obbligo e una garanzia collettiva per la tutela dei diritti delle persone contro le violazioni degli Stati; è un pilastro essenziale e "uno strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo da cui dipende la stabilità democratica del continente". La Corte, attraverso una giurisprudenza sui casi concreti, indica il contenuto della Convenzione con un orientamento forte e stabile, visto la procedura molto rigorosa nell'ipotesi di un cambiamento di indirizzo<sup>57</sup>.

Il principio di effettività delle tutele è previsto nell'art. 13 ed utilizzato ampiamente dalla Corte come antidoto alla astrattezza delle situazioni soggettive.

L'effettività è connaturale al diritto stesso, arricchisce il suo contenuto e amplia gli obblighi positivi degli Stati nell'adozione e attuazione di rimedi adeguati alla protezione sostanziale dell'interesse e capaci di rimuovere gli ostacoli all'esercizio<sup>58</sup>.

Sull'efficacia della Convenzione è noto che la Corte costituzionale ha riconosciuto il carattere interposto, fra norme costituzionali e ordinarie, con una supremazia funzionale rispetto a queste ultime. Sicché in caso di contrasto insanabile fra legge nazionale e Convenzione, il giudice non

---

<sup>53</sup> CGUE, 6 ottobre 2015, C-362/14, Grande Sezione, *M. Schrems c. Data Protection Commissioner*.

<sup>54</sup> CGUE, 19 aprile 2016, c-441/2014, *Dansk c. Successione Karsten Eigil Rasmussen*

<sup>55</sup> V. di recente CEDU 18 dicembre 2012, *Coppola c. Italia*, n. 5179/05; CEDU 12 novembre 2013, *Cavaliere c. Italia*, n. 50930/11; CEDU, 4 febbraio 2014, *Ceni c. Italia*, n. 25376/06; CGUE, 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale c. Union des syndicats CGT*.

<sup>56</sup> V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 353 ss.

<sup>57</sup> V. ancora V. ZAGREBELSKY, op. ult. cit.

<sup>58</sup> V. fra le prime sentenze *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, par. 24-28, série A n.32 in tema di maltrattamenti familiari e l'assenza di una tutela adeguata ed effettiva della donna coniugata; *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 dicembre 1994, par. 52-58, série A n. 303-C in tema di emissioni intollerabili; *Opux c. Turchia*, n. 33401 del 2002, EDU, 2009; *Ocalan c. Turchia*, (GC) n. 46221 del 1999, par. 159-176, EDU 2009, ancora su maltrattamenti familiari e rimedi statali in effettivi.

# JUS CIVILE



può disapplicare la norma statale ma sollevare la questione di Costituzionalità<sup>59</sup>. Da qui, dunque, l'idea che i precetti della CEDU siano più rigidi e resistenti delle norme ordinarie e ciò impone l'obbligo per i giudici nazionali di adottare una interpretativa compatibile con la Convenzione<sup>60</sup>.

Di recente la Corte costituzionale ha voluto delimitare questo potere-dovere con una pronunzia che ha fatto discutere e suscitato perplessità. In essa si ribadisce la funzione preminente della Corte di Strasburgo nell'interpretazione della CEDU, ma si ribadisce che l'interpretazione della legge nazionale spetta al giudice comune che, in ossequio all'art. 101 Cost., deve conformarsi alla giurisprudenza della Corte solo in presenza di un "indirizzo consolidato", di pronunzie della Grande Camera e in caso di una sentenza pilota<sup>61</sup>.

Certo è che la giurisprudenza della Corte ha inciso fortemente su aspetti essenziali delimitando, tramite il principio di effettività, la nozione e il contenuto di diritti fondamentali.

Si pensi alla vita familiare, al rilievo del legame biologico nella filiazione naturale<sup>62</sup> e affettivo nel rapporto fra minori e coniugi affidatari<sup>63</sup>, sino alla previsione di un obbligo positivo degli Stati di prevedere una disciplina e tutele effettive per le unioni civili anche omosessuali<sup>64</sup>. Particolare attenzione è stata dedicata ai problemi della fecondazione assistita.

Sulla fecondazione eterologa<sup>65</sup> la Corte EDU aveva nel 2010<sup>66</sup> condannato l'Austria per i limiti posti a tale tecnica, per contrasto con il diritto ad una vita privata e familiare e con il divieto di discriminazione (art. 8 e 14 CEDU). Tale decisione fu riformata dalla Grande Camera<sup>67</sup> che ha riconosciuto l'assenza, allora, di una visione comune nella UE e la necessità del riconoscimento di un margine di apprezzamento degli Stati. Tutto ciò rinviando ad una attenta considerazione del tema<sup>68</sup>.

Sollevata di nuovo la questione di costituzionalità in Italia, la Corte ha rilevato che tale tec-

---

<sup>59</sup> V. Corte Cost. 24 ottobre 2007, n. 348; Corte Cost., 4 dicembre 2009, n.317; Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80; CGUE, 24 aprile 2012, C-571/10; Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238. Isolato nel riconoscere l'effetto diretto Tar Lazio, 18 maggio 2010, n. 11984. V. anche Cass., sez.un., 2 marzo 2010, n. 1220.

<sup>60</sup> V. V. ZAGREBELSKY, *op. cit.*

<sup>61</sup> V. Cass., 8 gennaio 2015, n. 49.

<sup>62</sup> *Marchx c. Belgio*, 13 giugno 1979, par. 31-34, serie, A n. 31; *Todorova c. Italia*, 13 gennaio 2009, n. 33932 del 2006, par. 53-55.

<sup>63</sup> *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27 aprile 2010, n. 16318 del 2007, par. 44-53.

<sup>64</sup> *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, n. 18766/ 2011, par.165-187.

<sup>65</sup> V. Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162 e la nota di commento di Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Corriere giur.*, 2014, 8-9, p. 1062 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

<sup>66</sup> S.H. c. Austria, 1 aprile 2010 (C-57813/00) in *Fam. e dir.*, 2010, p. 977 con nota di SALANITRO, ma v. anche MELI, *Il divieto di fecondazione eterologa e il problema delle antinomie tra diritto interno e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 14 ss.

<sup>67</sup> S.H.c Austria, G.C., 3 novembre 2011 (C.n. 57813), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 224

<sup>68</sup> La Corte costituzionale aveva sollecitato un nuovo esame della questione con la sentenza del 22 maggio 2012, n. 150 su cui Salanitro, *Il dialogo fra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 636. I Tribunali di Firenze (29 marzo 2013), di Milano (3 aprile 2013), e di Catania (13 aprile 2013) sollevano di nuovo la questione (v. *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 912) decisa con la Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162.

## JUS CIVILE



nica era prima della legge disciplinata da numerose Circolari del Ministro della Sanità<sup>69</sup>. Ha precisato che la scelta di diventare genitori costituisce un'espressione della libertà di determinarsi (2,3,31 Cost)<sup>70</sup> ed è "favorevolmente considerata "da principi costituzionali". Ha considerato il divieto pericoloso per la salute psichica dei genitori e bilanciato tale soluzione con altri valori costituzionali coinvolti in particolare del nascituro. La conclusione è che il divieto "cagiona una lesione della libertà fondamentale della coppia.. di formare una famiglia con dei figli, senza che la sua assolutezza sia giustificata dalle esigenze di tutela del nato" che reputa congruamente garantita dalla legge<sup>71</sup>.

*Sulla diagnosi pre-impianto* la legge italiana non si esprimeva chiaramente. Non vi era un divieto espresso che compariva, invece, nelle linee guida ministeriali. D'altra parte la sentenza della Corte del 2009 aveva autorizzato l'impianto anche di più di tre embrioni e consentito la loro crioconservazione. Ciò aveva avviato la possibilità di una diagnosi prima dell'impianto e la giurisprudenza aveva, in alcuni casi, consentito tale pratica per le coppie sterili e infertili<sup>72</sup>. Sicché appariva ancor più irragionevole la condizione delle coppie portatrici di malattie genetiche ma fertili, visto che per esse non era superabile in via interpretativa il divieto posto dall'art. 4 della legge.

La Corte EDU<sup>73</sup> aveva già censurato tale discriminazione e alcuni Tribunali<sup>74</sup> avevano sollevato di nuovo la questione di costituzionalità (dell'art. 1 comma 1 e 2 e dell'art. 4 comma 1) accolta dalla Corte<sup>75</sup> "nella parte in cui le norme non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione assistita delle coppie fertili portatrici di malattie genetiche gravi". Ciò perché si considera il bilanciamento irragionevole e lesivo del canone di razionalità dell'ordinamento, rimettendo al legislatore l'emanazione di una normativa primaria o secondaria al riguardo.

*Sulla selezione degli embrioni.* Una sentenza recente<sup>76</sup> dichiara incostituzionale l'art. 13 comma 3 lett.b e 4 nella parte in cui prevedono come reato la selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia finalizzata ad evitare l'impianto di cellule affette da malattie genetiche accertate da apposite strutture. Si considera, peraltro, legittimo il divieto di soppressione dell'embrione malato per una serie di ragioni. Si avverte la necessità di tutelare la dignità dell'embrione

---

<sup>69</sup> V. sul punto Ferrando, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte Costituzionale*, op. cit., nota 11 ove si ricordano le circolari e le ordinanze del Ministero della Sanità 1 marzo 1985, 27 aprile 1987, 10 aprile 1992, 4 giugno 1997.

<sup>70</sup> Sul punto v. già Corte cost., 19 dicembre 2008, n. 428.

<sup>71</sup> V. sul punto CASONATO e FROSINI, (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006; BUSNELLI, *La sorte degli embrioni in prospettiva bioetica e nella legge 40, alla luce delle recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001, p. 181 ss.

<sup>72</sup> FERRANDO, *Le diagnosi reimpianto, dunque sono ammissibili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 20; Id., *La fecondazione assistita nel dialogo fra le Corti*, ivi, 2016, I, e il richiamo ai Tribunali di Cagliari (24.9.2007), Firenze (19.2.2007) e TAR Lazio del 21.1.2008.

<sup>73</sup> CEDU, 28 agosto 2012 (54270/10), *Costa e Pavan c. Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 66.

<sup>74</sup> Trib. Roma del 15.1.2014 e del 27.2.2014.

<sup>75</sup> Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 10, 930, ed ivi FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi reimpianto*.

<sup>76</sup> Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).



al quale non può darsi altra risposta che quella della procedura di crioconservazione. Ciò in base alla sua soggettività e all'impossibilità di equipararlo a mero materiale biologico ai sensi dell'art. 2 della Costituzione.

*La sperimentazione sugli embrioni.* La quinta decisione<sup>77</sup>, recentissima, sul divieto (art. 13) di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione (non finalizzata alla tutela dello stesso) dichiara inammissibile la questione per una ragione precisa. L'elevato grado di discrezionalità dovuto alla complessità dei profili etici e scientifici e la pluralità di scelte possibili, le quali esigono un bilanciamento del legislatore "tra la dignità dell'embrione e le esigenze della ricerca scientifica". Scelta che la Corte non reputa possibile adottare.

Sui diritti patrimoniali, in una recente sentenza, si è censurato il potere del Curatore fallimentare di sciogliere un contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 bis della Legge Fallimentare perché le Corti italiane, prima della riforma legislativa della norma, erano legittimate "unicamente ad esaminare la legalità formale della misura contestata, senza potersi occupare delle sue necessità e proporzionalità alla luce dei principi enunciati nell'art.1 del Protocollo 1 della Convenzione. Sicché si reputa contrario all'art. 13 CEDU tale istituto "perché il sistema giuridico italiano non ha offerto alla ricorrente garanzie sufficienti contro l'arbitrio e l'interessata non ha avuto a sua disposizione un ricorso effettivo per far valere la sua doglianza a livello nazionale"<sup>78</sup>.

Nella Causa *Dhahbi c. Italia*<sup>79</sup> un lavoratore marocchino, regolarmente assunto da una ditta italiana, lamentava di non aver ricevuto l'assegno per il nucleo familiare che l'art.65 della legge n.448 del 1998 riserva ai cittadini italiani residenti in Italia. Il ricorrente sosteneva che tale prestazione gli era dovuta, anche in difetto di cittadinanza, in virtù dell'Accordo euro-mediterraneo ratificato dall'Italia (con legge n. 35 del 3 febbraio 1997) e che la Corte di Cassazione aveva ignorato la sua richiesta di porre la questione pregiudiziale alla CGE in merito all'interpretazione dell'accordo. La Corte di Strasburgo reputa che la mancanza di motivazione sul rinvio della questione pregiudiziale alla CGE comporti di per sé la violazione dell'art. 6 della Convenzione e contesta nel merito il rifiuto dell'assegno familiare con una motivazione puntuale.

Ricorda che gli Stati hanno un margine di discrezionalità nel disporre una disparità di trattamento in presenza di "una giustificazione oggettiva e ragionevole.. espressa con ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito". Sicché i "motivi di bilancio" adottati dallo Stato italiano possono rientrare in tali limiti, ma osserva che il rifiuto, nel nostro caso, era basato unicamente sul difetto di cittadinanza e precisa che "solo considerazioni molto serie possono indurla a ritenere compatibile con la Convenzione una disparità di trattamento esclusi-

---

<sup>77</sup> Corte cost. (ord) 22 marzo 2016, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>78</sup> CEDU, 4 febbraio 2014, n.25376/06, *Ceni c. Italia*, punti 98, 99, 100, 101 e il richiamo a CEDU, 6 giugno 2013, n. 38450/05 *Sabanchiyeva e altri contro Russia* e a CEDU, 20 giugno 2002, n. 50963/99, *Al-Nashif c. Bulgaria*.

<sup>79</sup> CEDU, 8 aprile 2014, n. 17120/09

# JUS CIVILE



vamente fondata sulla cittadinanza”. Di più. Si osserva che “in queste circostanze e sebbene le autorità nazionali godano di un ampio margine di apprezzamento in materia di previdenza sociale, l’argomento adottato dal Governo non è sufficiente a convincere la Corte dell’esistenza, nella presente causa, di un rapporto ragionevole di proporzionalità che renderebbe la disparità contestata conforme alle esigenze dell’art. 14 della Convenzione”.

Dunque si è ritenuto legittima la riserva nazionale sulle proprie politiche sociali solo se priva di ogni profilo di discriminazione e in presenza di una espressa motivazione sulla proporzionalità fra la scelta nazionale e i mezzi impiegati dal legislatore nell’attuarla<sup>80</sup> e ciò in conformità al principio, altrove formulato, che i rimedi non devono essere “meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere congegnati in modo tale da rendere praticamente impossibile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione”.<sup>81</sup>

Ce ne è abbastanza per osservare che il principio della effettività delle tutele è uno strumento di ordine e di riduzione della complessità del diritto dei privati. Resta da precisare come e perché.

**3.** – L’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato è criticata con forza di recente<sup>82</sup>.

Per alcuni stiamo vivendo un “ipertrofia del presente, nella quale l’incertezza del futuro languisce i legami con il passato, dimenticando che l’esperienza giuridica ha il suo *proprium* nella continuità”<sup>83</sup>. L’effettività delle tutele “sarebbe un esempio tra i tanti di quell’utilizzo improprio della dogmatica, volto ad asseverare..esiti interpretativi altrimenti periclinanti”.<sup>84</sup> Insomma “argomentare dal principio di effettività non avrebbe alcun senso sino a quando non si sia stabilito quale sia la regola alla quale riferire tale effettività e dalla quale la tutela trae origi-

---

<sup>80</sup> CEDU, 8 aprile 2014, cit. 53: “per quanto riguarda i ‘motivi di bilancio’ addotti dal Governo, la Corte ammette che la tutela degli interessi di bilancio dello Stato costituisce motivo legittimo della distinzione in questione. Tale scopo tuttavia, non può d per sé giustificare la disparità di trattamento denunciata”.

<sup>81</sup> Corte di Giustizia, Grande sez., 19 luglio 2012, *Littlewoods v. Her Mjeesty’s Commissioners*, punti 27, 28, 31 e il richiamo alle sentenze 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wels* e 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04.

<sup>82</sup> G. D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia civile*, 2016, 3, p. 443 ss.

<sup>83</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p. 7. Ove si cita N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 40 “uno spostamento dell’orientamento sociale di fondo..che fa sì che le decisioni possano essere giustificate non più mediante collaudati elementi preesistenti di natura normativa o fattuale ma, in definitiva, mediante le conseguenze” ma v. L. MENGONI, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermenutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 100 ss.

<sup>84</sup> C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 195 nota 245; ID., *L’aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, p. 987 ss., ma v. anche sul piano del processo le critiche di Verde, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 241 ss.; ID., *Profili del diritto civile*, I, Parte generale, Napoli, 2002, p. 134-135 secondo l’A. tale principio introdurrebbe nel nostro sistema un metodo e una finalità proprio dei paesi anglosassoni, attribuendo al giudice un’ampia discrezionalità non giustificata nei paesi di *civil law*. Sul punto v. anche la replica di Proto Pisani, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, *op. cit.*, p. 285 ss.

# JUS CIVILE



ne. Può essere effettiva solo una tutela di cui si conosca già il contenuto; e usare l'effettività per determinare quest'ultimo significa mettere prima il dopo, con una chiara inversione logica"<sup>85</sup>.

Per altri la crisi delle regole dopo la scoperta della Costituzione e dei valori, genera un diritto incalcolabile. Per un motivo chiaro. La fattispecie "atrae a sé gli eventi futuri" e il giudizio basato su quello schema è prevedibile. Il metodo valutativo, invece, conosce il fatto in base "alla sensibilità emotiva del giudicante" e l'assenza di una mediazione normativa apre la porta "a coloro che realmente detengono il potere" e "alla volontà autoritativa del magistrato". Non solo. L'idea "metafisica di un diritto sovra-positivo" nasconde di tutto (valori, utopie, ethos morale) senza che il precedente possa creare una ragionevole certezza perché un *corpus* coerente di casi "dovrebbe raccogliersi in principi generali e trascendere" la concretezza e singolarità del fatto. Ma il caso "presuppone la legge di cui è un esempio applicativo. Sicché non c'è caso senza una legge che stia prima e lo preveda e lo configuri". Insomma la mancanza del sillogismo, della fattispecie e l'uso di clausole generali e valori determina un diritto che "perde a mano a mano qualsiasi razionalità e si risolve nell'occasionalità del puro decidere"<sup>86</sup>. Le conseguenze che si traggono da tutto sono gravi. "La crisi o piuttosto la perdita della calcolabilità tocca l'essenza stessa della modernità occidentale ..fondata sulla fiducia nell'applicazione di regole note, intacca la razionalità giuridica del capitalismo, elimina il controllo di logicità e l'efficacia didascalica e pedagogica del sillogismo.

