# JUS CIVILE

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



**2-2018**

*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.

JUS CIVILE



# INDICE

*pag.*

**Giurisprudenza italiana**

*La nullità della donazione di quota su bene facente parte di una più ampia massa ereditaria*
*Cass. civ., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068* *
di *Francesco Sanfilippo* 68

**Articoli e Saggi**

La rilevanza della convivenza coniugale in tema di delibazione delle sentenze ecclesiastiche dichiarative della nullità matrimoniale *
di *Marina Moretti, Alessio Caracciolo* 90

Linguaggio giuridico e natura dell'unione europea *
di *Giulia Rossolillo* 106

La desheredación en el ordenamiento italiano a la luz de las novedades introducidas por la reforma en materia de filiación *
di *Veronica Bongiovanni* 113

«Per una riforma del divieto dei patti successori». Rileggendo Vincenzo Roppo *
di *Davide Achille* 139

Il diritto privato regionale *
di *Carlotta De Menech* 151

La causa: una "storia di successo"? (a proposito delle opere di Vincenzo Roppo sulla causa del contratto) *
di *Andrea Maria Garofalo* 163

* Contributo sottoposto a revisione.

# JUS CIVILE



Dai «contratti standard» al «contratto asimmetrico». Considerazioni su metodo e obiettivi delle ricerche di Vincenzo Roppo *
di *Francesco Paolo Patti* 226

*pag.*

«Autonomia e controlli» e nuovi mezzi di comunicazione *
di *Giulia Terlizzi* 246

L'illecito costituzionale del legislatore (muovendo dalle riflessioni di Enzo Roppo) *
di *Lavinia Vizzoni* 260

Diritto di famiglia e processi regolativi: rileggendo un volume di Enzo Roppo *
di *Federico Azzarri* 271

Una digressione sul linguaggio
Manualistica e trattati: la scelta per la chiarezza *
di *Marco Martino* 283



# JUS CIVILE

## CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UN., 15 MARZO 2016, N. 5068

**La donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante.**

*...Omissis...*

### Diritto

**MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. Deve preliminarmente essere dichiarata la inammissibilità della costituzione di B.G.C.F., per difetto di procura speciale, essendo la stesa intervenuta in un giudizio iniziato prima del 4 luglio 2009 (Cass. n. 7241 del 2010; Cass. n. 18323 del 2014).

2. – Come già rilevato, il primo motivo di impugnazione è stato già disatteso dalla Seconda Sezione.

2.1. – Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti deducono vizio di motivazione sul rilievo che, non essendo stato acquisito il fascicolo di primo grado ed avendo la Corte d'appello esaminato l'atto di donazione solo per la parte riportata nell'atto di appello, il convincimento del giudice di appello sarebbe il frutto di una presunzione non vera, essendo il tenore della donazione molto più esteso rispetto ai brani esaminati in sede di gravarne. Prosegue parte ricorrente che la lettura integrale dell'atto di liberalità avrebbe consentito di rilevare che l'oggetto della donazione era costituito, in parte, da un diritto proprio di C.F., e cioè della quota di comproprietà degli immobili di cui C. F. era titolare in modo esclusivo, per avere ciascuno dei fratelli C.F., C.P. e C.G. la piena disponibilità di una quota pari ad 1/3 degli immobili di cui al rogito; per altra parte, dalla quota di 1/3 a lui pervenuta dalla eredità del fratello C.P.: circostanza, questa, di cui non vi era alcun cenno nella sentenza impugnata. La Corte d'appello avrebbe quindi errato nell'accomunare i due cespiti in una indistinta "quota ereditaria".

2.2. – Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano la violazione degli artt. 769 e 771 c.c., in combinato disposto con l'art. 1103 c.c., oltre alla illegittimità della sentenza impugnata per difetto di motivazione ed errata valutazione dei presupposti di fatto, per non avere i giudici di merito riconosciuto che C.F. poteva validamente donare al nipote la quota di proprietà di cui era esclusivo titolare con riferimento all'immobile di via (OMISSIS), essendo tale bene nella sua piena disponibilità, potendo essere le argomentazioni del Tribunale riferite semmai alla residua quota di 1/12 pervenuta al donante per successione ereditaria dal fratello C.P.. A conclusione del motivo i ricorrenti formulano il seguente quesito di diritto: "Dica la Suprema Corte di Cassazione se il divieto di cui all'art. 771 c.c., può essere legittimamente esteso anche ai beni di cui il donante è titolare in comunione ordinarla con i propri fratelli".