Altri ancora esamina a fondo il dialogo nella dottrina civilistica più autorevole nella seconda metà del novecento. Ammette una *Drittwirkung* dei diritti fondamentali solo in assenza di una regolazione legislativa<sup>87</sup> e critica il neo-costituzionalismo<sup>88</sup> che ampliando i poteri del giudice vanifica, secondo l'autore, il metodo positivo e finisce per ridurre il diritto a pratica affidata soprattutto alla giurisprudenza, tramite l'utilizzo indiscriminato dell'interpretazione conforme. Non solo. Si esclude che i principi possano operare direttamente in presenza di "lacune provocate dall'omessa produzione di norme" per un motivo chiaro. Occorre evitare che il giudice possa "(argomentando sulla base di principi costituzionali) creare "diritti nuovi" (o affermare nuove

---

<sup>85</sup> C. CASTRONOVO, *op.cit.*, p. 237

<sup>86</sup> N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, p. 731 e *Id.*, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss; *Id.*, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 987 ss.; *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.

<sup>87</sup> G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 456, l'attenzione critica è rivolta in particolare alle opere di P. PERLINGIERI secondo cui "le norme costituzionali vincolano qualsiasi potere legittimato a dettare regole che concorrono a comporre l'ordinamento del caso concreto", sicché un principio può aspirare a ricevere sempre la massima attuazione possibile anche in contrasto con il bilanciamento operato dal legislatore". V. G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 455-60 e note 25 ss., in part. 26; P. PERLINGIERI, *La persona umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 11 ss.; *Id.*, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; la riflessione dell'A. segue anche distanziandosi la teoria di R. ALEXYS, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1986, ma il dialogo con la dottrina è ampio e sia nelle pagine che nelle note.

<sup>88</sup> Si fa riferimento in particolare alle opere di G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 749; C.R. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche, dottrine*, Torino, 2016, e in particolare L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2771 ss.

## JUS CIVILE



forme di tutela per quelli esistenti) sostituendosi alla politica e “anticipando” soluzioni la cui mancata adozione da parte del legislatore non sia tanto dovuta ad una consapevole inerzia quanto piuttosto alla circostanza che quelle soluzioni non sono ancora “mature”. Sicché la creazione giudiziale di una regola per il singolo caso “incerta e controversa” “potrebbe finire per violare lo stesso principio di eguaglianza”<sup>89</sup>. Ancora. Si nega che le norme costituzionali possano rilevare in positivo nella determinazione delle clausole generali, come accade in giurisprudenza per la clausola di buona fede e il principio di solidarietà perché ciò si reputa inutile, fonte di equivoci (quando si considera buona fede come una regola di validità), ma soprattutto eversivo nel consentire l’intervento del giudice sul contenuto del contratto, in assenza di una disposizione specifica (art. 33 ss cod.cons.) o eccezionale (1384 1526 c.c.). Si vanificherebbe in tal modo la libertà contrattuale soggetta, così, non soltanto a “limiti specifici e predeterminati”, ma ad un controllo giudiziale capace di destabilizzare il sistema e di trasformare un ordinamento di diritto scritto in un diritto giurisprudenziale.<sup>90</sup> Tra l’altro poco rigoroso quando si usi in modo improprio i principi costituzionali<sup>91</sup> per semplificare il ragionamento giuridico o per disporre la invalidità per violazione diretta di essi<sup>92</sup>. Né pare accettabile una prospettiva rimediabile per l’impossibilità di dar valore ad elementi non compresi nella fattispecie violando in tal modo “alcuni cardini (principi?) del nostro ordinamento”<sup>93</sup> che esigono, secondo tale visione, di trovare solo “nell’enunciato (linguistico) legislativo... il criterio” di decisione senza delegare questo compito al giudice<sup>94</sup>.

È possibile una diversa visione che si sta affermando nella dottrina italiana ed europea. I principi hanno una funzione suppletiva, integrativa e correttiva<sup>95</sup> ma anche nomogenetica in un

---

<sup>89</sup> G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 486

<sup>90</sup> G. D’AMICO, *op. cit.*, pp. 495-496.

<sup>91</sup> Cass., 19 giugno 1999, n. 20116, in *Corr. giur.*, 2010, p. 58 ss; Cass., 18 settembre 2009, n.14343 in *Contratti*, 2010, p. 22 ss.; Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, cit.

<sup>92</sup> V. il richiamo a Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900 ove un contratto di investimento (*for you*) si reputa non meritevole di tutela ex art.1322 cc. 2 comma per il contrasto co i principi desumibili dagli artt. 38 e 47 a tutela del risparmio

<sup>93</sup> G. D’AMICO, *op. cit.*, pp. 487 ss, in part. 507

<sup>94</sup> A ben vedere la conclusione del lungo discorso non è così netta. Non fosse altro perché si riconosce, da ultimo, l’impulso positivo della giurisprudenza nell’attuazione dei principi, sollecitando soltanto il giudice a “tener conto dei limiti che sussistono e si oppongono a tale applicazione” quando si sia in presenza di un ‘ipotesi di lacuna legislativa” v. p. 507. Il che sembra conferire un ampio potere alla giurisprudenza nella scelta e nell’utilizzo, limitato o meno, dei principi.

<sup>95</sup> V. N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, 2014, p. 2, 8, 11, 16; J. RUTGERS and P. SIRENA (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, 2015, p. 1, 7 ss.; G. VETTORI, *Regole e Principi*, *op. cit.*, p. 51 e da ultimo le osservazioni puntuali ed equilibrate di E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell’UE e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le “libertà fondamentali” dell’Unione Europea e il diritto privato*, Roma, 2016, p. 41 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e “le libertà fondamentali” dell’Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, ivi, p. 39 che pone in luce “il ruolo dei principi quali strumenti di concreta ed effettiva armonizzazione” con una pluralità di funzioni: “una funzione interpretativa, quando contribuiscono a lumeggiare i precetti esistenti; una funzione suppletiva e integrativa quando favoriscono la produzione di regole o tutele; una funzione correttiva, quando son evocati per vagliare ed emendare i processi ermeneutici”. E il richiamo alle opinioni concordi di A.S. HARTKAMP, *The General Principles of EU Law and Private Law*, in *Rabels Zeitschrift fur ausländisches and internationales Privatrecht*, 2011, p. 256.

## JUS CIVILE



sistema di fonti che assegna al legislatore un “ruolo solo concorrente nella determinazione del diritto applicabile ... imponendo anche a soggetti diversi dal legislatore, il compito di enucleare quello che il legislatore non riesce più a fare in via esclusiva, cioè predisporre la norma giuridica”<sup>96</sup>. Tale potere deriva dal principio di sussidiarietà che comporta il superamento del valore esclusivo della sovranità popolare e dei rappresentanti chiamati a elaborare regole ma impone una solida costruzione della decisione con argomenti coerenti con le “attese collettive che rendono democratico ciò che altrimenti dovrebbe di per sé essere considerato privo di legittimazione”<sup>97</sup>.

Questo processo è descritto in modo mirabile come “problema di base della scienza giuridica” da Francesco Santoro Passarelli a conclusione, nel 1981, del convegno di Messina sui “Cinquant’anni di esperienza giuridica in Italia”. Le parole sono semplici e chiare, ma taglienti come un rasoio<sup>98</sup>.

Il diritto positivo espresso da “un’ autorità delegata ad imporlo” non è più il solo canale. La realtà sociale sorretta dal “comune consenso” come regola vincolante della condotta umana, diventa diritto, in concorrenza con il diritto scritto. Il pericolo che ciò determini qualche arbitrio ... non giustifica la negazione di un diritto realmente esistente, perché non è la forza o il potere a sorreggere il diritto, ma il consenso della comunità che la dottrina formalistica non può ignorare. Insomma il diritto che conta è il diritto effettivo, non quale dovrebbe essere, ma qual è. “Il fatto sorretto dal consenso generale, fa legge” e spetta alla scienza giuridica un compito delicato<sup>99</sup>.

Le conferme già allora erano molte. La caduta degli ordinamenti dell’Europa orientale aveva determinato di colpo, senza una rivoluzione o revisione costituzionale un nuovo diritto. Le discrasie fra Costituzione, legge ordinaria o la prassi confermavano in Italia l’importanza del diritto non scritto. “Sfasature che, per non essere incostituzionali, (andavano) ricondotte a regole costituzionali non scritte divergenti da quelle scritte nella Costituzione”<sup>100</sup>. Si pensi all’eguaglianza dei coniugi riconosciuta dall’art. 29 con alcuni limiti, non presenti nella riforma del diritto di famiglia. Alla tutela dei figli naturali, ammessa dall’art.30 con limitazioni già allora quasi del tutto eliminate dalla nuova normativa. Allo sciopero affermato in Costituzione a difesa di interessi professionali e riconosciuto dalla Corte anche per sole ragioni politiche.

Tutto ciò confermava, già allora, la vigenza e la forza di una regola costituzionale non scritta, maturata “nella coscienza sociale” come un diritto effettivo che la scienza giuridica e i giudi-

---

<sup>96</sup> Così in un bel saggio che dà conto analiticamente di tutta la dottrina sul punto con limpida profondità F. ADDIS, *Sulla distinzione fra regole e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 4, p. 1019 ss. in part. 1043.

<sup>97</sup> F. ADDIS, *Sulla distinzione fra regole e principi*, cit., p. 1053-1054.

<sup>98</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano, 1982, p. 1455-1458; ID., *Quid iuris?*, in *Ordinamento e diritto civile, Ultimi saggi*, Padova, 1988, 25 ss.

<sup>99</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Quid iuris?*, op. cit., p. 27-29.

<sup>100</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, op. cit., p. 27.

# JUS CIVILE



ci debbono individuare e precisare nel rispetto della sua certezza del diritto e dell'eguaglianza dei consociati <sup>101</sup>.

È evidente il superamento dello Stato di diritto ottocentesco <sup>102</sup> ove il giudice applica la legge senza interpretarla e non ha altra forma superiore, perché la sovranità del popolo si manifesta nella funzione legislativa, mentre le Costituzioni sono testi di principi che appartengono alla politica, appunto, non alle Corti. Questa visione ha resistito, in Italia, sino agli anni 60 del novecento ed ha subito una trasformazione radicale che incide sulla nostra forma democratica con un carattere irreversibile. I tratti sono ormai evidenti, anche se non condivisi da tutti, e le tappe di questa evoluzione sono oramai ripetute come litanie <sup>103</sup>, nella seconda metà del novecento <sup>104</sup>.

Ciò che sta accadendo oggi è chiaro ed è stato scandito con parole limpide. Il giudice italiano ed europeo ha piena consapevolezza del rilievo delle norme costituzionali. Muta il rapporto fra legge e giudici perché le regole, i diritti, le tutele devono essere ricercate in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali. Tutto ciò è espresso dalla teoria dell'interpretazione conforme, imposta dai Giudici delle leggi ad ogni Tribunale e ad ogni interprete. Il confronto fra legge ordinaria e costituzionale deve essere fatto con rigore e piena effettività. Se ciò non avviene il ricorso alla Consulta è addirittura inammissibile. E il si-

---

<sup>101</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 29.

<sup>102</sup> V. N. BOBBIO, *Teoria della giustizia. Lezioni di filosofia del diritto*, Aragno Editore, Torino, 2012. Le regole e le tutele stanno nei codici. I diritti e i principi appartengono alla Politica e il giudice può solo dare voce ai suoi comandi. Il primato della legge e delle regole domina ovunque, nell'Europa continentale e, in forma diversa, nella tradizione di *common law*. Le motivazioni sono espresse con lucidità e recepite da tutti come tratto comune del tempo. Si è voluto opporsi al modello affermato in America per una ragione scritta nella nostra storia, nata dalla Rivoluzione francese e consolidata nella conquista della sovranità popolare che non può essere rovesciata dai Tribunali. Il nocciolo del positivismo europeo sta tutto qui.

<sup>103</sup> Per una sintesi v. *I Principi nell'esperienza giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p. 3 ss. Il primo codice civile del Regno d'Italia fu emanato il 2 aprile 1865 quando Firenze era capitale e l'art. 3 di quel testo richiama come criterio ermeneutico e di chiusura i principi generali del diritto. Nel maggio 1940 si tenne a Pisa un Convegno che nel titolo conteneva un preciso proposito: "Formazione legislativa dei principi generali del diritto". La ragione era politica naturalmente. Il nuovo codice civile era in formazione, ma non risultava conforme all'ideologia del tempo. I principi sovrapposti al codice e a tutto l'ordinamento dovevano consentire questo allineamento. La reazione negativa dei giuristi del tempo fu netta e scandita da una serie di preoccupazioni. La cautela nei confronti di un'opera oppressiva dell'ideologia. I timori per le insidie del diritto naturale "inteso come un incombente (e sfuggente) minaccia da esorcizzare". L'avversità nei confronti del giudice legislatore. L'esito fu la codificazione di una norma molto diversa dalla precedente. L'art. 12 delle Disposizioni al codice civile vigente fa riferimento "ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato". L'esito era chiaro. Si restringeva lo spazio dei principi per una pluralità di motivi. La giuridicità non ne ha bisogno perché è contrassegnata dalla positività e dalla statualità del diritto. Solo così si può assicurare certezza e stabilità dell'ordinamento e ribadire la centralità del codice civile.

<sup>104</sup> U. BRECCIA, *Principi: luci ed ombre nel diritto contemporaneo*, in *Riv. it. sc. giur.*, cit., p. 121 ss, ed ivi A. JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, p. 77 ss.; G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, p. 77 ss. La Corte costituzionale, nella sua prima sentenza del 1957, ribadisce il valore giuridico delle norme costituzionali, prive di fattispecie. I civilisti, già negli anni sessanta, iniziano a sottolineare la forza espansiva dei principi di eguaglianza e solidarietà e si impegnano negli anni successivi in una vera e propria rilettura degli istituti civilistici. I magistrati nel Convegno della loro Associazione svolto a Gardone nel 1965 si dichiarano pronti, in un vero e proprio manifesto, all'applicazione diretta della Costituzione. La Corte costituzionale, dagli anni novanta, afferma che le norme "si dichiarano incostituzionali solo se non si può trarre da esse un' interna costituzionalità", invitando i giudici e gli interpreti ad un controllo diffuso che spinge ad una interpretazione costituzionalmente orientata.

# JUS CIVILE



gnificato di questa indicazione precettiva è evidente. Il giudice ordinario e la scienza giuridica devono collaborare alla ricerca del significato impegnativo della legge ricercando la regola e le tutele conformi con le norme costituzionali.

Tutto ciò muta i contorni del vecchio Stato di diritto in ogni suo aspetto. Al potere unico si sostituisce un pluralismo forte. La legge è subordinata alle norme costituzionali. La Carta fondamentale è affiancata dall'ordinamento comunitario e dai vincoli internazionali (art. 117 cost.). Giudici e legge, assieme, danno attuazione ad un sistema di fonti complesso e ciò non è un'anomalia, ma un progetto politico che emerge dalla trasformazione costituzionale. L'unica strada percorribile è un dialogo fra i due poteri, entrambi consapevoli dei rischi che sono insiti nel nuovo modello che dovrà confrontarsi con le tecniche applicative di un nuovo ordine costituzionale e di una inedita garanzia di certezza del diritto<sup>105</sup>.

Certo sono evidenti i problemi sottesi a tale visione. La crisi delle regole dopo la scoperta della Costituzione e dei valori, genera un diritto scarsamente prevedibile. Per un motivo chiaro.

La fattispecie "attrae a sé gli eventi futuri" e il giudizio basato su quello schema è prevedibile. Il metodo valutativo, invece, conosce il fatto in base "alla sensibilità emotiva del giudicante" e l'assenza di una mediazione normativa apre la porta "a coloro che realmente detengono il potere" e "alla volontà autoritativa del magistrato". Non solo. L'idea "metafisica di un diritto sovra-positivo" nasconde di tutto (valori, utopie, ethos morale) senza che il precedente possa creare una ragionevole certezza perché un *corpus* coerente di casi "dovrebbe raccogliersi in principi generali e trascendere" la concretezza e singolarità del fatto. Ma il caso "presuppone la legge di cui è un esempio applicativo. Sicché non c'è caso senza una legge che stia prima e lo preveda e lo configuri". Insomma la mancanza del sillogismo, della fattispecie e l'uso di clausole generali e valori determina un diritto che "perde a mano a mano qualsiasi razionalità e si risolve nell'occasionalità del puro decidere"<sup>106</sup>. Le conseguenze che si traggono da tutto sono gravi. "La crisi o piuttosto la perdita della calcolabilità tocca l'essenza stessa della modernità occidentale ..fondata sulla fiducia nell'applicazione di regole note, intacca la razionalità giuridica del capitalismo, elimina il controllo di logicità e l'efficacia didascalica e pedagogica del sillogismo.

Queste preoccupazioni trovano eco in una parte della cultura giuridica europea.

Si sostiene di recente che il diritto contrattuale deve avere una base democratica, al pari del diritto pubblico. E sul punto si manifesta una idea chiara. Se in una comunità si è potuto influire sul processo legislativo di formazione delle regole, il risultato acquisito non può essere contraddetto da standard esterni come la giustizia, la morale, la tradizione, l'efficienza o altri fondamenti. Ciò porta ad affermare una teoria procedurale del diritto dei contratti. Con una conseguenza. Argomenti basati sull'autonomia delle parti, la protezione dei più deboli, la giustizia

---

<sup>105</sup> M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, 2, p. 295 s.

<sup>106</sup> N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, cit., p. 731 e ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.

# JUS CIVILE



correttiva, l'efficienza economica o le tradizioni giuridiche, dovranno dimostrare la loro forza all'interno del dibattito democratico senza pretendere di poter influire sulla disciplina positiva. Ancora. Secondo questa visione la giustizia o la legittimità del contratto non possono essere determinate in anticipo da analisi teoriche, ma dovranno imporsi all'interno di un dibattito democratico per una ragione condivisibile. I teorici del diritto privato non hanno accesso privilegiato alla verità sul contratto e alla giustizia contrattuale<sup>107</sup>.

Queste lucide analisi muovono da una premessa. Affermano la priorità della legge come solo ed unico strumento per assicurare un controllo democratico del contratto e manifestano una fiducia assoluta sul principio di legalità espresso da un modello di Stato e da un sistema delle fonti che mostra, oggi come si è accennato, elementi di profonda trasformazione nei singoli ordinamenti e in Europa<sup>108</sup>. Non solo. L'affermarsi dei principi è criticato per il suo effetto distruttivo delle regole funzionali all'esistenza del capitalismo occidentale, ma tale considerazione non è univoca e convincente<sup>109</sup>.

La dimensione multilivello dei fatti che producono regole ha un preciso significato perché "l'articolazione nei livelli di produzione normativa non è governata dal principio gerarchico, e poi da un criterio "unidirezionale" di separazione e di competenza, ma dal concorso e dall'interazione reciproca"<sup>110</sup>. Il sistema è oggi una rete<sup>111</sup> ove si è accresciuto il ruolo dei principi "quali strumenti di concreta ed effettiva armonizzazione che appaiono capaci di assolvere" una pluralità di funzioni: interpretativa delle norme esistenti, suppletiva e integrativa di regole o tutele, correttiva di processi ermeneutici formalisti<sup>112</sup>. Tutto ciò in una fase storica ove il diritto giurisprudenziale ha un fondamento in un ordine giuridico ove coesistono una pluralità di fonti e un ruolo nomogenetico dei principi "correlata allo stesso sviluppo storico del capitalismo" e non ad una sua negazione<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> M.W. HESSELINK, *Democratic contract law*, in ERCL, 2015, 2, p. 83

<sup>108</sup> A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea. Principi e problemi della Drittvirkung nel mercato unico*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le libertà fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato*, Napoli, 2016, p. 12 "Lo Stato nazionale autocratico si è imposto al giurista domestico come produttore di senso, come strumento di precomprensione della dinamica delle norme di diritto privato. ....quando è in realtà il prodotto di un preciso frangente temporale e di una recisa connotazione ideologica. quella che ha accompagnato l'affermazione degli Stati nazionali e le codificazioni del diritto civile all'avvio e al tramonto del secolo diciannovesimo" ma su questo v. P. Grossi, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, spec. pp. 14 ss. 67 ss.

<sup>109</sup> V. per alcune osservazioni critiche F. ADDIS, *op. cit.*, p. 1048 ss. e F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo reinventato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio dir. comm.*, 2016, 2, p. 419 ss.

<sup>110</sup> A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 10.

<sup>111</sup> E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norme. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, 4, p. 685 ss. e G. Vettori, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 2, cit., p. 51 ss.

<sup>112</sup> A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 39. E il richiamo a A.S. HARTKMP, *The general Principles of EU Law and Private Law, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, p. 241 ss., p. 256; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. unione europea*, 2013, p. 663 ss. e sui pericoli di un uso non corretto dei principi E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi*, in F. Mezzanotte (a cura di), *Le "libertà fondamentali"*, *op. cit.*, p. 41 ss. e 77-78.

<sup>113</sup> F. ADDIS, *Sulla distinzione fra norme e principi*, cit., p. 1056; F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo reinventato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, cit., p. 1 ss.

## JUS CIVILE



4. – L'effettività, con il richiamo alla realtà e alla concretezza, si presta a far emergere e regolare gli aspetti spesso trascurati del diritto civile. Che è, si osserva, il campo di battaglia più feroce. Più del diritto penale dove almeno le passioni ispirano i reati più infamanti. Nel civile no. Ogni relazione umana esplose, spesso, in conflitti assurdi e atroci. Tra figli e genitori, fratelli e parenti. Per successioni o contratti, per conquistare o difendere una proprietà, per vincere la gara spietata della concorrenza, per acquisire o difendere diritti fondamentali, per disputarsi i benefici patrimoniali delle “carte postume di un poeta”.<sup>114</sup> Da Balzac<sup>115</sup> agli autori del novecento italiano si narra dell'avidità dello spirito, della carne e del denaro di uomini e donne e di “avvocati, giudici, codicilli” che amministrano queste liti spesso inventandosi “vizi di forma” o “commoventi e nobili pappe del cuore”, pretendendo “quando sbranano o depredano, di essere nel giusto”<sup>116</sup>.

Ebbene come reagire a tale provocazione? Il dialogo platonico, nella prima parte della Repubblica, ci ricorda già che la giustizia diventa “l'utile del più forte” senza principi che vengano prima della legge<sup>117</sup> ma il problema certo sta proprio nel definire tale forma precettiva. Per muovere in tale direzione occorre ricordare che il diritto e il linguaggio hanno il comune scopo di ordinare la società. Per garantire il primo, le libertà di singoli e istituzioni. Il secondo la comunicazione e la coesione di una comunità<sup>118</sup>. In entrambi i casi occorre una cautela primaria. Si deve togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti<sup>119</sup>, alla realtà effettuale.

L'essere effettivo designa una realtà concretamente esistente “un requisito necessario, e in certi casi sufficiente, affinché si costituiscano certe posizioni giuridiche soggettive”<sup>120</sup>. È il fulcro d'un “orientamento di pensiero, il *realismo giuridico* che raccoglie il complesso di tutte quelle teorie, anche molto diverse l'una dall'altra, che privilegiano l'effettività del diritto e la sua applicazione all'esistente (in termini, soprattutto, di comportamenti e atteggiamenti sociali) a scapito degli eccessi di formalismo e di legalismo che caratterizzano, in particolare, alcune forme di giuspositivismo<sup>121</sup>.

Realismo nella filosofia moderna è una dottrina e una corrente, contrapposta all'idealismo, che riconosce come esistente in sé l'oggetto della conoscenza, indipendentemente dall'attività

---

<sup>114</sup> Si veda una bella pagina su tutto ciò nel romanzo di C. MAGRIS, *Non luogo a procedere*, Garzanti, 2015, p. 50.

<sup>115</sup> Da Balzac (Il colonnello Chabert) agli autori del novecento italiano fra cui spiccano i libri di Tozzi sulla lotta, nella società toscana del primo novecento, per l'appropriazione legale di un bene simbolo: *Il Podere*, Milano, Rizzoli, 1983.

<sup>116</sup> C. MAGRIS, *op. cit.*, p. 51

<sup>117</sup> PLATONE, *La Repubblica*, trad. di E. Ferrai, Firenze, Vallecchi., p. 3-49

<sup>118</sup> P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in *La Crusca*, Firenze, Accademia della Crusca, n. 47, 2013, p. 1 ss.

<sup>119</sup> I. CALVINO, *Lezioni americane, la leggerezza*, Garzanti, 1988, p. 3

<sup>120</sup> Come ad esempio “l'acquisto della personalità giuridica di un nuovo stato, che è connessa non con l'atto di riconoscimento da parte di stati già esistenti, ma con il fatto che un nuovo ente dotato dei caratteri di stato si è effettivamente formato”, Dizionario Treccani, on-line, voce *effettività*.

<sup>121</sup> Dizionario Treccani, *op. cit.*

## JUS CIVILE



conoscitiva e nel linguaggio politico. L'effettività fa perno sulla valutazione delle situazioni reali e degli interessi concreti dell'azione politica, indipendentemente dalle concezioni ideologiche e morali; nella moderna teoria del diritto si oppone al giusnaturalismo e al positivismo giuridico con attenzione alle teorie sociologiche e le teorie giurisprudenziali nella valutazione di comportamenti "improntati ad una obiettiva considerazione delle condizioni e delle situazioni reali, concrete" <sup>122</sup>.

Coincide in parte con quella "fattualità" espressa nel novecento dalle Costituzioni e dal processo di globalizzazione, intesi come inseparabilità fra fatti e diritto determinata da "forze che si radicano nelle strutture profonde di una società" e premono per un adeguamento al diritto, tanto che un "sottostante ordine naturale sociale economico, diviene per sua intrinseca capacità ordine giuridico, congiungendo e saldando la divisione per piani –il sociale, l'economico il giuridico– in una dimensione complessa ma assolutamente unitaria" <sup>123</sup>.

Del resto l'effettività non è un concetto esclusivo delle scienze umane e sociali se è vero che la matematica è prossima a ciò "che siamo disposti a qualificare come reale ed effettivo" a "quel carattere di potenza che i greci avevano assegnato alle sue operazioni semplici. Come l'algoritmo che è un processo necessariamente composto da una sequenza dotata di universalità, determinatezza dei singoli passaggi, ed effettività intesa come capacità di produrre un effetto reale. Sino a quegli "schemi computazionali che sono rimasti immutati dalla geometria greca alla aritmetica mesopotamica fino alle più complesse strategie di cui si avvale oggi il calcolo su grande scala" <sup>124</sup>.

È chiaro quale consapevolezza pone quel termine alla dinamica giuridica. "Conoscere l'esperienza significa porsi all'interno del mondo del diritto e cogliere il momento in cui il pensiero giuridico organizza il suo mondo". In questa comprensione e nella possibilità di cogliere tutti i nessi impliciti ed espliciti di questo ordine in formazione sta "la naturale essenza delle filosofie della giurisprudenza" <sup>125</sup>. La quale concorre alla costruzione dei concetti e degli istituti giuridici in cui il pensiero e la prassi si concreta.

Oggi si va in cerca di un'ontologia sociale <sup>126</sup> che fissa l'essenza delle cose e degli istituti nella loro oggettività ed effettività. E questa riflessione ci riguarda da vicino, non foss'altro perché il contratto, la responsabilità, i diritti sono atti sociali. Non occupano uno spazio fisico e non sono universali, ma appartengono al tempo che contribuiscono ad ordinare. Quale che sia il dato che fonda la costruzione di questa realtà sociale (l'intenzionalità collettiva di Searle o il reticolo

---

<sup>122</sup> Dizionario Treccani, op. loc. cit.

<sup>123</sup> Così in modo limpido P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 34 ss.

<sup>124</sup> P. ZELLINI, *La matematica degli dei e gli algoritmi degli uomini*, Milano, 2016, p. 13 "i primi avvertimenti che sarebbe stato il concetto di algoritmo a ereditare il senso della realtà matematica, cioè di tutto ciò che i matematici avvertono come reale ed effettivo, si registrano già nel primo decennio del Novecento" e, in particolare, p. 48 ss. e 202.

<sup>125</sup> B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1958, p. 3.

<sup>126</sup> J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1996, p. 7, 14 36 ss.; ID., *La razionalità dell'azione*, Milano 2001, p. 57 ss., 91 ss.; ID., *Creare il mondo sociale*, Milano, 2010, p. 53 ss.

## JUS CIVILE



di iscrizioni di Ferraris<sup>127</sup>) certo è che il diritto ordina questa realtà in base ad un testo. Delimitato oggi da regole e principi spesso senza fattispecie. Fra questi ha un ruolo sempre più chiaro l'effettività come espressione che può riferirsi a tutte le situazioni giuridiche analizzate “nel loro concreto atteggiarsi nella realtà”<sup>128</sup>.

La scienza gius-pubblicistica aveva a lungo riflettuto su di un diritto che deve avere valore effettivo e su norme, che pur emanate con procedimento corretto, devono essere “effettivamente vigenti nell'ordinamento”<sup>129</sup>, ma l'elaborazione teorica più significativa si deve ad autori che utilizzano il concetto per riflettere, nella seconda metà del novecento sul rapporto fatto e diritto.

È noto che Kelsen torna costantemente sul tema dell'effettività dell'ordinamento come condizione necessaria, ma non fondamento per la sua validità e legittimità<sup>130</sup>. Ciò consente di “tenere la realtà “dei fatti” al di fuori dei puri confini del diritto” e di affermare una teoria pura dell'ordinamento giuridico statale che trova il suo fondamento di validità su piani diversi. Su una norma ipotetica che attribuisce ai costituenti la creazione del diritto e sul principio di effettività come norma positiva dell'ordinamento internazionale che concede “ai padri della Costituzione la potestà di agire come primi legislatori dello Stato”<sup>131</sup>. In tal modo, pur in difetto di piena coerenza, si esalta il monismo giuridico, ma non si rinuncia mai a ribadire il concetto di effettività che acquista “da allora cittadinanza nella scienza giuridica”<sup>132</sup>. Per una serie di motivi.

Giusnaturalismo e realismo per motivi opposti non utilizzano il principio di effettività. “Il primo per un eccesso di razionalismo (e difetto di realismo) il secondo per eccesso di empirismo (e difetto di idealismo)”. Tale teoria è fatta propria, invece, dalle teorie giuspositiviste di tipo normativistico basate sulla distanza fra fatto e diritto inteso come dover essere<sup>133</sup>. Ma questo ultimo profilo vacilla già in Kelsen che “introduce un elemento di fattualità nel concetto di diritto quando afferma che “le norme giuridiche non sono norme qualsiasi ma norme effettivamente statuite”. Solo in tal modo, si osserva, l'ordinamento ha il carattere della validità e dell'efficacia in quanto ordine complesso ove l'effettività limita la legittimità<sup>134</sup>. Entrambi sono costitutivi del concetto di diritto ma la norma fondamentale che guarda ai fatti effettivi “conferisce valore a quei fatti..(e) il diritto positivo è, perciò, l'unica forma di dover essere oggettivo”<sup>135</sup>.

<sup>127</sup> M. FERRARIS, *Dove sei? Ontologia del telefonino*, Milano, 2005.

<sup>128</sup> SALVIOLI, *L'“effettività” in diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, II, p. 280 ss. e in particolare PIOVANI, *Effettività (principio di)*, *op. cit.*, p. 420 ss.; GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1-2.

<sup>129</sup> V. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad.it., Milano, 1921, p. 70 richiamato da PIOVANI, *Effettività (principio di)*, *op. cit.*, p. 425

<sup>130</sup> KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad.it., Torino, 1956, p. 77 ss.

<sup>131</sup> Così PIOVANI, *Effettività (principio di)*, *op. cit.*, p. 426

<sup>132</sup> PIOVANI, *ult. cit.*, p. 428.

<sup>133</sup> GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, *cit.*, p. 2 ss.

<sup>134</sup> Così, testualmente, GAVAZZI, *op. cit.*, p. 3. perché la prima è condizione in base alla quale solo certo materiale può essere pensato come giuridico la seconda è la condizione primaria per cui un materiale può essere pensato come diritto.

<sup>135</sup> Ancora GAVAZZI, *op. ult. cit.*, p. 4. Resta il dubbio nella filosofia del diritto se il principio di effettività usato da Kelsen consacrò il fatto compiuto, giustifichi la forza, legittimi regimi autoritari. Dubbio che per l'A. non può che essere sciolto positivamente.

# JUS CIVILE



Il principio acquista una qualità diversa nella teoria istituzionale di Santi Romano che ribalta la concezione di Kelsen. Anzitutto osservando che la realtà deve subordinare il concetto e non viceversa. Sicché è diritto solo quello che “avuto la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo” in base ad una “trasformazione del fatto in uno stato giuridico (che) si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali” e “sulla suscettibilità di un nuovo regime ad acquistare la stabilità, a perpetuarsi per un tempo indefinito..a trovare il suo assetto”. Prima di ciò si avranno supremazie o forze che si impongono ma non Stati e ordini “che non possono essere passeggero creazioni..(ma) il risultato di innumerevoli forze e di procedimenti che hanno radici secolari nella storia”<sup>136</sup>, nelle radici profonde di una comunità<sup>137</sup>.

Certo è che, pur nella diversità di posizioni, teoria pura del diritto e istituzionalismo ripropongono l’effettività come un problema di consapevolezza sui modi della conversione del fatto in diritto. Aspirazione antica<sup>138</sup> e ancor più pressante nella scienza giuridica contemporanea che può far tesoro di alcune acquisizioni forti.

“Il principio di effettività non giuridicizza ciecamente qualsiasi situazione: al contrario indaga al fine di accertare se una situazione, per essere fornita di determinati requisiti sia riconoscibile come situazione ordinata in diritto”, il quale non detta le condizioni della conversione del fatto in diritto, ma queste condizioni ci sono. E sono quelle “senza le quali il fatto, per se stesso, non vale, non ha forza”<sup>139</sup>. Il consenso assieme al fatto genera diritto che si impone perché appunto effettivo, riconosciuto come tale da una società e da un ordinamento che la sorregge<sup>140</sup>.

La critica di confondere così fatto e diritto non coglie nel segno per una serie di motivi. Il principio serve a frenare la subordinazione del diritto alla politica richiamando, in ogni singolo problema di vita, la realtà di tutto quanto l’ordinamento che razionalizza il potere del legislatore e conferma la validità delle sue regole. Così “libera il precetto dalla immediata dipendenza dalla volontà del legislatore inserendolo nella “sistematicità” per cui le norme creano, devono creare sistema. L’effettività “esorta il diritto a guardare all’attività degli individui e alle loro quotidiane azioni..le quali manifestano “interessi e bisogni” che l’effettività è tenuta a valutare<sup>141</sup>.

---

<sup>136</sup> ROMANO SANTI, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in *Scritti minori*, a cura di Zanobini, I, Milano, 1950, p. 146.

<sup>137</sup> PIOVANI, *Effettività (principio di)*, *op. cit.*, p. 429.

<sup>138</sup> A. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica*, in *Ann. Macerata*, 1929, p. 393-431, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 247 ss.; CESARINI SFORZA, *Ex facto jus oritur*, in *Studi filosofico-giuridici per G. Del Vecchio*, I, Modena, 1930, p. 86-97.

<sup>139</sup> PIOVANI, *op. cit.*, p. 429.

<sup>140</sup> SANTORO-PASSARELLI, *Considerazioni conclusive*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, cit., p. 1451 ss.; Id., *Quid iuris*, *op. cit.*, p. 25 ss.

<sup>141</sup> Queste considerazioni sono svolte (talora testualmente) in G.Vettori, *Norme, concetti, argomenti*, in *Politeia*, 2016, n.122, p.123 ss e nella voce *effettività delle tutele (dir.priv)* nel volume X degli *Annali dell’Enciclopedia del diritto*, di prossima pubblicazione.

## JUS CIVILE



5. – Insomma l'irruzione nel nostro ordinamento di diritti e principi determina un salto di qualità tale da consentire all'ordinamento di utilizzare mezzi *extra ordinem* che possono consentire di raggiungere alcuni risultati "non seguendo la via ortodossa della fonte", ma attraverso una *materialisierung* che consente di dar rilievo agli interessi materiali non formalizzati che emergono dalle singole fattispecie. Dal contatto sociale alla nullità di protezione all'espansione della responsabilità precontrattuale e aquiliana nella disciplina del contratto, sino alla stessa delimitazione del danno risarcibile. Ciò in base a tutele capaci di attribuire rilievo ad un interesse che la fattispecie non ha saputo indicare in modo pieno. Sicché ci si distacca dalla regola per individuare, tramite il principio di effettività, un interesse degno di tutela. Un piano mobile ed elastico che non ha necessità di modifiche legislative ma trae forza dai principi che regolano il contratto e il processo<sup>142</sup>.

Non solo<sup>143</sup>. La fattispecie appartiene alla politica e va esaminata in un tempo, quello attuale, dominato dall'innovazione e da un'oggettività critica basata da una consapevolezza che si trae dal passato. Nessun sistema può validare se stesso ed occorre oggi una ragione senza dogmi che ponga al centro la persona e la sua tutela da soddisfare "con pienezza ed effettività".