2.3. – Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano la violazione ed erronea applicazione degli artt. 771 e 769 c.c., in combinato disposto con gli artt. 1103 e 757 c.c., nonché carenza assoluta di motivazione, per avere ritenuto i giudici di merito "beni altrui", fino al momento della divisione, anche i beni in comproprietà ordinaria, in aperto contrasto con i principi che regolano l'istituto della comproprietà e dell'art. 1103 c.c., che sancisce il principio della piena disponibilità dei beni in comproprietà nei limiti della quota di titolarità del disponente. Ad avviso dei ricorrenti eguali considerazioni varrebbero anche per la c.d. quota ereditaria. Quanto alla conclusione del giudice di appello circa l'irrilevanza della qualificazione della fattispecie quale condizione sospensiva, i ricorrenti rilevano che la divisione dei beni ereditari, seppure avvenga dopo il decesso di uno dei coeredi, non cancella i diritti nascenti sui beni ereditari.

A conclusione del motivo i ricorrenti formulano il seguente quesito di diritto: "Dica la Suprema Corte di Cassazione se l'art. 771 c.c., può essere legittimamente interpretato equiparando a tutti gli effetti la categoria dei "beni futuri" con quella dei "beni altrui".

3. – La Seconda Sezione, con l'ordinanza interlocutoria n. 11545 del 2014 ha innanzi tutto ricordato come, nonostante l'art. 769 c.c., abbia assoggettato la donazione al principio consensualistico, sia risultato prevalente In giurisprudenza, in via di interpretazione analogica dell'art. 771 c.c., la tesi della nullità della donazione di bene altrui, assumendosi il carattere della necessaria immediatezza dell'arricchimento altrui e, dunque, dell'altrettanto necessaria appartenenza del diritto al patrimonio del donante al momento del contratto (sono in proposito richiamate Cass. 23 maggio 2013, n. 12782; Cass. 5 maggio 2009, n. 10356; Cass. 18 dicembre 1996, n. 1131; Cass. 20 dicembre 1985, n. 6544). La Seconda Sezione ha, per contro, ricordato, da un lato, le critiche di parte della dottrina, fondate sullo stesso testo dell'art. 769 c.c., il quale contempla l'arricchimento della parte donataria operato "assumendo verso la stessa un'obbligazione"; e, dall'altro, Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596, che ha considerato la donazione di cosa altrui non nulla, ma semplicemente inefficace, con conseguente sua idoneità a valere quale titolo per l'usucapione immobiliare abbreviata. La Seconda Sezione ha quindi aggiunto che la soluzione della questione posta è evidentemente correlata alla *ratio* dell'art. 771 c.c..

Nella specie, la questione non riguarderebbe la donazione dei quattro dodicesimi di cui il donante era titolare *inter vivos*, dovendosi in parte qua la liberalità Intendere come di cosa propria, in quanto relativa alla quota del partecipante in comunione ordinaria, alienata ai sensi e nei limiti dell'art. 1103 c.c.. La questione si porrebbe, piuttosto, quanto all'ulteriore dodicesimo del bene di provenienza ereditaria, e per il quale il donante intendeva trasferire il proprio diritto di coerede, ricadente, tuttavia, sulla quota *ex* art. 727 c.c., e non (ancora) su quel determinato Immobile compreso nell'asse.

3.1. – In conclusione, la Seconda Sezione ha rimesso all'esame di queste Sezioni Unite la seguente questione: "Se la donazione dispositiva di un bene altrui debba ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante e quindi anche quelli aventi ad oggetto i beni altrui, oppu-



re sia valida ancorché inefficace, e se tale disciplina trovi applicazione, o no, nel caso di donazione di quota di proprietà *pro indiviso*".

4. – Come riferito, sulla questione se la donazione di cosa altrui sia nulla o no, la giurisprudenza di questa Corte si è reiteratamente espressa, nel senso della nullità.

4.1. – Secondo Cass. n. 3315 del 1979, "la convenzione che contenga una promessa di attribuzione dei propri beni a titolo gratuito configura un contratto preliminare di donazione che è nullo, in quanto con esso si viene a costituire a carico del promittente un vincolo giuridico a donare, il quale si pone in contrasto con il principio secondo cui nella donazione l'arricchimento del beneficiario deve avvenire per spirito di liberalità, in virtù cioè di un atto di autodeterminazione del donante, assolutamente libero nella sua formazione". La successiva Cass. n. 6544 del 1985, ha affermato che la donazione di beni altrui non genera a carico del donante alcun obbligo poiché, giusta la consolidata interpretazione dell'art. 771 cod. civ., dal sancito divieto di donare beni futuri deriva che è invalida anche la donazione nella parte in cui ha per oggetto una cosa altrui; a differenza di quanto avviene, ad esempio, nella vendita di cosa altrui, che obbliga il non dominus alienante a procurare l'acquisto al compratore. Tale decisione ha quindi affermato che "ai fini dell'usucapione abbreviata a norma dell'art. 1159 cod. civ. non costituisce titolo astrattamente idoneo al trasferimento la donazione di un bene altrui, attesa l'invalidità a norma dell'art. 771 c.c., di tale negozio".

Sempre nell'ambito della nullità si colloca Cass. n. 11311 del 1996, così massimata: "l'atto con il quale una pubblica amministrazione, a mezzo di contratto stipulato da un pubblico funzionario, si obblighi a cedere gratuitamente al demanio dello Stato un'area di sua proprietà, nonché un'altra area che si impegni ad espropriare, costituisce una donazione nulla, sia perché, pur avendo la pubblica amministrazione la capacità di donare, non è ammissibile la figura del contratto preliminare di donazione, sia perché l'atto non può essere stipulato da un funzionario della pubblica amministrazione (possibilità limitata dal R.D. n. 2440 del 1923, art. 16, ai soli contratti a titolo oneroso), sia perché l'art. 771 c.c., vieta la donazione di beni futuri, ossia dell'area che non rientra nel patrimonio dell'amministrazione "donante" ma che la stessa si impegna ad espropriare".

Particolarmente significativa è poi Cass. n. 10356 del 2009, secondo cui "la donazione dispositiva di un bene altrui, benché non espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante; tale donazione, tuttavia, è idonea ai fini dell'usucapione decennale prevista dall'art. 1159 c.c., poiché il requisito, richiesto da questa norma, dell'esistenza di un titolo che legittimi l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, deve essere inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere suscettibile in astratto, e non in concreto, di determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".



Da ultimo, Cass. n. 12782 del 2013 si è espressa in senso conforme alla decisione da ultimo richiamata.

4.2. – In senso difforme si rinviene Cass. n. 1596 del 2001, che ha affermato il principio per cui "la donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla *ex* art. 771 c.c., ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini dell'usucapione abbreviata *ex* art. 1159 c.c., in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".

4.3. – A ben vedere, il contrasto tra i due orientamenti giurisprudenziali non coinvolge il profilo della efficacia dell'atto a costituire titolo idoneo per l'usucapione abbreviata, ma, appunto, la ascrivibilità della donazione di cosa altrui nell'area della invalidità, e segnatamente della nullità, ovvero in quella della inefficacia.

5. Il Collegio ritiene che alla questione debba essere data risposta nel senso che la donazione di cosa altrui o anche solo parzialmente altrui è nulla, non per applicazione in via analogica della nullità prevista dall'art. 771 c.c., per la donazione di beni futuri, ma per mancanza della causa del negozio di donazione.

5.1. – Deve innanzi tutto rilevarsi che la sentenza n. 1596 del 2001 evoca la categoria della inefficacia, che presuppone la validità dell'atto, e si limita ad affermare la non operatività della nullità in applicazione analogica dell'art. 771 c.c., comma 1, in considerazione di una pretesa natura eccezionale della causa di nullità derivante dall'avere la donazione ad oggetto beni futuri, ma non verifica la compatibilità della donazione di cosa altrui con la funzione e con la causa del contratto di donazione. La soluzione prospettata appare, quindi, non condivisibile, vuoi perché attribuisce al divieto di cui alla citata disposizione la natura di disposizione eccezionale, insuscettibile di interpretazione analogica; vuoi e soprattutto perché non considera la causa del contratto di donazione.