I principi sono norme dotate di un diverso grado di generalità rispetto alla fattispecie. Sono nella definizione di Kant "proposizioni generali, anche desunte per induzione dall'esperienza, che possono servire da premessa maggiore in un sillogismo". Da qui la possibilità di una loro conoscenza e applicazione scientifica, tramite la teoria dell'argomentazione che supera la fragilità del giudice, trascorrendo dal soggetto all'oggetto.

A ciò si deve aggiungere una nomofilachia dall'alto e dal basso valorizzando al massimo una serie di strumenti.

Protocolli e linee guida in materia sostanziale su temi sempre più ampi, dalla famiglia ai contratti, ai diritti reali. Protocolli processuali e indicazioni sul metodo di redigere gli atti processuali. Anche dati fruibili presso ogni Tribunale e presso la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale. La riforma della Cassazione, in parte già attuata<sup>144</sup>, per recuperare una sua funzione di orientamento forte e preventivo. L'utilizzo dell'art. 47 *quater* dell'ordinamento giudiziario per uniformare gli orientamenti nelle corti di merito.

È evidente lo sforzo nuovo, di conoscenza e di metodo che si richiede a tutti gli operatori del diritto.

---

<sup>142</sup> A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 703 ss.

<sup>143</sup> G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 67 ss.

<sup>144</sup> V. L.25 novembre 2016, n.197 che restringe i casi di udienza pubblica con la presenza del PM e delle parti solo in caso "di particolare rilevanza della questione di diritto".



FRANCESCO DONATO BUSNELLI

*Professore emerito di diritto civile – Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa*

## IL DIRITTO DELLA FAMIGLIA DI FRONTE AL PROBLEMA DELLA DIFFICILE INTEGRAZIONE DELLE FONTI

SOMMARIO: 1. Tornare a Messina. Ricordi, sentimenti, messaggi. – 2. Le “architetture costituzionali”: un unicum nel panorama delle Costituzioni europee. – 3. Le prime avvisaglie del processo di disgregazione. – 4. Identità costituzionale della famiglia e diritti fondamentali dell’Unione europea. – 5. La tendenziale antinomia dei relativi principi e il difficile “dialogo delle Corti”. – 6. Nuovi movimenti ideali e spinte evolutive della giurisprudenza: a) “Convivere come coniugi”. – 7. b) “Matrimonio, matrimoni”. – 8. c) “Best interests of the child”. – 9. d) “Diritto alla genitorialità”, “Birth power”, “Freedom of choice”. – 10. Le leggi di riforma: a) la c.d. riforma della filiazione e i problemi ancora aperti. – 11. b) La tutela legislativa dei diritti delle “nuove coppie” e l’idea del “rammendo delle periferie”. – 12. Verso il futuro. Il “rammendo” come strumento di possibile integrazione delle fonti o come primo passo verso il superamento dell’identità costituzionale?

1. – Questo ritorno alla “Casa madre”, che per me è l’Università di Messina, non può non suscitare sentimenti di commozione e di emozione al tempo stesso.

Motivo di commozione è il non vedere più qui i grandi Maestri che ho conosciuto e che sono stati guide fondamentali per la mia formazione.

Emozionante è il ricordo di quando, più di mezzo secolo fa, Orazio Buccisano, carissimo amico e giurista di profonda cultura e di ricca umanità, percorrendo con me le strade di Messina, si fermò di fronte a un’abitazione da cui stava uscendo un giovane appena laureato, e mi disse: “questo è il nostro migliore giovane allievo”.

Vincenzo Scalisi ha continuato a essere il grande allievo dei grandi Maestri.

Ma oggi, in questa giornata di festa (festa della cultura giuridica, festa dell’amicizia), voglio esprimere sentimenti di ammirazione e di speranza.

È vero che la geniale intuizione della continuità e discontinuità del diritto parte dalle memorabili pagine di Salvatore Pugliatti.

È vero che lo sviluppo di teoria generale del diritto magistralmente delineato da Angelo Falzea ci ha condotto dal soggetto ai fatti di sentimento.

Ma è anche vero che uno dei grandi meriti di Vincenzo Scalisi è che egli si è assunto il compito di portare avanti l’itinerario scientifico e culturale di questa Scuola riuscendo mirabilmente a conciliare la convinta fedeltà alle acquisizioni raggiunte con l’esplorazione di nuove frontiere condotta con quella libertà di ricerca che ogni studioso ambisce a coltivare.

Vincenzo ha potuto camminare alle spalle di giganti della scienza giuridica. Ma poi è salito sulle spalle di questi giganti per esplorare il nuovo diritto.

## JUS CIVILE



Questa possibilità è appannaggio delle discipline umanistiche. Non penso che il fisico o il matematico, salendo sulle spalle dei loro predecessori, riescano facilmente a inventare nuovi “prodotti” scientifici. Se invece parliamo di giuristi, questo è possibile.

Vincenzo Scalisi lo ha fatto. È andato a esplorare settori del diritto civile che la Scuola non aveva avuto occasione di approfondire, dall’illecito civile alla famiglia – a quella famiglia di cui parlerò mettendo subito in chiaro che i nostri itinerari di ricerca non sono stati gli stessi, e le soluzioni possono apparire – come forse non sono – diverse.

Certo è comunque che il suo vibrato appello all’assiologia della vita come “necessario criterio di orientamento” e la “postulata essenza personalistica e al tempo stesso comunitaristica del principio-famiglia” valgono a legare intimamente, nella mia coscienza di studioso, la Scuola civilistica messinese da cui anch’io ho attinto le fondamenta della mia formazione (Ugo Natoli, il mio Maestro, era stato allievo, con Angelo Falzea e Vincenzo Trimarchi, di Salvatore Pugliatti) alla sinergia di “diritto e valori” nell’insegnamento di Luigi Mengoni, a cui mi sono ispirato nelle mie più recenti ricerche.

Sono quindi particolarmente grato a Mario Trimarchi per l’affettuoso invito a questo significativo convegno in onore del professor Vincenzo Scalisi “settantenne”: al quale desidero esprimere i sentimenti di un’antica amicizia e rivolgere un messaggio rivolto al futuro.

Caro Vincenzo, il mio è un messaggio di fiducia oltre che – come dicevo – di speranza. Tu puoi consegnare alle nuove generazioni di giuristi (non solo) messinesi un prezioso metodo da te rinverdito e questa tua capacità di coniugare limpidamente *vetera et nova*.

Diritto della famiglia, dunque. Io vi parlerò di “architetture costituzionali”, di frantumi europei, di incursioni giurisprudenziali, di “rammendi” legislativi.

«Havvi un limite a questa disintegrazione della famiglia?»: con questo interrogativo Herbert Spencer concludeva, nelle sue *Istituzioni domestiche*, la rassegna dei regimi familiari dagli aborigeni dell’Australia alle società superiori<sup>1</sup>. Vi si riferisce Paolo Ungari quando, nell’introdurre la sua “*Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*”, si trova a constatare «l’inavvertita persistenza di una immagine sgomenta del doppio assalto mosso dall’individualismo dissolutore e dallo Stato-providenza alla compagine della famiglia»<sup>2</sup>.

L’avvento della Costituzione sembrò annunciare una svolta storica. Per la prima volta il parlamento italiano si cimentò in un compito di edificazione della comunità familiare superando tanto le remore individualistiche veteroliberali quanto l’attrazione pubblicistica di una istituzionalizzazione.

Felice fu l’immagine ideata da Giorgio La Pira nel suo “discorso” pronunciato all’Assemblea costituente l’11 marzo 1947: occorre porre mano alla edificazione della famiglia come «pietra murata in conformità all’architettura» muovendo «dall’articolo che governa l’architettonica di tutto l’edificio»; quello che, «nello sfondo di questo tipo pluralista di costituzione», guarda ai

<sup>1</sup> H. SPENCER, *Istituzioni domestiche*, trad. di F. Federici-F. Tocco, Palermo 1897.

<sup>2</sup> P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia (1796-1942)*, Bologna 1970, p. 9.

# JUS CIVILE



«diritti delle persone e delle formazioni sociali».

Palmiro Togliatti, che prese la parola subito dopo, introdusse il suo “discorso” dichiarando di avere «ascoltato con appassionato interesse l’onorevole La Pira» e di averne apprezzato «il contributo molto efficace per scoprire ... quale è la via per la quale noi siamo arrivati a questo tipo di Costituzione ... e a quella unità che ci ha permesso di dettare queste formulazioni»; e tenne a sottolineare che «nella concezione della dignità della persona umana come fondamento dei diritti dell’uomo ... vi è un punto di confluenza della nostra corrente, socialista e comunista, con la corrente solidaristica cristiana»: una «nuova concezione, non individualistica né atomistica, ma fondata sul principio della solidarietà».

«Signori, se questa confluenza ... volete qualificarla come “compromesso”, fatelo pure – soggiunse Togliatti –; per me si tratta di qualcosa di molto più nobile ed elevato, della ricerca di quella unità che è necessaria per fare la Costituzione ... non dell’una o dell’altra ideologia. Noi vogliamo una Costituzione la quale guardi verso l’avvenire».

2. – Le “architetture costituzionali” parevano destinate a durare nel tempo: lo pensavano anche coloro che ne denunciavano «la mancanza di qualsiasi stile» (come Piero Calamandrei, che tuttavia vi riconosceva «l’impegno di tutto un popolo») o chi lamentava che «non ci hanno dato grande aiuto i giuristi» (come lo stesso Togliatti, che tuttavia non mancava di rilevare come «la realtà negli ultimi anni si è staccata dalla nostra vecchia scuola costituzionale»).

La “pietra” della famiglia sembra “murata” nell’intimo raccordo tra il disegno normativo (più che il “modello”, come si suole dire) edificato dalla triade degli artt. 29-31 e il principio fondamentale dell’art. 2, vero “governo” della relativa “architettura”<sup>3</sup>. Non sempre viene messo in evidenza che questo impegno di edificazione costituzionale della famiglia rappresenta un *unicum* nel panorama delle Costituzioni europee promulgate dopo la tragedia della seconda guerra mondiale. Vi si avvicina, non andando peraltro oltre un generico riferimento alla “particolare tutela” riservata al matrimonio e alla famiglia da parte dell’ordinamento statale (art. 6, comma 1), la quasi coeva Legge fondamentale tedesca. Un’ideologia che sembra precorrere un nuovo indirizzo individualistico trasparente, a distanza di tempo, nella Costituzione spagnola del 1978 che, nel tutelare “diritti e libertà” individuali (Cap. II del Titolo primo) e nell’enunciare i “diritti e doveri dei cittadini” (Sez. II), si preoccupa unicamente di sancire il diritto dell’uomo e della donna di “contrarre matrimoni con piena eguaglianza giuridica” (art. 323, comma 1), per poi (comma 2) rinviare alla legge, «che regolerà le forme di matrimonio, l’età e la capacità per contrarlo, i diritti e doveri dei coniugi, le cause di separazione e di scioglimento e i loro effetti».

---

<sup>3</sup> Dal complesso di tali disposizioni – osserva M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano 1984, p. 56, che vi aggiunge opportunamente gli artt. 34, comma 4, 36 e 37, comma 1 – si ricava un complessivo disegno di tutela e promozione di una realtà sociale sicuramente privilegiata nella sua “formazione” e nell’“adempimento dei compiti relativi”.

# JUS CIVILE



Agnostica, nel frattempo, risulta la Costituzione francese del 1958, che non si occupa né del matrimonio né della famiglia ma si limita a prevedere una riserva di legge per la disciplina dei “regimi matrimoniali” (art. 34).

3. – Eppure il processo di disintegrazione della famiglia non si è arrestato. Le previsioni, o meglio le aspettative dei padri della Costituzione, anche dei più riottosi (Calamandrei concluse il suo “discorso” affermando che «questa è una Costituzione destinata a durare»), sono andate deluse. La circostanza che la costituzionalizzazione italiana della famiglia ha rappresentato un *unicum* in Europa si è rivelata un elemento di debolezza, anziché di spinta propulsiva; non è divenuta un esempio da segnalare, ma ha favorito un progressivo isolamento.

Il processo di disintegrazione ha dunque assunto ben presto il carattere di una manomissione interpretativa delle strutture portanti delle architetture costituzionali della famiglia.

Si è assistito al (del resto, prevedibile) risveglio delle contrapposte ideologie messe a tacere dai lavori della Costituente: le quali, sapientemente veicolate dai giuristi di professione, hanno agevolmente fatto leva, nell’una e nell’altra direzione, sui punti di snodo del disegno normativo costituzionale che, isolatamente considerati, non riescono a nascondere le inevitabili ambiguità del compromesso: un compromesso la cui formulazione risente oltre tutto della circostanza di essere stata “scritta da più persone in corso [d’opera]” (il rilievo è di Benedetto Croce) e per di più non potendo contare su “un aiuto efficace” dei giuristi (così, Togliatti, cit.).

È immediatamente comparsa un’ideologia restauratrice, legata ai dogmi del giusnaturalismo e/o retaggio di un laicismo autoritario. Essa ha indotto a considerare il riferimento alla “unità familiare” (art. 29) come un implicito riconoscimento di un “interesse superiore familiare”<sup>4</sup>; a confessare «(senza fare esempi, per non attirare sul nostro capo le ire delle correnti femministe) che l’attuale concetto della famiglia sia ancora fondato sulla, seppur attenuata, ragionevole autorità maritale»<sup>5</sup>; a interpretare il riconoscimento dei “diritti della famiglia” come una riproposizione aggiornata della vecchia tesi della famiglia quale ente autonomo, titolare di diritti propri e dotato di una personalità di tipo speciale “giuridicamente più limitata, ma socialmente più elevata”<sup>6</sup>.

Questi conati di restaurazione, palesemente frutto di una forzatura interpretativa, non sono

---

<sup>4</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive agli artt. 24-28 legge di riforma*, in *Comm. rif. dir. fam.*, diretto da L. CARRARO-G. OPPO-A. TRABUCCHI, I, 2, Padova 1977, p. 239.

<sup>5</sup> T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell’art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 228.

<sup>6</sup> U. MAJELLO, *Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*, Napoli 1965, p. 14. Ma, per un’evoluzione del pensiero dell’autore, ID., *Relazione introduttiva in Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un convegno di studi (Napoli, 14-15 dicembre 1973)*, Napoli 1975, p. 8, ove si giunge alla conclusione che “un discorso proficuo ... non può prescindere dalla consapevolezza della storicità e della relatività della nozione di famiglia”.

## JUS CIVILE



durati a lungo<sup>7</sup>; hanno ben presto ceduto il passo a un riaffacciarsi di quell'individualismo disolvitore avvertito da Paolo Ungari, che tenderà ad assumere nel tempo le rinnovate vesti di un «soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo»<sup>8</sup>.

Si è scritto che la rilevanza giuridica della famiglia, definita dall'art. 29 come «società naturale», dovrebbe intendersi in termini (non di comunità, ma) di «rapporto costituito per un interesse immediato e individuale dei suoi membri nel rispetto di una logica «spontaneistica» nella triplice fase della sua costituzione, del regolamento e dell'estinzione»<sup>9</sup>.

Il riferimento alla «società naturale fondata sul matrimonio», già criticato da Calamandrei in sede di assemblea costituente come una «ingenuità», viene ora tacciato di aporia<sup>10</sup> e liquidato come un ossimoro<sup>11</sup>, i cui termini si annullerebbero a vicenda così da vanificare l'efficacia pre-cettiva della norma.

Si propone, infine, di «rivedere il rapporto tra l'art. 29 e l'art. 30, 1° co.» muovendo «da una lettura degli artt. 29-31 Cost., per cui il «bene» del rapporto educativo genitore-figlio appaia relativamente sciolto dal modello della famiglia coniugale»<sup>12</sup>.

Queste manipolazioni interpretative non vanno oltre l'ingegnoso ricorso ad argomentazioni volte a ingenerare dubbi sul rigore tecnico-giuridico, sulla univocità e sulla intima coerenza del disegno normativo costituzionale: ciò vale, nell'ordine, per il mancato utilizzo di un concetto formale (il «rapporto») ritenuto l'unico tecnicamente appropriato per esaltare, in termini di

---

<sup>7</sup> L'andamento sinusoidale delle sentenze della Corte costituzionale, dapprima «inaccettabilmente» schierate a difesa dell'«ordinamento giuridico prerепubblicano» e, a partire dal 1970, sempre più ispirate a una «tendenza evolutiva» è documentato da P. BARILE, *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, cit., p. 37 ss.

<sup>8</sup> Prendendo spunto dal noto caso *Perruche* e dal c.d. «diritto di non nascere», Olivier CAYLA contrappone alla «scelta politica e filosofica antimoderna» della dignità della persona umana «il soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo»: O. CAYLA (e Y. THOMAS), *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, trad. di L. COLOMBO, *Considerazioni introduttive di F.D. Busnelli*, Milano 2004, p. 40. Al «soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo» (nei cui confronti sarebbe «dichiaratamente ostile un certo modo di concepire la dignità umana») si richiama, in motivazione, Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754 che si è occupata di un analogo caso di c.d. «nascita malformata». Per ulteriori dettagli v. F.D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della cassazione sul danno da «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1519 ss.

<sup>9</sup> G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano 1979, p. 60 ss. Il profilo del «rapporto», inteso come «fulcro gravitazionale» che dal matrimonio trascorre alla famiglia, è stato di recente sviluppato e considerato come punto di convergenza con «l'impostazione pluralista e funzionale alla base delle più recenti prese di posizione delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo» in un'ampia e approfondita ricostruzione de «*Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*» (in *Riv. dir. civ.*, 2013, *Parte prima*, p. 1051 ss., e *Parte seconda*, p. 1307 ss.) tracciata da V. SCALISI, il quale non esita a concludere che «è qui nel rapporto, il nuovo principio di rilevanza e il criterio stesso di legittimazione e qualificazione giuridica della formazione-sociale famiglia» (p. 1061).

<sup>10</sup> L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2010, p. 1109.

<sup>11</sup> R. BIN, *La famiglia: alle radici di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1066.

<sup>12</sup> P. ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in M. DE CRISTOFARO-A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano 1980, p. 26 s.

# JUS CIVILE



“spontaneismo”, la “naturalità” della famiglia<sup>13</sup>; per l’ingeneroso travisamento di un obiettivo univoco quanto elementare – istituzionalizzare una nozione universale – ravvisandovi, con feroce immaginazione, «un equivalente legislativo delle scale di Escher»<sup>14</sup>; per l’opinabile proposta di scissione interpretativa tra le norme sulle quali è stato edificato il disegno normativo costituzionale<sup>15</sup>.

Quando, tuttavia, si passa dalle semplici manipolazioni interpretative a un più o meno criptico smantellamento del dettato normativo la disintegrazione della famiglia, spogliata del suo ancoraggio istituzionale, appare nella sua drammatica nudità.