Al contrario, una piana lettura dell'art. 769 c.c., dovrebbe indurre a ritenere che l'appartenenza del bene oggetto di donazione al donante costituisca elemento essenziale del contratto di donazione, in mancanza del quale la causa tipica del contratto stesso non può realizzarsi. Recita, infatti, la citata disposizione: "La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione".

Elementi costitutivi della donazione sono, quindi, l'arricchimento del terzo con correlativo depauperamento del donante e lo spirito di liberalità, il c.d. *animus donandi*, che connota il depauperamento del donante e l'arricchimento del donatario e che, nella giurisprudenza di questa Corte, va ravvisato "nella consapevolezza dell'uno di attribuire all'altro un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale" (Cass. n. 8018 del 2012; Cass. n. 12325 del 1998; Cass. n. 1411 del 1997; Cass. n. 3621 del 1980).



Appare evidente che, in disparte il caso della donazione effettuata mediante assunzione di una obbligazione, nella quale oggetto dell'obbligazione del donante sia il trasferimento al donatario di un bene della cui appartenenza ad un terzo le parti siano consapevoli, l'esistenza nel patrimonio del donante del bene che questi intende donare rappresenti elemento costitutivo del contratto; e la consustanzialità di tale appartenenza alla donazione è delineata in modo chiaro ed efficace dalla citata disposizione attraverso il riferimento all'oggetto della disposizione, individuato in un diritto del donante ("un suo diritto"). La non ricorrenza di tale situazione – certamente nel caso in cui né il donante né il donatario ne siano consapevoli, nel qual caso potrebbe aversi un'efficacia obbligatoria della donazione – comporta la non riconducibilità della donazione di cosa altrui allo schema negoziale della donazione, di cui all'art. 769 c.c.. In altri termini, prima ancora che per la possibile riconducibilità del bene altrui nella categoria dei beni futuri, di cui all'art. 771 c.c., comma 1, la altruità del bene incide sulla possibilità stessa di ricondurre il trasferimento di un bene non appartenente al donante nello schema della donazione dispositiva e quindi sulla possibilità di realizzare la causa del contratto (incremento del patrimonio altrui, con depauperamento del proprio).

5.2. – La mancanza, nel codice del 1942, di una espressa previsione di nullità della donazione di cosa altrui, dunque, non può di per sé valere a ricondurre la fattispecie nella categoria del negozio inefficace. Invero, come si è notato in dottrina, il fatto stesso che il legislatore del codice civile abbia autonomamente disciplinato sia la compravendita di cosa futura che quella di cosa altrui, mentre nulla abbia stabilito per la donazione a non domino, dovrebbe suggerire all'interprete di collegare il divieto di liberalità aventi ad oggetto cose d'altri alla struttura e funzione del contratto di donazione, piuttosto che ad un esplicito divieto di legge. Pertanto, posto che l'art. 1325 c.c., individua tra i requisiti del contratto "la causa"; che, ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 2, la mancanza di uno dei requisiti indicati dal'art. 1325 c.c., produce la nullità del contratto; e che l'altruità del bene non consente di ritenere integrata la causa del contratto di donazione, deve concludersi che la donazione di un bene altrui è nulla.

5.3. – Con riferimento alla donazione deve quindi affermarsi che se il bene si trova nel patrimonio del donante al momento della stipula del contratto, la donazione, in quanto dispositiva, è valida ed efficace; se, invece, la cosa non appartiene al donante, questi deve assumere espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto dal terzo al donatario.

La donazione di bene altrui vale, pertanto, come donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 c.c.). Se, invece, l'altruità del bene donato non risulti dal titolo e non sia nota alle parti, il contratto non potrà produrre effetti obbligatori, né potrà applicarsi la disciplina della vendita di cosa altrui.

5.4. – La sanzione di nullità si applica normalmente alla donazione di beni che il donante ritenga, per errore, propri, perché la mancata conoscenza dell'altruità determina l'impossibilità assoluta di realizzazione del programma negoziale, e, quindi, la carenza della causa donativa. La donazione di bene non appartenente al donante è quindi affetta da una causa di nullità autonoma



e indipendente rispetto a quella prevista dall'art. 771 c.c., ai sensi del combinato disposto dell'art. 769 c.c. (il donante deve disporre "di un suo diritto") e dell'art. 1325 c.c., e art. 1418 c.c., comma 2. In sostanza, avendo l'*animus donandi* rilievo causale, esso deve essere precisamente delineato nell'atto pubblico; in difetto, la causa della donazione sarebbe frustrata non già dall'altruità del diritto in sé, quanto dal fatto che il donante non assuma l'obbligazione di procurare l'acquisto del bene dal terzo.

5.5. – Alle medesime conclusioni deve pervenirsi per il caso in cui, come nella specie, oggetto della donazione sia un bene solo in parte altrui, perché appartenente pro indiviso a più comproprietari per quote differenti e donato per la sua quota da uno dei coeredi. Non è, Infatti, dato comprendere quale effettiva differenza corra tra i "beni altrui" e quelli "eventualmente altrui", trattandosi, nell'uno e nell'altro caso, di beni non presenti, nella loro oggettività, nel patrimonio del donante al momento dell'atto, l'unico rilevante al fine di valutarne la conformità all'ordinamento.

In sostanza, la posizione del coerede che dona uno dei beni compresi nella comunione (ovviamente, nel caso in cui la comunione abbia ad oggetto una pluralità di beni) non si distingue in nulla da quella di qualsivoglia altro donante che disponga di un diritto che, al momento dell'atto, non può ritenersi incluso nel suo patrimonio.

Né una distinzione può desumersi dall'art. 757 c.c., in base al quale ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione anche se per acquisto all'incanto e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli atri beni ereditari. Invero, proprio la detta previsione impedisce di consentire che il coerede possa disporre, non della sua quota di partecipazione alla comunione ereditaria, ma di una quota del singolo bene compreso nella massa destinata ad essere divisa, prima che la divisione venga operata e il bene entri a far parte del suo patrimonio.

6. – In conclusione, deve affermarsi il seguente principio di diritto: "La donazione di un bene altrui, benché non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante".

7. In applicazione di tale principio, il ricorso deve essere quindi rigettato. Non possono essere infatti condivise le deduzioni dei ricorrenti in ordine alla circostanza che l'atto di donazione riguardava non solo una quota ereditarla del bene specificamente oggetto di donazione, ma anche una quota della quale il donante era già titolare per averla acquistata per atto *inter vivos*. Invero, posto che è indiscutibile che l'atto di donazione aveva ad oggetto la quota di un dodicesimo dei beni immobili indicati nell'atto stesso rientrante nella comunione ereditaria, deve ritenersi che non sia possibile operare la prospettata distinzione tra la donazione dei quattro dodicesimi riferibili al donante e del restante dodicesimo, comportando l'esistenza di tale quota la attrazione dei beni menzionati nella disciplina della comunione ereditaria. Ne consegue che la



nullità dell'atto di donazione per la parte relativa alla quota ereditaria comporta la nullità dell'intero atto, ai sensi dell'art. 1419 c.c., non risultando che nei precedenti gradi di giudizio sia emersa la volontà del donatario di affermare la validità della donazione per la quota spettante al donante.

D'altra parte, non può non rilevarsi che l'inclusione, anche se solo in parte, degli immobili oggetto di donazione nella comunione ereditaria comportava la astratta possibilità della loro assegnazione, in sede di divisione, a soggetto diverso dal donante;

con ciò dimostrandosi ulteriormente la sostanziale inscindibilità della volontà negoziale manifestatasi con l'atto di donazione dichiarato nullo dal Tribunale di Reggio Calabria, con sentenza confermata dalla Corte d'appello.

8. – In conclusione, il ricorso va rigettato.

(*Omissis*).