Il percorso in questione, così come può essere ricostruito a distanza di tempo, è irto di sovrapposizioni e di fraintendimenti nel privilegiare «una posizione laica tendente a collocare le previsioni normative in una prospettiva per così dire storicistica»<sup>16</sup>. Se ne coglie il punto di avvio nel 1963, in un modesto saggio in cui si attribuisce apoditticamente al legislatore costituzionale, là dove riconosce la famiglia come società naturale, l’intento di porre «una norma in bianco, rinviando alla concezione della famiglia nel momento storico in cui la norma è destinata a operare»<sup>17</sup> ma – aggiungendo sorprendentemente – sempre a condizione che “il suo atto costitutivo debba essere il matrimonio ... con i connotati essenziali che ci derivano dalla nostra civiltà”<sup>18</sup>. Questa interpretazione, arbitraria quanto contraddittoria, è ripresa – ma, ora, con esclusivo riferimento alla prima asserzione – in un’autorevole voce di enciclopedia, ove categoricamente si sostiene, senza alcun condizionamento, che «in ogni caso non può attribuirsi all’espressione “società naturale” un valore diverso da quello che compete alla espressione “formazione sociale” in ragione del tipo di società che si considera e del grado di evoluzione raggiunto»<sup>19</sup>. Un ulteriore sviluppo di questa “interpretazione storicista dell’art. 29” si ha nel più accreditato Com-

---

<sup>13</sup> G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 62. Per una stringente critica di «una sistematica che privilegia il profilo del rapporto e soprattutto il modello dello “spontaneo atteggiarsi delle relazioni familiari” nella stessa sistemazione dell’istituto-famiglia legittima» v. M. PARADISO, *La comunità familiare*, cit., p. 88 s.

<sup>14</sup> R. BIN, *La famiglia*, cit., p. 1066 s. Sferzante è la critica di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà, illusioni, passatempo)*, in *F. it.*, 2010, c. 1702, nt. 1: «Non è divertente discutere della struttura ossimorica dell’art. 29. Chi pensa che famiglia e matrimonio siano termini antitetici, dovrebbe chiarire in quali condizioni di tempo e di spazio la famiglia è stata mai intesa come un qualunque “stare insieme”, precario o stabile, e il matrimonio una formalità burocratica».

<sup>15</sup> «Non v’è dubbio» – la replica è di M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 10 – «che il legame tra famiglia matrimoniale e filiazione emerga con tutta chiarezza dal combinato disposto degli artt. 29 e 30, commi 1 e 3, Cost., che contribuiscono a disegnare l’unico tipo di famiglia legale espressamente contemplato dal costituente, che è quello fondato sul matrimonio». Su altro piano si pone la constatazione che «l’ormai raggiunta “normalità” sociale della convivenza senza matrimonio ha travolto, nel comune sentire, ... il legame strettissimo tra matrimonio e procreazione» (L. LENTI, *La sedicente riforma della procreazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 201).

<sup>16</sup> M. BESSONE-G. ALPA-A. D’ANGELO-G. FERRANDO-M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto: principi costituzionali, riforme legislative, orientamenti della giurisprudenza*, quinta ed., Bologna 2002, p. 16 s.

<sup>17</sup> T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell’art. 29 della Costituzione*, cit., p. 225.

<sup>18</sup> T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi*, cit., p. 226. E v. *retro*, nt. 5.

<sup>19</sup> P. BARCELLONA, *Famiglia (Dir. civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 782.

# JUS CIVILE



mentario della Costituzione, ove si tiene a puntualizzare che essa «deve precisarsi nel modo indicato dall'art. 2, là dove ruolo delle formazioni sociali e tutela dei diritti individuali dei singoli si presentano con caratteri che escludono qualsiasi astrazione dal concreto delle singole esperienze di vita familiare»<sup>20</sup>.

4. – Si giunge così all'esplicita «esclusione di una lettura originalista dell'art. 29»<sup>21</sup> – con l'inevitabile rottura del nesso costituzionale, altrettanto “originalista”, con le norme degli artt. 30 e 31 –; e si propone di sostituire ad essa «un'interpretazione in senso individualistico attraverso il collegamento col principio fondamentale dell'art. 2», sorvolando sul «limite del dovere di solidarietà, imposto dallo stesso art. 2 – ammonisce Luigi Mengoni – come criterio di responsabilizzazione del singolo per il benessere degli altri membri della formazione sociale, *in primis* la famiglia, in cui si svolge la sua personalità»<sup>22</sup>.

Il disegno costituzionale – e il conseguente «formale riconoscimento della superiore dignità del matrimonio e del ruolo istituzionale della famiglia»<sup>23</sup>, pur prefigurato come tale dal ricordato Commentario – cede il passo all'intento di «costruire un diritto laico, secolarizzato, che garantisca i diritti di tutti nel rispetto delle diverse concezioni che accompagnano la vita, la sessualità, la procreazione»<sup>24</sup>.

«L'ideologia del matrimonio viene sconfitta dalla fenomenologia delle unioni che si radica nella realtà da cui trae consenso e legittimazione sociale»; e «si volge lo sguardo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ci parla ormai di una polisemia degli stessi termini “sposarsi” e “famiglia”, prima strettamente associati»<sup>25</sup>.

A Bruxelles è cambiato il vento. Dal nuovo continente soffia, ormai, impetuoso il veto dell'individualismo e del liberalismo<sup>26</sup>.

Con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE [di qui in avanti, Carta di Nizza] si va, dunque, verso una vera e propria disarticolazione della disciplina della famiglia in una pluralità di profili normativi *individuali* (artt. 7, 9, 24, comma 1) o *rapportuali* (art. 24, comma 3), ai quali finisce con il riferirsi necessariamente la generica “protezione della famiglia” (art. 33, comma 1), aven-

---

<sup>20</sup> M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione (Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Art. 29-31)*, Bologna-Roma 1977, p. 22; e v. p. 13, nt. 20, ove si considerano “esemplari in materia le enunciazioni di principio sviluppate da T. Mancini”.

<sup>21</sup> G. FERRANDO, *Matrimonio same-sex: Corte di cassazione e giudici di merito a confronto*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 918.

<sup>22</sup> L. MENGONI, *Diritto di famiglia*, in P. GROSSI (a cura di), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano 1977, p. 37.

<sup>23</sup> M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione*, cit., p. 2.

<sup>24</sup> G. FERRANDO, *Manuale di diritto di famiglia*, Roma-Bari 2005, p. 4.

<sup>25</sup> S. RODOTÀ, *Presentazione*, in F. GRILLINI-M.R. MARELLA (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, Napoli, 2001, p. XIV.

<sup>26</sup> Per un più ampio svolgimento del tema, cfr. F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 287 ss.

## JUS CIVILE



te in particolare l'obiettivo (specificato in rubrica) di favorire una conciliazione tra "vita familiare" e "vita professionale" di ciascuno. La famiglia, che chiunque e comunque ha diritto di fondare con chiunque (art. 9), assume le sembianze di una semplice modalità della vita privata; e la vita privata, a sua volta, deve essere *rispettata*, come espressione della *privacy* (art. 7).

Cala il silenzio sul piano etico dei doveri e delle responsabilità personali; si offusca, in definitiva, l'immagine – per usare un'espressione cara a Pietro Rescigno – della famiglia come *comunità*<sup>27</sup>. Vi si sostituisce la cosiddetta "ideologia della neutralità"<sup>28</sup>, fondata sulla «ritenuta equivalenza di tutti i valori a dispetto del loro ordinamento gerarchico in Costituzione»<sup>29</sup>: una ideologia icasticamente ridefinita da Luigi Mengoni come "ideologia dell'indifferenziato", volta a «collocare sul medesimo piano, con una qualificazione giuridica analoga, altre forme del rapporto di coppia, siano forme o tipi di matrimonio diversi da quello del codice civile ..., siano forme di unione libera»<sup>30</sup>.

5. – Al livello delle fonti legislative del diritto della famiglia, non può dunque non registrarsi una tendenziale antinomia dei relativi principi<sup>31</sup> – come dire, Costituzione italiana *versus* Carta di Nizza –, che rende problematico il pur imprescindibile obiettivo dell'integrazione.

Il problema risulta complicato da un «atteggiamento agnostico, per assenza di un progetto identitario ... di un sostenibile modello 'europeo' di famiglia, di entrambe le Corti, di Strasburgo e Lussemburgo»: un atteggiamento agnostico – osserva persuasivamente Vincenzo Scalisi – «molto verosimilmente da imputare alla preoccupazione di garantire i diritti fondamentali anche in ambito familiare piuttosto che la famiglia in quanto tale»<sup>32</sup>.

Un'ulteriore complicazione deriva, infine, dalla circostanza che la soluzione del problema è stata a lungo affidata, anche dalle nostre Corti, a una tendenziale inversione di indirizzi interpretativi. Anziché muovere dalla norme dell'ordinamento nazionale, per saggiarne la compatibilità con i principi (*recte*, diritti fondamentali individuali) tutelati dalle Carte europee, in considerazione della circostanza che la materia familiare non è oggetto di diretta competenza dell'Unione, si è venuta progressivamente affermando una sovraordinazione apicale dei secondi ritenuti idealmente più idonei a stare al passo con l'evoluzione della realtà sociale rispetto alle prime, pur ancora vigenti ma destinate in prospettiva a soccombere. In sintesi, «la ponderazione tra ra-

---

<sup>27</sup> «In cima ai gruppi, con un crescere d'intensità e di intimità della coesione sociale, sta la comunità familiare»: P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna 1966, p. 51; ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino 2000, p. 11.

<sup>28</sup> U. MATTEI, *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *G. it.*, 1994, IV, c. 9.

<sup>29</sup> Il rilievo è di A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano 2013, p. 45.

<sup>30</sup> L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamento*, in E.W. VOLONTÉ (a cura di), *La famiglia alle soglie del III millennio*, Lugano 1996, p. 60 ss.

<sup>31</sup> A. RENDA, *Il matrimonio civile*, cit., p. 406.

<sup>32</sup> V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., *Parte seconda*, p. 1310 s.

## JUS CIVILE



gioni del diritto interno e ragioni del diritto UE conduce a preferire queste ultime, anche qualora le ragioni di diritto interno abbiano rango costituzionale. Con una sola eccezione: quella dei «contro limiti»<sup>33</sup>.

Di una simile tendenza è espressione ardita quanto, in definitiva, inconcludente una sentenza “innovativa” della Corte di Cassazione<sup>34</sup> che, nell’allinearsi all’indirizzo sancito dalla Corte costituzionale<sup>35</sup> circa la non trascrivibilità nell’ordinamento italiano di un matrimonio omosessuale validamente contratto all’estero da cittadini italiani, e nell’aprirsi nel contempo a un serrato dialogo con la decisione immediatamente successiva della Corte europea dei diritti dell’uomo (di qui in avanti Corte EDU) – che aveva sancito la dignità europea del matrimonio omosessuale ai sensi dell’art. 9 della Carta di Nizza<sup>36</sup> – ha inteso lanciare un segnale simbolico volto a precisare – «attraverso un espediente linguistico/dommatico tanto astuto quanto fragile»<sup>37</sup>, e comunque “di non facile interpretazione”<sup>38</sup> – che tale matrimonio non può dirsi “inesistente” ma andrebbe qualificato come (semplicemente) improduttivo di effetti nell’ordinamento italiano o, ancora più sottilmente, come «potenzialmente ma attualmente inefficace in quanto tale (per l’impossibilità di riconoscere lo *status* di soggetto coniugato), ma efficace *in parte qua*»<sup>39</sup>, per l’asserito diritto dei componenti la coppia omosessuale ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata in presenza di “specifiche situazioni”. Di “una catalogazione squisitamente dogmatica” ha parlato, al riguardo, il Consiglio di Stato che, pur uniformandosi espressamente al *decisum* della Corte di Cassazione, ha inteso controbattere, con plausibile argomentazione, che “si tratta di atto radicalmente invalido (cioè nullo)”, aggiungendo polemicamente che «non appare, in definitiva, configurabile, allo stato del diritto convenzionale europeo e sovranazionale, nonché della sua esegesi ad opera delle Corti istituzionalmente inca-

---

<sup>33</sup> P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015, p. 172 s.

<sup>34</sup> Cass. 15 marzo 2012, n. 4184, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, I, p. 588 ss., con Nota di commento di D. FERRARI-D. FIORATO, *Lo status giuridico delle coppie omosessuali*.

<sup>35</sup> C. cost. 15 aprile 2010, n. 138, in *F. it.*, 2010, I, n. 138, c. 1361 ss., con note di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio* (c. 1367 ss.) e di F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* (c. 1369 ss.). V. più avanti n. 7.

<sup>36</sup> Corte EDU 24 giugno 2010 (*Schalk and Kopf c Austria*), in *Nuova g. civ. comm.*, 2010, p. 1137 ss., con nota di commento di M.M. WINKLER, *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo* (p. 1148). Ma «la Corte ribadisce di non doversi spingere a sostituire l’opinione delle autorità nazionali con la propria, dato che esse si trovano in una posizione migliore per valutare e rispondere alle esigenze della società».

<sup>37</sup> C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *R. crit. d. priv.*, 2015, p. 33, secondo cui «non si riesce invero a immaginare l’inefficacia di un atto esistente e non invalido, per il quale non sussiste (più) un impedimento di ordine pubblico alla ricezione nel nostro ordinamento».

<sup>38</sup> E. BERGAMINI, *Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all’estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, II, p. 469. In realtà, l’interpretazione non è difficile: la Supr. Corte mostra di voler chiudere il ‘triangolo’, «entrando in dialogo sia con la Corte costituzionale sia con la Corte di Strasburgo» (S. NINATTI, *Ai confini dell’identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino 2012, p. 83 s.).

<sup>39</sup> C. CAMARDI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 34.



ricate della loro interpretazione, un diritto fondamentale della persona al matrimonio omosessuale, sicché il divieto dell'ordinamento nazionale di equiparazione di quest'ultimo a quello eterosessuale non può giudicarsi confliggente con i vincoli contratti dall'Italia a livello europeo o internazionale»<sup>40</sup>.

Il non sempre lineare sviluppo degli orientamenti giurisprudenziali non ha comunque impedito, di fronte al protrarsi del silenzio del legislatore, di riconoscere alla nostra giurisprudenza il ruolo di fonte ideale per affrontare e risolvere i “casi clinici” prospettati dalla “fattualità” – adottato qui il termine coniato da Paolo Grossi – offerta dal “basso della società”<sup>41</sup>, traendone nuovi principi in grado di avvicinarci sempre più all'Europa.

Teatro di queste incursioni giurisprudenziali – per lo più equilibrate nel *decisum*, talvolta inutilmente ideologizzate (v. *retro*, nt. 34), spesso affascinate dalle nuove “formule magiche”<sup>42</sup>, ma sempre esercizio supplente di politica del diritto – sono stati importanti movimenti ideali che hanno segnato i tratti salienti del recente evolversi della società verso «il modello della cosiddetta famiglia postmoderna d'impronta individualistica»<sup>43</sup>. Il disegno normativo della Costituzione, nel prevedere un nucleo istituzionale, non si estendeva ad essi, ma non ne ostacolava certamente l'annessione da parte del legislatore<sup>44</sup>: mirava a istituzionalizzare “l'isola grande”<sup>45</sup>, non escludeva “l'arcipelago”. Le singole norme in cui si frantuma la disciplina della famiglia nella Carta di Nizza si ispirano (soprattutto) a questi movimenti, ma rifuggono da qualsiasi impianto sistematico; in ultima analisi, mirano a “confermare la realtà sociologica attraverso la duplicazione pura e semplice della stessa”<sup>46</sup>.

6. – “*Convivere come coniugi*”. Questo è il primo movimento di (nuove) idee con il quale la giurisprudenza si è confrontata nell'affrontare una casistica, per così dire, “vergine”, così da assumere, con la soluzione dei “casi clinici”, il ruolo di fonte di un “diritto vivente”.

La novità del tema non era sfuggita agli “*Occhiali del giurista*” con cui Arturo Carlo Jemolo

---

<sup>40</sup> Cons. St. 26 ottobre 2015, n. 4897, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, p. 397 ss., con nota di F. AZZARRI, *Diritti fondamentali e stato civile: il caso delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero*.

<sup>41</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, p. 10.

<sup>42</sup> “Formula magica” era definita, fin dagli anni 60 del secolo scorso, l'ambigua espressione di un “interesse superiore del minore” da Jean CARBONNIER, *Droit civil, I. 2, La famille, les incapacités*, Paris 1969. Di “parole magiche, come si suol dire ogni volta che, operando un salto semantico, le parole vengono usate per designare cose di cui non sono capaci”, parla C. CASTRONOVO per esprimere dubbi sulla “sovraesposizione”, di “salute come diritto costituzionalmente garantito” e di “autodeterminazione”, che darebbe luogo «all'abbaglio di considerare agguagliabili sul piano del fatto ... la fecondazione omologa e quella eterologa» («*Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*»), in *Europa dir. priv.*, 1914, p. 1121 e 1125.

<sup>43</sup> V. POCAR-P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari 2008, p. 47.

<sup>44</sup> Insiste sul punto M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit., 2014, p. 7 ss. E v. anche, più in generale, V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., *Parte prima*, p. 1052 s.

<sup>45</sup> F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 529.

<sup>46</sup> L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del consiglio d'Europa*, cit., p. 60.

## JUS CIVILE



scrutava la giurisprudenza<sup>47</sup>. Era l'anno 1965. La Corte di Cassazione, presieduta da Andrea Torrente, aveva da poco impresso una svolta all'interpretazione dell'art. 2034, affermando in termini generali la rilevanza dei “doveri morali e sociali” derivanti dalla convivenza *more uxorio*. Ma Jemolo già intravedeva una serie di “altre questioni” ed esprimeva l'opinione che «lentamente debba in ogni campo venire innanzi il rilievo giuridico a dare a queste convivenze che rappresentano una realtà: disconoscerle – questo era il monito – darebbe luogo a soluzioni ripugnanti alla coscienza»<sup>48</sup>.