JUS CIVILE



*FRANCESCO SANFILIPPO*

*Dottore in Giurisprudenza – Università di Palermo*

# LA NULLITÀ DELLA DONAZIONE DI QUOTA SU BENE FACENTE PARTE DI UNA PIÙ AMPIA MASSA EREDITARIA

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La recente pronuncia a Sezioni Unite: la fattispecie oggetto del giudizio. – 3. I precedenti. – 4. L'iter argomentativo della Corte. – 5. Le problematiche implicate. – 5.1 Il singolo bene del compendio ereditario plurimo come bene altrui. – 5.2 La questione dell'altruità del bene. – 5.3 La questione della consistenza del compendio ereditario. – 6. Comunione ereditaria e comunione ordinaria. – 7. La donazione all'esito divisionale.*

**1.** − Con il presente lavoro ci si propone di analizzare e indagare i profili di maggiore interesse di uno degli argomenti più controversi all'attenzione degli studiosi del diritto: la donazione da parte del coerede di quota di un bene facente parte di una più ampia massa ereditaria. La fattispecie oggi posta alla nostra attenzione tradisce una complessità fattuale e giuridica ben maggiore di quella che potrebbe ipotizzarsi a una prima superficiale analisi; il coinvolgimento infatti di una pluralità di soggetti, i coeredi, nella titolarità indivisa di una pluralità di beni, ovvero i beni costituenti l'asse ereditario, si allaccia con le problematiche della donazione e in particolare della donazione di beni altrui [1]. Il risultato è un intreccio quasi inestricabile di problematiche giuridiche che hanno portato a una pluralità di punti di vista spesso confliggenti fra loro. Preliminarmente è opportuno che l'ipotesi in oggetto oggi sia tenuta distinta dal caso di donazione di eredità [2], o di donazione di quota di eredità, entrambe sostanzialmente equivalenti fra loro e certamente ammesse nel nostro ordinamento, già *ex* art. 477 c.c. in tema di accettazione tacita. Né esisterebbero in vero ragioni valide per ipotizzarne una possibile esclusione. Nel caso di eredità con unico erede l'intero compendio ereditario sarebbe riferibile a questi e non sorgerebbero dubbi in merito alla titolarità dello stesso e del suo potere di disposizione. Stessa situazione nel caso in cui l'eredità sia riferibile a una pluralità di coeredi ma l'asse ereditario si componga di un immobile unico: la titolarità dell'unico bene sarà indivisa fra i coeredi che avranno ciascuno la piena titolarità della propria quota, con conseguente potere di disporne.

L'ipotesi più complessa – che ha generato la controversia dottrinale che oggi ci proponiamo di analizzare e, vedremo, ha dato spunto a una delicata sentenza della Suprema Corte che ha dato

[1] Sull'argomento tra gli altri, BIONDI, in *Trattato di diritto civile italiano,* Vol. XII, Tomo 4°, *Le Donazioni*, Torino 1961, p. 346 e ss.; nonché CAPOZZI, in *Successioni e Donazioni,* Tomo secondo, Milano 2002, p. 783

[2] Sull'ammissibilità della donazione dell'eredità si veda anche CARNEVALI, *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, *Successioni,* Vol. II, Torino 1982, p. 468; CAPOZZI, *op. cit.*, p. 777



origine a un acceso dibattito specialmente nel mondo notarile – è quella relativa al caso in cui vi siano una pluralità di eredi immessi nella titolarità indivisa di una pluralità di beni. Tale situazione è deputata a giungere fisiologicamente alla divisione, sia essa convenzionale o giudiziale, dei beni fra i coeredi, in modo che ciascuno diventi pieno proprietario esclusivo del singolo bene o che la comunione da ereditaria diventi semplice comunione ordinaria. L'art. 757 c.c. oltretutto prevede che la divisione abbia efficacia retroattiva, nella misura in cui l'erede "si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari". Se l'efficacia retroattiva della divisione è certamente incontestabile, non altrettanto certo è il confine entro il quale è ammissibile *medio tempore* la disposizione da parte del coerede della quota di eredità a lui spettante. La donazione dell'intera quota di eredità è certamente ammissibile e non pone particolari problemi; oggetto del contratto è l'intera quota ereditaria che insiste sulla totalità dei beni trasmessi dal *de cuius* al singolo erede donante. Per quanto si tratti di una *universitas iuris*[3] l'oggetto della donazione è certamente ben definito e soprattutto riconducibile al donante: il coerede dona e trasferisce la sua quota (es: 1/2, 1/3) su tutti i beni che fanno parte del compendio ereditario. È come se al donante nella comunione si sostituisse il donatario, e perciò sarà poi questi a partecipare alla divisione – con il suo effettivo retroattivo – con gli altri coeredi[4]. La quota di eredità così unitariamente intesa, comprensiva del diritto del coerede su tutti i beni mobili e immobili dell'asse ereditario, viene comunemente individuata dagli studiosi con il termine atecnico di "quotona".