La giurisprudenza non deluse questa attesa; e, mentre la dottrina era impegnata nel dividersi sui vari modi di qualificare la c.d. famiglia di fatto (equiparazione alla famiglia legittima<sup>49</sup>; confluenza *de iure condendo* in un unico statuto delle coppie conviventi ispirato a un modello specificamente “giusfamiliare”<sup>50</sup>; contrapposizione alla famiglia legittima come famiglia “frutto dell'autonomia privata”<sup>51</sup>), essa ha proseguito, sia pur tra persistenti oscillazioni e incertezze, nel portare avanti una significativa linea evolutiva in relazione ai più rilevanti ordini di problemi che si sono manifestati nella prassi sino a dar vita in alcuni settori a veri e propri casi-guida, così da scrivere nel complesso una bella pagina di diritto giurisprudenziale. Nel commentare il diritto della famiglia uscito dalla riforma del 1975, se ne dovette tenere conto; e il Commentario Cedam fu completato da una “appendice” dedicata, appunto, a “*La famiglia di fatto*”: nella quale si segnalava l'attitudine della giurisprudenza a delineare, con la necessaria ponderazione, un sistema di regole idonee a rispecchiare la specifica “valenza giusfamiliare” delle convivenze senza cadere in apriorismi o forzature<sup>52</sup>.

La riforma del 1975, «pur non contenendo alcun riferimento esplicito alla famiglia di fatto, venne ad accelerare tale evoluzione di idee», facendo «emergere, nella rinnovata normativa, un diverso modello familiare, aperto e comunitario, ... rispetto ai vincoli formali». È la Corte di Cassazione a ricordare a distanza di tempo quella svolta storica e a constatarne l'ulteriore sviluppo giungendo a «rinvenire una possibile garanzia per la famiglia di fatto, quale formazione sociale in cui si svolge la personalità dell'individuo ai sensi dell'art. 2 Cost., nella stessa Corte costituzionale»<sup>53</sup>: la quale, peraltro, pur riconoscendo che la convivenza «costituisce un rapporto ... comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale», aveva tenuto a ribadire il principio che ciò «non autorizza la perdita dei contorni caratteristici delle due figure collocandole in una visione unificante secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe con-

---

<sup>47</sup> A.C. JEMOLO, *Convivere come coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 398 ss.

<sup>48</sup> A.C. JEMOLO, *Convivere come coniugi*, cit., p. 408.

<sup>49</sup> F. PROSPERI, *La famiglia “non fondata” sul matrimonio*, Napoli, 1980, p. 90 ss.

<sup>50</sup> E. ROPPO, *La famiglia senza il matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1980, p. 754 ss.

<sup>51</sup> F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano 1983, p. 37 ss.

<sup>52</sup> F.D. BUSNELLI-M. SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Commentario al dir. it. della famiglia*, diretto da G. CIANG. OPPO-A. TRABUCCHI, tomo sesto, I, p. 755 ss.

<sup>53</sup> Cass. 11 agosto 2011, n. 17195, in *F. it.*, 2012, I, c. 1447, con nota di G. DE MARZO.

## JUS CIVILE



notazioni identiche a quelle nascenti dal rapporto matrimoniale, sicché le due situazioni in sostanza differirebbero soltanto per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo»<sup>54</sup>.

7. – Il tema – e il problema – dei “rapporti omoaffettivi” è stato fino a pochi anni fa il grande assente nella cultura giuridica italiana. Jemolo, che abbiamo visto attento all’evolversi della realtà sociale, non esitava ad affermare che «l’unico presupposto veramente costante nel matrimonio sta nella diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo»<sup>55</sup>. Non vi è quindi da stupirsi se la Costituzione italiana ha disegnato la “famiglia naturale” fondandola su un matrimonio inequivocabilmente eterosessuale. Sorprende, piuttosto, il silenzio in argomento di un noto manuale su “*La famiglia nel nuovo diritto*”, giunto nel 2002 alla quinta edizione, che mostra di riferire *sic et simpliciter* «il dettato costituzionale che estende ancor più i diritti della donna-moglie, dal momento che assicura non solo l’eguaglianza giuridica, ma anche l’eguaglianza morale»<sup>56</sup>. Alle unioni omosessuali dedica, invece, un cenno un altro testo dello stesso periodo (dedicato a “*Famiglia e ordinamento civile*”) per riconoscere che «un simile fenomeno non pare possa essere reputato *contra legem*, fermo restando tuttavia che non sembra potersi andare, nei suoi confronti, al di là di un atteggiamento di indifferenza dell’ordinamento»<sup>57</sup>.

Il risveglio della dottrina può farsi risalire all’inizio di questo secolo, quando vengono pubblicati i risultati di due ricerche in argomento aperte alla comparazione. E mentre una di esse (*Matrimonio, matrimoni*, 2000) è presentata, da Maurizio Lupoi, con uno sguardo nostalgico al «matrimonio occidentale [che] perde le proprie radici e i propri rami e con una certa diffidenza per l’idea che ciò che fanno tutti gli altri sia buono»<sup>58</sup>, la presentazione dell’altra (*Stare insieme*, 2001) ad opera di Stefano Rodotà guarda con fiducia a un’Europa che «ha voltato pagina: siamo di fronte – questa è l’idea centrale – a mutamenti culturali profondi, che hanno progressivamente dissolto il riferimento comune ad un unico modello matrimoniale»<sup>59</sup>.

Il tema – e il problema – tende dunque a spostarsi dalla “famiglia”, fondata (o meno) sul matrimonio, alla “coppia” – “parlare di ‘coppia’ rinvia alla realtà delle persone”<sup>60</sup> –; e si concentra nel confronto tra coppie eterosessuali e coppie dello stesso sesso per evidenziare – a pari intensità del rapporto affettivo – i profili di discriminazione, in relazione all’orientamento sessuale,

---

<sup>54</sup> C. cost. 8 maggio 2009, n. 140, in *F. it.*, 2010, I, c. 798, con nota di R. ROMBOLI.

<sup>55</sup> A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, vol. terzo, tomo primo, fasc. 1, Torino 1952, p. 3.

<sup>56</sup> M. BESSONE-G. ALPA-A. D’ANGELO-G. FERRANDO-M.R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, cit., p. 17.

<sup>57</sup> E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 1999, p. 32 s.

<sup>58</sup> M. LUPOI, *Presentazione*, in F. BRUNETTA D’USSEAU-A. D’ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimoni*, Milano 2000, p. XII s.

<sup>59</sup> S. RODOTÀ, *Presentazione*, cit., p. XIV.

<sup>60</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, Roma-Bari 2015, p. 78.

## JUS CIVILE



tra le persone che formano le coppie del primo tipo, a cui si riferisce il matrimonio previsto dalla Costituzione, e le persone che formano le coppie del secondo tipo, dimenticate al livello dell'irrelevanza giuridica.

E mentre la dottrina prevalente si è disinvoltamente spostata, per risolvere il problema, sulla sponda presidiata dalla Carta di Nizza (e fortemente “raccomandata” dalla Corte EDU, che non manca di elencare gli ordinamenti che hanno esteso il matrimonio alla coppia dello stesso sesso), prendendosi gioco del «monopolio eterosessuale del matrimonio»<sup>61</sup> e del «fascino (eterno?) della tradizione»<sup>62</sup>, la giurisprudenza, consapevole di navigare tra Scilla (la Costituzione italiana, presa sul serio) e Cariddi (la Carta di Nizza, doverosamente considerata) e tuttavia chiamata a risolvere casi (davvero) “clinici”, è meritoriamente riuscita a proseguire nella sua rotta all'insegna dell'equilibrio tra *nova et vetera*.

La Corte costituzionale, togliendo anzitutto i rapporti omoaffettivi dal dimenticatoio dell'irrelevanza giuridica, ha riconosciuto loro la dignità di formazioni sociali ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 Cost.<sup>63</sup> e ha “cancellato”, con dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982, il c.d. “divorzio imposto” ai coniugi in caso di cambiamento di sesso di uno di essi “consentendo, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata”<sup>64</sup>. E la Corte di Cassazione, protraendosi l'inerzia del legislatore, ha deciso che il vincolo matrimoniale doveva «proseguire, con conservazione ai coniugi del riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al matrimonio»<sup>65</sup> *en attendant* ... un intervento del legislatore.

Nel riconoscere alle «unioni omosessuali, intese come stabili convivenze tra due persone dello stesso sesso, il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone ... il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>66</sup>, la Corte costituzionale aveva già prima demandato al legislatore di determinare “tempi, modi e limiti” di tale riconoscimento (che – ha avuto modo di aggiungere cinque anni dopo la Corte di Cassazione<sup>67</sup> – «determina la necessità di un tempestivo intervento legislativo»). Ma «si deve escludere, tuttavia,

---

<sup>61</sup> A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>62</sup> R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2010, II, p. 527 ss.

<sup>63</sup> C. cost. 15 aprile 2010, n. 138, cit.

<sup>64</sup> C. cost. 11 giugno 2014, n. 170, in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 1139 ss., con nota di commento di A. LORENZETTI-A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans* (p. 1152 ss.).

<sup>65</sup> Cass. 21 aprile 2015, n. 8097, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 777 ss., con nota di commento di M. AZZALINI, *Dal “divorzio imposto” al matrimonio “risolutivamente condizionato”: le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale* (p. 780 ss.).

<sup>66</sup> C. cost. 15 aprile 2010, n. 138, cit.

<sup>67</sup> Cass. 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 649, con nota di commento di T. AULETTA, *Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso* (p. 654 ss.).



che l'aspirazione a tale riconoscimento – così ha concluso la Corte costituzionale – possa essere realizzata *soltanto* attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio».

La motivazione di questa sentenza della Corte costituzionale è risultata al tempo stesso innovativa ma fragile; e come tale è stata accolta da un coro di critiche provenienti dai sempre più diffusi sostenitori del “matrimonio omosessuale”.

Si legge in tale motivazione che «i costituenti tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942»<sup>68</sup>, consentendo alla critica di parlare dell'assurdità di una Costituzione interpretata «secondo le norme del Codice civile del 1942 (anzi, per questa parte, del 1939)»<sup>69</sup>. Non è così: com'è noto, la disciplina codicistica della famiglia è stata drasticamente riformata sotto il decisivo influsso della Costituzione, e gli articoli ora sorprendentemente sottoposti al giudizio di legittimità sono tutte norme a suo tempo passate indenni – a differenza di altre: una per tutte: l'originario art. 144 – al vaglio costituzionale; sì che, in ultima analisi, se una critica di metodo può essere mossa, essa avrebbe dovuto rivolgersi alle Corti rimettenti che avevano sollevato una questione di legittimità costituzionale mostrando di dubitare della conformità ai principi fondamentali di norme del codice conformate a norme costituzionali dedicate ai «rapporti etico-sociali»<sup>70</sup>.

Si allude, altresì, in motivazione «alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio» quale criterio che «vale a differenziarlo dall'unione omosessuale»; ma si trascura di sviluppare le profonde ragioni in virtù delle quali «non è casuale che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli», così da lasciare nell'ombra la complessità dei fattori che alimentano la differenza che intercorre tra i componenti una “coppia” omosessuale e “i membri della famiglia” ipotizzati dal disegno normativo degli artt. 29 – 31 Cost.<sup>71</sup>.

Sembra tuttavia potersi concludere che, in ogni caso, la fragilità delle argomentazioni adottate non infirma la conclusione raggiunta: «la censurata normativa del codice civile ... trova fondamento nell'art. 29 Cost. e non dà luogo a una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ed è questa la conclusione a cui giunge anche chi, in dottrina, spogliandosi dalle proprie ideologie per guardare in

---

<sup>68</sup> «La Corte implicitamente indica che questa è la ragione della decisione, ma la tiene nascosta dietro la condizione sociale della donna all'epoca del codice civile del 1942». Invece – osserva M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)*, cit., c. 1704 – «la “vera” *ratio decidendi* è questa e la Corte ne trova conferma nel secondo comma dell'art. 29».

<sup>69</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., p. 105 s.

<sup>70</sup> Per un riferimento alla Costituzione come “chiave di lettura per le disposizioni codicistiche” e come criterio atto a evitare “il pericolo di una interpretazione invertita delle fonti” v. da ultimo N. GIMELLI, *Il matrimonio e la rilevanza del fattore sessuale nella Costituzione italiana*, in *R. giur. sarda*, 2016, p. 17.

<sup>71</sup> «L'alleanza di individui che non si somigliano, ma che si accettano nella diversità e si obbligano all'eguaglianza morale e giuridica, dà luogo a un'autonomia sconosciuta in altre unioni». «Forse – conclude M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà, illusioni, passatempo)*, cit., c. 1704 s. – «la stessa Corte costituzionale ha qualche volta ceduto alle capacità seduttive della libertà individuale di autodeterminazione».

## JUS CIVILE



modo rispettoso alla Carta costituzionale, non può non interpretarla nel senso che – come non esita a riconoscere autorevolmente un giurista al di fuori di ogni sospetto – «il rapporto di tipo omosessuale non ha certamente nulla a che fare con la tutela costituzionale di cui all’art. 29 (e tanto meno con i profili connessi in tema di tutela della filiazione)»<sup>72</sup>.

8. – “*Best interests of the child*”. È questa la nuova “formula magica” che, provenendo dalla tradizione (anglo)americana ha conquistato l’Europa (continentale), ed ha assunto il ruolo di «principio perentorio, in tutte le leggi, in tutte le sentenze»: «*du nord a paru souvent venir la lumière*». Questa è la constatazione e, al tempo stesso, lo scetticismo icasticamente espresso, alla fine del secolo scorso, da Jean Carbonnier<sup>73</sup>.

A questa fascinazione non si è sottratta la nostra giurisprudenza, giungendo in alcune decisioni a «sostenere con leggerezza, peraltro con l’appoggio della dottrina, che nel bilanciamento con diritti fondamentali di altri soggetti quelli del minore debbano prevalere sempre e comunque»<sup>74</sup>.

Ma questa conclusione è davvero inoppugnabile?

Torniamo a Carbonnier: il nuovo principio appare «*péremptoire*»; ma la nozione «*n’est pas définie*»<sup>75</sup>. Nel corso del tempo, ha assunto significati diversi, ed è «divenuto ambiguo»<sup>76</sup>.

Il recente libro di Elisabetta Lamarque ne tratteggia efficacemente la storia. Nella tradizione anglo-americana il principio nacque all’insegna di un indirizzo ispirato alla *protection*: «il paradigma dei *best interests* implicava che a compiere le scelte non sia il minore stesso, bensì un altro soggetto», il *care-giver*<sup>77</sup>. Vi si è venuto contrapponendo, specie negli Stati Uniti, il principio dei *children rights*, che «esalta i tratti dell’indipendenza e dell’autonomia individuale del *rights-bearer*»<sup>78</sup> e delle relative pretese. Il divario dalla concezione europea continentale dei diritti dei minori, fondata «sul principio della dignità, da intendersi come esteso a tutte le persone umane, e quindi agli stessi minori di età», appare evidente: «un abisso li separa da punto di vista concettuale»<sup>79</sup>.

Una svolta storica si ha nel 1989 con la Convenzione di New York *sui diritti del fanciullo*. È questo il primo documento internazionale che fa espresso riferimento ai *best interests of the*

---

<sup>72</sup> N. Lipari, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza (Note a margine di un iter legislativo)*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 2007, p. 1033. Nello stesso senso L. BALESTRA, *Laicità e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 26 s.

<sup>73</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Mayenne 1996, p. 231, 269.

<sup>74</sup> Il rilievo critico è di E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016, p. 84.

<sup>75</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit*, cit., p. 231.

<sup>76</sup> L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 93.

<sup>77</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 52 ss.

<sup>78</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 42.

<sup>79</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 46.

# JUS CIVILE



*child*; ma lo fa con l'obiettivo di inventare una sorta di *passepourtout* che, sforzandosi di «ignorare l'alternativa *aut rights aut protection*» e di superare in modo «ancora più radicale i confini della tradizione angloamericana», consenta di giungere a un «principio polivalente, che ne fa un abito buono per tutte stagioni e per tutte le occasioni»<sup>80</sup>. Le ambiguità concettuali che ne conseguono sono accentuate dalla vistosa differenza tra il testo inglese della Convenzione (art. 3, comma 1), che riserva ai «*CHILD'S BEST INTERESTS ... A PRIMARY CONSIDERATION*», e la traduzione francese che impone all'interprete di attribuire a «*L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT ... UNE CONSIDÉRATION PRIMORDIALE*».

È quest'ultima, paradossalmente, la formulazione accolta nella versione italiana della Convenzione e, successivamente, della Carta di Nizza<sup>81</sup>. Sembra quasi che il legislatore italiano, posto nell'alternativa tra una disposizione europea *soft* e una *hard*, abbia consapevolmente (?) scelto per il proprio ordinamento quest'ultima così da accentuare il distacco dai principi della nostra Costituzione; e che «proprio l'idea della “superiorità”, o della “preminenza”, dell'interesse del minore o dei minori abbia determinato lo straordinario successo dello *slogan* presso gli operatori del diritto italiani»<sup>82</sup>.

Significativo è stato il mutamento di passo impresso dalla Corte costituzionale. Se nel 1988 un'ordinanza<sup>83</sup> aveva ritenuto «*ictu oculi* priva di qualsiasi fondamento» la questione di legittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., contemplante l'automatica perdita della “patria potestà” da parte del genitore condannato per un delitto “contro lo stato di famiglia” (artt. 566-568), appena venticinque anni dopo la Consulta è tornata sui suoi passi, prendendo atto che «nell'ordinamento internazionale è principio acquisito che in ogni atto comunque riguardante un minore deve tenersi presente il suo interesse, considerato preminente»<sup>84</sup>, e menzionando al riguardo le «Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su “una giustizia a misura di minore”», che raccomandano agli Stati membri di «garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, *davanti ad ogni altra considerazione*, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o che li riguardano»<sup>85</sup>. Un intervento

---

<sup>80</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 62 ss.

<sup>81</sup> Art. 3, comma 1 della Convenzione: «In tutte le decisioni relative ai minori ... L'INTERESSE SUPERIORE DEL FANCIULLO DEVE ESSERE UNA CONSIDERAZIONE PREMINENTE».

Art. 24, comma 2 della Carta di Nizza: «In tutti gli atti relativi ai minori ... L'INTERESSE SUPERIORE DEL FANCIULLO DEVE ESSERE CONSIDERATO PREMINENTE».

<sup>82</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini*, cit., p. 79.

<sup>83</sup> C. cost. 23 giugno 1988, in *F. it.*, 1989, I., c. 2033.

<sup>84</sup> C. cost. 23 febbraio 2012, n. 31, in *F. it.*, 2012, I., c. 1996 ss., con nota di R. ROMBOLI.

<sup>85</sup> C. cost. 23 gennaio 2013, n. 7, in *Dir. Pen. Contemporaneo*, 28 gennaio 2013, con Nota di V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto”*

## JUS CIVILE



pubblico a tutela dell'interesse superiore del minore non può peraltro mai conseguire automaticamente dalla condanna di un genitore reo di un delitto “contro la famiglia”. Questa è la chiave di volta del *revirement*: si impone comunque e in ogni caso «una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all'accertamento giudiziale sul reato null'altro che il valore di “indice” per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà»<sup>86</sup>.

Il principio dei *best interests*, riciclato come interesse superiore del minore, «assurge a *clausola generale*, a contenuto *vago e indeterminato*<sup>87</sup>», dal carattere «fortemente eversivo nel caso, tutt'altro che raro, ... di conflitto con il principio di legalità: applicarla può infatti facilmente portare a mantenere in vita situazioni di fatto consolidate, formatesi in conseguenza della condotta illegale di un adulto; nei fatti, dunque, a premiare tale condotta»<sup>88</sup>.

Vicende recenti sembrano confermare questo “piano inclinato”.

Un concetto di ordine pubblico necessariamente «declinato con riferimento all'interesse del minore» e un'idea di famiglia fondata «non tanto sul piano dei *partners* ma con riferimento alla posizione, allo *status* e alla tutela del figlio» sono alla base di un decreto della Corte d'Appello di Torino<sup>89</sup> secondo cui «corrisponde al preminente interesse del minore» il riconoscimento dello *status filiationis* in capo al minore stesso «che risulti figlio di due madri secondo i registri di stato spagnoli». Alle «linee ispiratrici ... della giurisprudenza della Corte EDU, sviluppatasi nell'ultimo decennio intorno al contenuto e alla preminenza del “*best interest*” del minore *anche rispetto all'interesse pubblico degli Stati*», si è espressamente richiamata la Corte di Cassazione<sup>90</sup> nel confermare una decisione della Corte d'Appello di Roma, che aveva accolto la domanda di adozione di una minore – ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), l. n. 184/1983, – promossa da una *partner* stabilmente convivente con la madre della stessa, nonostante la mancanza di una situazione di abbandono (e di una conseguente «impossibilità di affidamento preadottivo»), ma direttamente in considerazione dei «legami affettivi sviluppatasi» con la proponente, non esitando così a stravolgere il significato originario del dettato normativo per il perseguimento di un obiettivo ritenuto in fatto meritevole di tutela prioritaria<sup>91</sup>.

Ma, a questo punto, non vi sarebbe più «alcuna ragione per ritenere contrario all'ordine pubblico un provvedimento straniero che abbia statuito un rapporto di adozione piena tra una per-

---

(art. 17, comma 1, cost.).

<sup>86</sup> C. cost. 23 gennaio 2013, n. 7, cit.

<sup>87</sup> R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli 2013, p. 158, 167 ss.

<sup>88</sup> L. LENTI, *Note critiche*, cit., p. 87.

<sup>89</sup> App. Torino 29 ottobre 2014, in *G. it.*, 2015, c. 1344 ss., con nota di F. CRISTIANI, *Trascrizione di filiazione accertata all'estero nell'ambito di un matrimonio omosessuale*.

<sup>90</sup> Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135 ss., con l'Opinione di G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner* (II, p. 1213 ss.).

<sup>91</sup> “In tal modo la legge diviene un lenzuolo bianco su cui il giudice può poi scrivere a suo piacimento la regola del caso concreto, sempre giustificata dall'interesse del minore”: così P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Dove finirà l'embrione se il piano si inclina ancora?*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, II, p. 148.



sona non coniugata e il figlio riconosciuto del *partner*, anche dello stesso sesso»: così ha deciso la Corte d'Appello di Milano, «una volta valutato in concreto ... l'interesse superiore del minore al mantenimento della vita familiare costruita con entrambe le figure genitoriali», e richiamando in particolare le sentenze in cui la Corte EDU ha riconosciuto «la sussistenza di una vita familiare tra il minore e figure genitoriali nelle ipotesi di maternità “surrogate” non consentite dagli ordinamenti nazionali»<sup>92</sup> (salvo ad omettere, vistosamente, di menzionare il contrario indirizzo della nostra Corte di Cassazione: v. più avanti, nta 95).

Ma è proprio a questo punto, forse, che il “piano inclinato” potrebbe arrestare la sua corsa, pur sospinta di recente da «una non sporadica giurisprudenza di merito» che è venuta esprimendo un orientamento favorevole alla trascrivibilità dell'atto di nascita straniero di bambini nati da maternità di sostituzione, a testimonianza di «un'attenzione per così dire “multilivello” al tema» e di un riferimento «ai principi di rango costituzionale, tra cui spicca quello del *best interest of the child*»<sup>93</sup>.

È noto che la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità del divieto di ricorso alla procreazione assistita di tipo eterologo (art. 4, comma 3, l. n. 4/2004), ha in un inciso tenuto a far salva la «perdurante validità ed efficacia» del divieto sancito dall'art. 12, comma 6, di detta legge in merito alla “surrogazione di maternità”<sup>94</sup>. E la Corte di Cassazione è stata categorica nel reagire alla “sporadica giurisprudenza” appena menzionata affermando che l'interesse del minore «si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale piuttosto che al semplice accordo delle parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico», e nel ribadire che «si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto»<sup>95</sup>.

Come è tuttavia altrettanto noto, è di pochi mesi successivi una sentenza della Corte EDU<sup>96</sup> che, posta di fronte alla decisione di un caso analogo, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione, considerando illegittima la sottrazione del minore alla coppia dei “genitori sociali” con i quali si era protratta la convivenza per un lasso di tempo giudicato sufficiente per l'instaurarsi di un legame affettivo.

---

<sup>92</sup> App. Milano 16 ottobre 2015, in *Fam. e d.*, 2016, p. 271 ss., con nota di Tommaseo.

<sup>93</sup> M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili e coppie “same sex”*. *La genitorialità negata come problema giuridico*, in *R. crit. d. priv.*, 2015, p. 266 ss.

<sup>94</sup> C. cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 815, con nota di commento di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa* (II, p. 393 ss.).

<sup>95</sup> Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di A. Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore*.

<sup>96</sup> Corte EDU 27 gennaio 2015, ric. 25358/12 (*Paradiso e Campanelli c. Italia*). La decisione definitiva del caso è comunque rimessa alla Grande Camera, presso la quale attualmente (agosto 2016) pende il ricorso presentato dal governo italiano.



Quale può essere l'esito di questo conflitto?

9. – La tendenziale antinomia delle fonti legislative (*retro*, n. 5), che contraddistingue in modo peculiare il diritto della famiglia sfocia, qui, in una particolare «tensione fra tradizioni giuridiche: tradotto nel linguaggio proprio del diritto dell'Unione europea tale tensione viene a identificare la dialettica esistente fra identità costituzionali nazionali e identità costituzionale europea (*in fieri*)»<sup>97</sup>.

La clausola generale di tutela dei *best interests of the child*, vera e propria “icona” di quest'ultima identità, di per sé *confusa e ambigua*, rivela a questo punto un profilo sconcertante: quello di servire da immagine pietosa e irresistibile, e al tempo stesso da complemento inesorabile e vincente, di uno dei più inquietanti nuovi “dogmi”: il c.d. diritto alla genitorialità<sup>98</sup>, che si esprime in una libera «autodeterminazione procreativa»<sup>99</sup>.

Il nuovo assetto di interessi che ne consegue, fondato su un rapporto tra interessi individuali – l'interesse alla genitorialità e l'interesse alla protezione e al *well being*, tendenzialmente complementari – è inevitabilmente antitetico rispetto alla concezione costituzionale che pone al centro del nostro ordinamento la famiglia come “società naturale”, affidando ai genitori «il dovere e diritto di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio» fermo restando che «in caso di loro incapacità la legge provvede a che siano assolti i loro compiti».

In dottrina, alle cosiddette “tesi originaliste” – così sono chiamate, con un malcelato senso di degnazione, quelle rimaste fedeli ai principi costituzionali – si sono venute contrapponendo le

---

<sup>97</sup> S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 147 s.

<sup>98</sup> È, questo, uno dei punti più deboli (e fuorvianti: v. nota seguente) della sentenza della Corte costituzionale che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto di ne di un principio generale secondo cui «il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico in applicazione di principi costituzionali» e ricorso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo sancito dall'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004. Argomentare – come si evince dalla motivazione – dalla disciplina dell'adozione l'enucleazione di un principio generale secondo cui “il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico in applicazione di principi costituzionali” e proclamare conseguentemente «la libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori» (C. cost. 10 giugno 2014, n. 162, cit.) significa “dimenticare” il concetto di “genitorialità” postulato dall'art. 30 Cost. (C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo “falso” della Corte costituzionale*, cit., p. 1123) e aprire paradossalmente la stura alla configurabilità di “un diritto di diventare genitori pur senza poterlo essere” (A. RENDA, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 420), e in prospettiva alla configurazione di una generica categoria di “genitori sociali”.

<sup>99</sup> «Il riconoscimento di un'autodeterminazione procreativa senza limiti può arrivare a configurare fattispecie più o meno mascherate di *baby selling*, come dimostra la decisione della cassazione n. 24001/2014 ... Ma il suo esplicarsi negli accordi di maternità surrogata trova ambiti d'applicazione difficilmente arginabili, né ciò appare necessario e auspicabile in considerazione degli interessi coinvolti»: così M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo “status”*, in *R. crit. d. priv.*, 2015, p. 641, 645, che argomenta in tal senso dalla sentenza n. 162/2014, cit., «ove i giudici affermano esplicitamente che altresì la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo ‘mira a favorire la vita’ che, in mancanza di tale tecnica, non verrebbe in esistenza».

# JUS CIVILE



«tesi (che potremmo chiamare) sovversive»<sup>100</sup>, tese a ricostruire sulle macerie dei “frantumi europei di famiglia” un nuovo ordine, affascinato dai «principi del liberalismo individualistico di matrice anglosassone» che governano l’approdo al «diritto tutelato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo»<sup>101</sup>.

L’allineamento «al soggettivismo della cultura oggi dominante», capace di «capovolgere regole imperanti nel passato»<sup>102</sup>, sembra ormai traguardo ampiamente condiviso anche tra i giuristi italiani delle nuove generazioni.

«I tre pilastri dell’ordine giuridico» enunciati da Jean Carbonnier a conclusione del suo “*Flessibile diritto*”<sup>103</sup> sono rimasti in ove il grande giurista-sociologo ha da sempre rivelato la sua passione per il diritto»<sup>104</sup>. Vi hanno fatto incursione gli altri due “pilastri”: “contratto” e “proprietà”.

La «genitorialità conseguita tramite maternità di sostituzione»<sup>105</sup> (questa due, a quanto pare. È scomparsa la “famiglia” della tradizione, proprio «la materia è l’espressione che meglio nasconde la crudezza della “surrogazione” e la volgarità dell’“affitto d’utero”») ne è lo scenario esemplare.

Una genitorialità che si materializza in un contratto è, per un verso, prassi dirompente nei confronti della regola codicistica (confermata dalla c.d. “riforma” del 2012: più avanti, n. 10) della maternità identificata dal parto; e, per altro verso, è fenomeno che, soppiantando progressivamente l’istituto dell’adozione – introdotto dalla legge del 1983 come unica forma di genitorialità “sostitutiva” – apre a un «processo di riarticolazione dei modelli di costituzione dei rapporti familiari» che induce «a ripensare complessivamente la disciplina del fenomeno procreativo»<sup>106</sup>.

Il diritto alla genitorialità diviene “*birth power*”<sup>107</sup>, in una logica dominicale che legittima il relativo titolare a disporre del suo diritto come “committente” (qualifica che nel codice civile si salda con quella di “padrone” nella prospettiva della responsabilità civile) dando vita a un rapporto contrattuale suscettibile di sfociare in «un libero mercato della procreazione»<sup>108</sup>, nel cui

---

<sup>100</sup> Di «diritti individuali fondamentali riconosciuti nelle Carte europee [chiamati a] operare in modo “sovversivo” rispetto alla logica della famiglia» parla C. CAMARDI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 8.

<sup>101</sup> L. LENTI, *L’interesse del minore*, cit., p. 150.

<sup>102</sup> L. LENTI, *Note critiche*, cit., p. 109.

<sup>103</sup> J. CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, a cura e con un saggio di A. DE VITA, Milano 1997, p. 191 ss.

<sup>104</sup> A. DE VITA, *Presentazione. A colloquio con Jean Carbonnier: passione e levità nel sentimento del diritto*, cit., p. XVI.

<sup>105</sup> M.C. VENUTI, *Coppie sterili o infertili*, cit., p. 277.

<sup>106</sup> F. CAGGIA, *Il linguaggio del “nuovo” diritto di filiazione*, in *R. crit. d. priv.*, 2015, p. 250 s.

<sup>107</sup> Fece scalpore, a suo tempo, il volumetto, stimolante quanto provocatorio, di Carmel SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano 1992. L’edizione originaria in lingua inglese è del 1989.

<sup>108</sup> C. SHALEV, *Nascere per contratto*, cit., p. 148, la quale inneggia a un mercato «capace di sfidare ... il mantenimento della posizione di inferiorità economica della donna». Diversa è l’idea di mercato che emerge dal più recente

## JUS CIVILE



contesto il “commesso” (rectius, qui, la “commessa”) si rende disponibile (o viene costretta) a rinunciare alla propria dignità di persona.

«*Freedom of choice, and indeed contractual liberty*» – commenta Cass Sunstein<sup>109</sup> – sono la fedele espressione, in questo campo, del «principio generale della neutralità» inteso come “opposizione al paternalismo” dello Stato: «*surrogacy arrangements are acceptable for the same reason that Roe is right*» (ma il costituzionalista della Harvard Law School tiene a distinguere tra aborto e maternità surrogata: «*there is no inconsistency in simultaneous approval of the abortion right and rejection of surrogacy arrangements*»).

Non è facile contrastare l’onda lunga di «una civiltà post-moderna avvezza a trasporre il desiderio a diritto soggettivo ed incline alla frustrazione ogni volta che la trasposizione non riesce»<sup>110</sup> contrapponendovi i pur significativi principi di un ordinamento – il nostro – che «è tra i pochi in Europa ad essere dotato di una Costituzione non agnostica in tema di famiglia»<sup>111</sup>.

La recente vicenda, al momento non ancora definitivamente conclusa (retro, nt. 94) che ha visto contrapporsi radicalmente le rationes decidendi della Corte EDU e della nostra Corte di Cassazione in ordine alla soluzione di casi simili di “maternità surrogata” (retro, n. 8, in fine) evidenzia chiaramente che il tanto auspicato “dialogo delle Corti” è, almeno in materia di dinamiche familiari, un dialogo tra sordi.

Vero è che la Corte EDU, confermando la sua «scarsa confidenza con il fenomeno del costituzionalismo»<sup>112</sup>, mostra nella sua ultima decisione in argomento<sup>113</sup> di ignorare i principi del nostro ordinamento su cui è fondata la peculiare concezione costituzionale della famiglia e della filiazione (artt. 29, 30 e 31 Cost.), un *unicum* nel panorama delle Costituzioni europee (retro, n. 2), che si riverbera sul modo, altrettanto peculiare, di intendere la tutela del «*diritto del minore ad una famiglia*» (l. n. 184/1983).

Ma è anche vero che la nostra Corte di Cassazione, nella contrapposta decisione<sup>114</sup>, (così come in precedenza la Corte costituzionale, non a caso accusata di aver “dimenticato” l’art. 30

---

libro di Mary WARNOCK, *Fare bambini. Esiste un diritto ad avere figli? Introduzione* di M. Mori (Torino, 2004. L’edizione originaria in lingua inglese è del 2002). La presidente del Comitato che ha pubblicato il celebre “*Warnock Report*” confessa che «nessuno più di me è contrario all’idea di agenzie a fini di lucro per la gravidanza surrogata». Ma, osservando l’atteggiamento generale negli Stati Uniti, prende atto che «se c’è un mercato per una pratica come la gravidanza surrogata, allora ciò dimostra che questo è quel che la gente vuole e che è perfettamente ragionevole soddisfare la domanda. È un buon modo di fare soldi come qualsiasi altro “mercato di nicchia”. Il fatto che ci siano persone cui non piace l’idea di noleggiare madri surrogate è del tutto irrilevante: nessuno è costretto a diventare una madre surrogata né ad utilizzarne una» (p. 82 s.).

<sup>109</sup> C.R. SUNSTEIN, *Neutrality in constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion and Surrogacy)*, in 92 *Columbia L. Rev.*, p. 2, 44 ss. (1992).

<sup>110</sup> A. RENDA, *La surrogazione di maternità*, cit., p. 453 s.

<sup>111</sup> A. RENDA, *La surrogazione di maternità*, cit., p. 440.

<sup>112</sup> A. RENDA, *La surrogazione di maternità*, cit., *ibidem*.

<sup>113</sup> Corte EDU 27 gennaio 2015, cit.

<sup>114</sup> Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, cit.

## JUS CIVILE



Cost.<sup>115</sup>), non fa leva in termini sufficientemente perentori (e con la necessaria consapevolezza che «ai sensi del diritto dell'Unione europea la materia famiglia è una competenza esclusiva interna, e la sua disciplina appartiene alle istituzioni nazionali»<sup>116</sup>) su questo *unicum*, di per sé suscettibile di essere assunto a punto di riferimento per reclamare, sull'esempio della Corte costituzionale tedesca, «la competenza dell'*Identitätskontrolle*, ossia la verifica della potenziale violazione dell'identità costituzionale da parte di atti comunitari»<sup>117</sup>.

Ma «la barriera giurisprudenziale è sufficientemente alta»? O non sarebbe «preferibile una scelta normativa organica e ponderata»?<sup>118</sup>.

**10.** – Il legislatore, tanto atteso, ha rinunciato in partenza all'obiettivo di una riforma del diritto della famiglia in grado di affrontare organicamente il problema della difficile integrazione delle fonti, ma ha scaglionato il suo intervento in due frammenti normativi, invertendo l'ordine tradizionale che procede dalla famiglia alla filiazione.

L'inversione, forse condizionata dai noti contrasti parlamentari, non è nondimeno casuale.

La l. n. 219/2012, recante formalmente «*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*» ma diretta in realtà a introdurre nel codice civile il nuovo «*stato giuridico della filiazione*» all'insegna dell'unificazione, appare mosso dall'intento di introdurre «una vera e propria rivoluzione del modo tradizionale di concepire i rapporti familiari e, dunque, la famiglia».

Palese risulta la “dipendenza” dai principi europei: «il nostro ordinamento appare con ciò essersi sostanzialmente conformato alla ... Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»<sup>119</sup>.

L'obiettivo non è stato peraltro perseguito con rigorosa coerenza: sorprendenti riproposizioni di categorie vetero-dogmatiche, specifiche (e consapevoli?) conferme di norme del codice legate alla, avversata, concezione tradizionale della famiglia, ma anche altrettanto sorprendenti rinunce a istituti di *civil law* di sperimentata funzionalità contribuiscono, nel loro insieme, a dare della legge, pur «salutata con entusiasmo e soddisfazione dai primi commentatori»<sup>120</sup>, un'immagine confusa e ambigua.