Ben diverso è il caso in cui il coerede voglia donare la quota insistente sul singolo bene facente parte di una massa ereditaria comprensiva di una pluralità di beni. È il caso ad esempio in cui uno di tre coeredi, titolari ciascuno per 1/3 dell'eredità del de cuius, voglia donare la sua quota di 1/3 insistente su solo uno dei 3 beni. La prassi notarile tradizionale e la dottrina avevano sempre ammesso tal genere di stipulazione, ma i più recenti orientamenti giurisprudenziali hanno sovvertito – anche con sorpresa degli operatori di diritto – tale impostazione, colpendo addirittura l'atto con la sanzione di nullità. Per comodità espositiva – e anche per evidenziare la differenza con il caso sopra esposto di donazione della "quotona", che ricordiamo è valida certamente – tale quota relativa al bene singolo facente parte del più ampio compendio ereditario verrà d'ora in avanti individuata, come è d'uso fra gli studiosi, con il termine di "quotina". Prima di analizzare i diversi profili giuridici coinvolti e indagare le rilevanti conseguenze di tale nuovo orientamento, è opportuno soffermarsi sulla recentissima sentenza della Cassazione – la cui complessità e importanza ha comportato addirittura una pronuncia delle Sezioni Unite – e sulle motivazioni adottate dalla Suprema Corte per giustificare questa stringente preclusione dell'autonomia privata.

---

[3] Sulla qualificazione dell'eredità come *universitas iuris,* cfr. COVIELLO, in *Diritto successorio*, Bari – 1962, p 31; si veda anche CAPOZZI, *op. cit*., p. 778; in contrario, per la considerazione dell'eredità come complesso unitario di rapporti attivi e passivi il cui acquisto insisterebbe sui singoli beni cfr. CARIOTA FERRARA, in *Le Successioni*, Napoli - 1977, p. 126 e ss.

[4] In questo senso, anche FRAGALI, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale – La Comunione,* Tomo II, Milano - 1978, pp. 30 e 39



**2.** − La sentenza in esame è la n. 5068, pronunciata dalla Cassazione a SS. UU. il 15 marzo 2016. Nell'ambito del giudizio di divisione di una consistente massa ereditaria veniva impugnata una precedente donazione effettuata da uno dei coeredi a favore di un nipote; il *donatum* consisteva nella quota di 5/12 di nuda proprietà (con riserva di usufrutto per il donante) su due appartamenti facenti parte della più ampia massa comune. La *quaestio* consisteva nel fatto che i 4/12 di tale quota erano giunti in titolarità al donante per acquisto a titolo originario per accessione conseguente all'edificazione dell'immobile sul suolo di proprietà del donante; il restante 1/12 era invece pervenuto al donante in forza di successione.

In primo grado il Tribunale di Reggio Calabria dichiarava la nullità della donazione per violazione dell'art. 771 c.c. Il divieto di donazione di cosa futura infatti veniva interpretato riconoscendo alla "futurità" della *res* una connotazione soggettiva. Tale impostazione implicava che "cosa futura" era da considerarsi non solo cosa non ancora esistente *in rerum natura,* ma anche cosa esistente *in rerum natura* ma non appartenente ancora al donante al momento della donazione [5]. La nullità della donazione era perciò da rilevarsi in una nullità di tipo testuale.

Il giudice di secondo grado confermava integralmente l'orientamento espresso dal Tribunale in primo grado: la quota insistente sul singolo bene della più ampia massa ereditaria andava inteso alla stregua di bene futuro, e andava quindi incontro al divieto dell'art. 771 c.c.

La Corte di Cassazione interviene infine nel giudizio stravolgendo le coordinate ermeneutiche seguite dai giudici fino a quel momento. Da un lato le Sezioni Unite confermano la nullità della donazione *immediatamente traslativa* di quota di un bene facente parte di una più ampia massa ereditaria, con motivazioni di diritto tuttavia ben diverse da quelle espresse nei precedenti giudizi di merito; dall'altro lato invece riconoscono che tale negozio possa realizzarsi con una formula diversa da quella adottata dalle parti nel caso di specie, ovvero per mezzo di una donazione obbligatoria di dare, ritenendola valida ed efficace nella misura in cui dall'atto risultino espressamente e formalmente determinati obblighi a carico dei contraenti.