Sorprendente è, anzitutto, la rubrica del nuovo art. 315, ossia del primo articolo introdotto dalla legge nel codice civile: «Stato giuridico della filiazione». La conferma di una categoria –

---

<sup>115</sup> C. cost. 10 giugno 2014, n. 162, cit. Diversa, e ferma nel difendere «l'interpretazione dinamica che dovrebbe essere conferita all'art. 29 Cost. (e più in generale alle disposizioni costituzionali relative ai diritti fondamentali)» – così S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 77 ss. – risulta la strategia argomentativa prescelta da C. cost. n. 138/2010 (su cui v. *retro*, n. 7).

<sup>116</sup> S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 49.

<sup>117</sup> S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 156.

<sup>118</sup> S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., p. 157.

<sup>119</sup> Così F. PROSPERI, *Unicità dello status filiationis e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in C. CECHELLA-M. PALADINI (a cura di), *La riforma della filiazione. La legge 10 dicembre 2012, n. 219*, Pisa, 2013, p. 32 s.

<sup>120</sup> Il rilievo è di G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, p. 782 ss.

## JUS CIVILE



lo *status* –, considerata ormai in dottrina “espediente tecnico neutrale”<sup>121</sup>, sembra paradossalmente la scelta meno adatta a conseguire il superamento della pluralità degli stati di figlio in un concetto davvero più alto e unificante: che non può essere lo stesso status per tutti, ma deve essere per tutti il principio di pari dignità personale e di non discriminazione per le “condizioni personali e sociali” (art. 3, comma 1, Cost.), e specificamente – come precisa la Carta di Nizza all’art. 21 – per la “nascita”<sup>122</sup>.

«In realtà, lo stato dei figli – è stato osservato<sup>123</sup> – non è stato unificato». Certo, non si parla più di stati, bensì di “denominazioni”, ma poco cambia: permane, piaccia o non piaccia, la distinzione tra «figli nati nel matrimonio» e «figli nati fuori dal matrimonio», sia pure limitatamente «alle disposizioni a essi specificamente relative» (art. 2, comma 1, lett. a).

La formula dell’art. 315 – «*tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*» – è dunque, nella sostanza, una formula mentitoria, o quanto meno riduttiva.

Ciò non vuol dire, beninteso, che questa distinzione sia da condannare. Anzi, essa appare rispettosa del dettato costituzionale, che all’art. 30, comma 3, si riferisce espressamente alla tutela dei “figli nati fuori dal matrimonio” per presidiarne il margine di compatibilità con “i diritti dei membri della famiglia legittima”, mediante «un accorgimento tecnico adeguato a presiedere al trattamento del conflitto di lealtà ingenerato dalla fattispecie presupposta dalla norma costituzionale»<sup>124</sup>. È però in vistosa contraddizione con l’obiettivo “rivoluzionario” proclamato «con gran squilli di trombe e rulli di tamburi, amplificati dalla stampa di grande informazione»<sup>125</sup>.

Altrettanto sorprendente, se non sconcertante, appare per altro verso il progressivo accantonamento, nella rinnovata rubrica del Titolo IX del Libro primo, dell’istituto della potestà genitoriale, ridotto dalla legge a mero presupposto del nuovo istituto della “responsabilità genitoriale” per essere poi sostituito senz’altro (e con dubbia legittimazione<sup>126</sup>) da quest’ultimo con il d. legis. n. 154/2013<sup>127</sup>: nella cui “*Relazione illustrativa*” si legge che la sostituzione è stata apportata in ragione della “ormai superata nozione di potestà genitoriale” e «in considerazione dell’evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli».

È, questo, un maldestro e fuorviante fraintendimento della norma in cui la Convenzione di

---

<sup>121</sup> F. CAGGIA, *Il linguaggio del “nuovo” diritto della filiazione*, cit., p. 248.

<sup>122</sup> Esempio in tal senso è l’art. 6, comma 5, della Legge fondamentale tedesca: “Ai figli naturali sono garantite per legge le stesse condizioni per il loro sviluppo fisico e spirituale e per la loro posizione nella società che spettano ai figli legittimi”.

<sup>123</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, cit., p. 207.

<sup>124</sup> A. RENDA, *Equiparazione o unificazione degli status filiationis? Proposte per una riforma del sistema di accertamento della filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 111.

<sup>125</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 202.

<sup>126</sup> Il rilievo è di G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, cit., p. 785 s.

<sup>127</sup> L’occasione per il mutamento è data dal Reg. CE n. 2001/2003, che contempla una «(elastica e atecnica) nozione europea di responsabilità genitoriale, di matrice essenzialmente internazionalprivatistica» (G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità*, cit., p. 191 s.).

## JUS CIVILE



New York *sui diritti del fanciullo* sancisce «la responsabilità, il diritto e il dovere dei genitori» (art. 5). Ma è, forse, più semplicemente un richiamo irresistibile, quanto inconferente, alla clausola generale dei *best interests of the child*, in ragione della quale – aggiunge sconsideratamente la menzionata Relazione – «i rapporti genitori-figli non devono più essere considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori»<sup>128</sup>.

In realtà, la nozione di “potestà genitoriale”, disinvoltamente soppressa all’ultimo momento, è ancora indispensabile, per l’interprete chiamato ad applicare le nuove norme intitolate ai “diritti e doveri del figlio”, come sintesi collaudata dei “diritti e doveri” che necessariamente devono connotare la responsabilità dei genitori, se si vuole che tale responsabilità non scada al livello di mero affare privato<sup>129</sup>.

Insomma, la formula della rubrica del Titolo V – «*Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*» – è formula reticente<sup>130</sup>. Serve solo a dare alla legge una parvenza di modernità, per la verità più ostentata che radicalmente perseguita.

Invero, la mancata eliminazione di norme del codice vincolate alla configurazione tradizionale del diritto della filiazione – l’art. 269, comma 3 (caposaldo della genitorialità attribuita a colei che partorisce), anzitutto; ma anche l’art. 147<sup>131</sup> – costituisce un’ulteriore prova che quella della legge del 2012 è una “sedicente” riforma<sup>132</sup> o, forse meglio, una “rivoluzione” in realtà non (del tutto) voluta.

Sembra essere quest’ultima l’interpretazione più aderente all’intento del legislatore: il quale, non a caso, si ricorda dell’art. 30 Cost.<sup>133</sup> – norma “dimenticata” dalla Corte costituzionale: *retro*, nt. 98 – preoccupandosi di «adeguare al principio dell’unificazione dello stato di figlio» la valutazione di compatibilità attinente «all’inserimento del figlio riconosciuto nella famiglia dell’uno o dell’altro genitore», demandata “esclusivamente al giudice” (art. 2, comma 1, lett. e, n. 1), e finendo con il confermare, nella sostanza, la norma dell’art. 252, così da sollevare, sempre non a caso, la censura di chi osserva che “la soppressione” sarebbe anche qui «l’unico modo

---

<sup>128</sup> Di una «formula mutuata – si potrebbe pur dire – acriticamente dalla legislazione europea» parla F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento “pubblico”*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, II, p. 717.

<sup>129</sup> C. CAGGIA, *Il linguaggio del “nuovo” diritto di filiazione*, cit., p. 254 ss.

<sup>130</sup> Di “mutamento soltanto formale” discorre F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori*, cit., p. 718.

<sup>131</sup> Secondo L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 202, 207 è articolo «inutile, fuorviante e datato. Quando lo vedremo finalmente cancellato?». Opposta è l’opinione di M. PARADISO, *Unicità dello stato di filiazione e unificazione delle denominazioni (art. 1, comma 11, legge n. 219/2012)*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2013, p. 589, secondo cui «l’unicità dello stato di figlio non implica anche l’abrogazione dell’art. 147». «Il proposito di elidere ogni connessione tra i figli e la ‘coppia’ dei genitori, coniugati o no, sembra solo il portato di opzioni ideologiche e appare smentito dalla realtà fattuale dei rapporti».

<sup>132</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit. Di “mancata occasione” di riforma parla F. CAGGIA, *Il linguaggio del “nuovo” diritto della filiazione*, cit., p. 250 s.

<sup>133</sup> “L’unificazione dello stato di figlio non ha fatto venir meno la “non indifferenza (o preferenza) per il modello di famiglia fondata sul matrimonio, governata, tra l’altro, dalla clausola di compatibilità di cui al comma 3 dell’art. 30 della Costituzione”: così R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, cit., p. 42 s.

# JUS CIVILE



di rispettare il principio dell'unicità dello stato di figlio»<sup>134</sup>.

In conclusione, «il nostro parlamento ci ha dato una legge tecnicamente maldestra e con modesti risultati innovativi»<sup>135</sup>. Ma «una diversa lettura» della legge consente di «intravedere in essa un tentativo di recupero di una qualche dimensione «istituzionale» della famiglia «legittima», quella cui si riferisce specificamente l'art. 29 Cost.»<sup>136</sup>.

**11.** – Si arriva così alla l. n. 76/2016 sulla «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze».

La legge non menziona mai espressamente la «famiglia»<sup>137</sup>, ma sembra muovere dall'implicito presupposto che «la famiglia fondata sul matrimonio costituisce pur sempre paradigma sistemico rispetto al quale si misura la cifra di rilevanza giuridica dei rapporti di coppia»<sup>138</sup>; prescinde – nella sua stesura definitiva – da qualsiasi riferimento alla filiazione, ma sembra postulare un nuovo intervento legislativo diretto a «ricucire» in un'unica – e, sperabilmente, coerente – riforma organica i frammenti normativi in essere; si occupa essenzialmente delle «coppie»: coppie civilmente unite dello stesso sesso; coppie semplicemente «conviventi».

Palese è, qui, la «dipendenza» dagli indirizzi della Corte costituzionale: alla quale va riconosciuto il merito – o, comunque, lo sforzo – di aver cercato di uscire dalle secche dell'antinomia delle fonti additando una tecnica di intervento che, mutuando dalla fantasia di Renzo Piano un'immagine suggestiva, si presta *mutatis mutandis* a essere trasferita dall'urbanistica alla legislazione.

È quella del «rammendo delle periferie»: per integrare «la città del futuro – ha detto il grande architetto nel suo discorso di insediamento al Senato – c'è bisogno di una gigantesca opera di rammendo e ci vogliono delle idee».

L'idea di rammendo a cui si è ispirata la giurisprudenza costituzionale consiste, come fin qui è emerso, nel man(u)tenere intatto e centrale – ma non esclusivo<sup>139</sup> – il disegno normativo ordinato dai costituenti agli artt. 29-31, e nell'aprire nel contempo a esperienze o situazioni periferiche con l'intento di recuperarle al diritto salvandole dalla coltre dell'irrilevanza o della sottovalutazione. In altri termini, il messaggio indirizzato al legislatore è stato quello di sostituire la metafora dell'arcipelago (con la relativa «isola grande») con quella del rammendo atto a «ricucire» il «centro storico» (anche se dovesse finire con il riguardare «solo il 10 per cento della popolazione»).

<sup>134</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 210 e 214.

<sup>135</sup> L. LENTI, *La sedicente riforma*, cit., p. 217.

<sup>136</sup> R. SENIGAGLIA, *Status filiationis*, cit., p. 82 ss.

<sup>137</sup> Compagno solo sporadici riferimenti a «vita familiare» (comma 12), «nucleo familiare» (comma 45), «casa familiare» (comma 60), «familiari» (comma 39).

<sup>138</sup> R. SENIGAGLIA, *Status filiationis*, cit., p. 30.

<sup>139</sup> «Il nucleo del significato originario [dell'art. 29 Cost.] permane» – ribadisce M. SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, II, p. 713 – «ed è quello del riconoscimento del matrimonio come atto costitutivo del modello familiare fondamentale del sistema».

# JUS CIVILE



ne”) con le “periferie” (che possono anche diventare «la grande scommessa dei prossimi decenni»).

Il legislatore, afflitto dall’inconcludenza delle contrapposizioni ideologiche interne al parlamento, è rimasto a lungo insensibile al reiterato richiamo della Corte costituzionale, o meglio paralizzato e come tale impossibilitato a dare una risposta.

Ne è scaturita una condanna dell’Italia da parte della Corte EDU: condanna unanime quanto al mancato rispetto del richiamo della Corte costituzionale; assunta a maggioranza, e innovativa nella giurisprudenza della Corte EDU, in ordine all’asserito mancato adempimento di una vera e propria obbligazione avente ad oggetto l’introduzione di una disciplina normativa delle relazioni omoaffettive: è il caso *Oliari e al. c. Italia*<sup>140</sup>.

Finalmente, il Governo è ricorso alla richiesta della fiducia per ottenere dalla Camera dei deputati una legge che consta di 69 commi di un unico articolo.

**12.** – È prematuro formulare un giudizio ponderato sui contenuti della legge appena varata e sulla loro rispondenza all’idea di rammendo offerta dalla giurisprudenza costituzionale.

Certamente, colpisce ad una prima lettura la stesura “riduttiva” del testo definitivo dedicato alla disciplina delle coppie omoaffettive: scompare, rispetto al disegno di legge, non soltanto la previsione dell’adottabilità del figlio del proprio *partner* (*punctum dolens* delle ultime contrapposizioni nella discussione alla Camera) ma anche l’attribuzione ai *partners* di un dovere di fedeltà, novità questa davvero ingiustificabile (o spiegabile come malaccorto, e odioso, tentativo ulteriore di differenziazione dai coniugi). Ma, ancor prima, difficilmente comprensibile risulta l’agnostica definizione di “unità civili” attribuita alla concreta realtà delle coppie omoaffettive.

Viceversa, sempre ad una prima lettura, la generica definizione di “convivenze” con cui si apre la seconda parte della legge risulta “ultronea” rispetto alla specificità della disciplina, opinabilmente circoscritta ai «legami affettivi di coppia». Per di più, l’apertura alla realtà sociale che parrebbe desumersi dal nesso definitivo della “convivenza” – e dei “conviventi” – con il “fatto” sembra in larga misura contraddetta da una disciplina di stretto diritto positivo che ambisce a “cristallizzare” i risultati dell’esperienza giurisprudenziale e a blindarne i presupposti e gli effetti, finendo paradossalmente per avvicinare la coppia dei conviventi al coniugio e a (continuare ad) abbandonare di conseguenza un’ampia realtà di convivenze di fatto all’amorfa zona dell’irrelevanza.

Ma se non è dato qui valutare con la dovuta attenzione la qualità del rammendo bene o male – ma finalmente – approntato dal legislatore, è possibile chiederci se il rammendo è, o meno, destinato a durare nel tempo.

Guardando all’Europa, e alla difficile impresa di rimanere entro il margine di apprezzamento degli Stati – che dopo la sentenza *Oliari c. Italia* è divenuto «molto più ristretto di quanto fosse

---

<sup>140</sup> Corte EDU 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, I, p. 918 ss., con l’*Opinione* di L. LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia* (II, p. 983 ss.).

## JUS CIVILE



nel 2010»<sup>141</sup> – il testo della legge, prima della ricordata espunzione della norma sulla *step-child adoption*, era stato giudicato “adeguato allo scopo” da chi, in dottrina, ha seguito da vicino l’evolversi degli orientamenti della Corte EDU<sup>142</sup>. Avvenuta l’espunzione, cresce l’incertezza.

Ma il problema è ancor prima italiano.

L’aspirazione della nascente riforma del diritto italiano della famiglia ad affrontare organicamente e, finalmente, risolvere il problema della difficile integrazione delle fonti ha il merito di tentare – in tendenziale sintonia con la raffigurazione proposta, “in ultima analisi”, dalla dottrina a cui si deve la più recente ricostruzione delle “stagioni della famiglia” (retro, nt. 9) – una virtuosa conciliazione tra la conferma della «posizione di particolare privilegio a favore della “*famiglia fondata sul matrimonio*” riservatole dall’art. 29, comma 1, Cost.» con le altre “realità familiari”, che «non sono da trattare come *deviazioni*, bensì come situazioni aventi titolo – all’interno dell’appartenenza al comune *genus familiae* – ... all’attribuzione di corrispondenti e diversificati effetti a seconda della particolare e specifica situazione familiare di che trattasi»<sup>143</sup>.

Tuttavia è verosimile pensare che le contrapposizioni ideologiche continueranno ed avranno come bersaglio critico l’interpretazione, e la stessa sorte, da dare alla legge appena varata.

Da una parte si era ventilata immediatamente una proposta di referendum abrogativo, con l’obiettivo di restaurare l’esclusività del disegno normativo costituzionale.

Dall’altra, ben più concretamente, si continua a parlare di una legge di transizione verso il definitivo approdo a una indifferenziata disciplina europea (dei frantumi) della famiglia e a un approccio *gender neutral* al matrimonio. Questo orientamento sembrerebbe, oltre tutto, trarre nuova linfa da una recente sentenza della Corte costituzionale in tema di rettificazione di attribuzione di sesso<sup>144</sup>: la quale, sancendo «la prevalenza della salute dell’individuo sulla corrispondenza tra sesso anatomico e sesso anagrafico», è stata accusata di non essersi “avveduta di avere di fatto configurato un terzo genere”, già contemplato da altri ordinamenti<sup>145</sup>.

\* \* \*

A conclusione di oltre un mezzo secolo di ricerche e di studi sul diritto della famiglia non mi sento di fare previsioni per il futuro. Desidero soltanto, apprestandomi al commiato, esprimere un auspicio. Se le sopravvenienze suggerissero, o inducessero a ritenere necessario, il definitivo abbandono delle “architetture costituzionali” che hanno fatto della famiglia disegnata dalla nostra Costituzione un *unicum* nel panorama europeo, auspicherei che una così significativa vicenda storica – che sancirebbe apertamente il passaggio dal personalismo-solidarismo al «sog-

---

<sup>141</sup> L. LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia*, cit., p. 578.

<sup>142</sup> L. LENTI, *Prime note*, cit., p. 580.

<sup>143</sup> V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit., *Parte seconda*, p. 1317.

<sup>144</sup> C. cost. 5 novembre 2015, n. 221, in *Nuova g. civ. comm.*, 2016, I, p. 582 ss.

<sup>145</sup> C. CARICATO, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all’esame della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 591.

## JUS CIVILE



gettivismo della modernità dei diritti dell'uomo» (*retro*, nt. 8) – fosse contrassegnata dal ricorso allo strumento legislativo della revisione costituzionale.

Sarebbe, questo, un gesto di rispetto e di lealtà nei confronti dei padri della Costituzione, che ebbero il coraggio di tracciare con limpida chiarezza di intenti e univocità di significati un disegno normativo della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio: un disegno che certamente si presta ad essere superato, ma che non merita di essere franteso o semplicemente ignorato.