**3.** − La sentenza delle Sezioni Unite in commento segue nel tempo una risalente giurisprudenza di legittimità che aveva già trattato l'argomento della donazione di beni altrui. Già dal 1979 con la sentenza n. 3315 la Cassazione aveva sancito la nullità della donazione di beni altrui sulla base della considerazione che l'altruità del bene rispetto al donante facesse sì che il negozio potesse configurarsi come un preliminare di donazione: " *la convenzione che contenga una promessa di attribuzione (*posto che l'effetto traslativo immediato non era possibile dato che il bene non era di proprietà del donante*) dei propri beni a titolo gratuito configura un contratto preliminare di donazione che è nullo, in quanto con esso si viene a costituire a carico del promittente un vincolo a donare, il quale si pone in contrasto con il principio secondo cui nella*

[5] Sulla dicotomia fra beni soggettivamente e oggettivamente futuri BIONDI, *op. cit.*, p. 340; nonchè PALAZZO, in *Il Codice Civile Commentato al codice civile* diretto da P. Schlesinger*, Le Donazioni*, Milano 1991, p. 89



*donazione l'arricchimento del beneficiario deve avvenire per spirito di liberalità, in virtù cioè di un atto di autodeterminazione del donante [...]*".

La successiva pronuncia della Corte n. 6544 del 1985 riportava la donazione di cosa altrui entro il divieto di donazione di beni futuri, dichiarandone l'invalidità a norma dell'art. 771 c.c. [6] Rispetto alla precedente sentenza cambiava la *ratio* della pronuncia, che tuttavia si assestava sempre nel senso dell'invalidità. La sentenza aggiungeva anche che la donazione di beni altrui non costituiva titolo astrattamente idoneo ai fini dell'usucapione abbreviata a norma dell'art. 1159 c.c. [7]

In senso significativamente difforme si pronunciava la Corte con la sentenza n.1596 del 2001. Diversamente dalle precedenti, infatti, tale decisione non inquadrava la donazione di cosa altrui nel generico divieto sancito dall'art. 771 c.c., considerandola piuttosto semplicemente inefficace [8]. " *[...] La donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 c.c., ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini della usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c., in quanto il requisito [...] dell'esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà [...] va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale".* La sentenza divergeva dalle precedenti quindi sia per l'inquadramento della fattispecie sia, conseguentemente, per la soluzione della questione relativa alla idoneità del negozio a rappresentare titolo utile per l'usucapione abbreviata.

Una posizione intermedia si ritrova nella successiva sentenza n. 10356 del 2009. Con tale decisione la Cassazione sovvertiva l'indirizzo precedentemente espresso nel 2001, riconfermando la nullità della donazione di cosa altrui: "*la donazione dispositiva di un bene altrui, benché non espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante*". Si ha quindi una riconferma dell'indirizzo già espresso nel 1985 nella sentenza n. 6544, poi adottato anche nei primi gradi di giudizio del caso oggetto di esame nella presente trattazione. Tuttavia, a parziale conferma dell'orientamento del 2001, nella stessa sentenza del 2009 si riconosce che "*tale donazione [...] è idonea ai fini dell'usucapione decennale prevista dall'art. 1159 c.c., poiché il requisito [...]dell'esistenza di un titolo che legittimi l'acquisto della proprietà [...] deve essere inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere suscettibile in astratto, e non in concreto, di determinare il trasferimento del diritto reale".*

Ulteriore sostanziale conferma degli orientamenti precedenti si ha con l'ordinanza n. 12782/2013 della sez. VI della Cassazione: "*La donazione di cosa altrui, benché non espressa-*

---

[6] A favore di tale orientamento CARNEVALI, *op. cit.*, p. 470

[7] In senso contrario, CARNEVALI, *op. cit.*, p. 470*;* v. anche PALAZZO, *op. cit.,* p. 99

[8] In senso analogo, BIONDI, *op. cit.*, p. 340



*mente disciplinata, deve ritenersi nulla alla stregua della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 cod. civ., poiché il divieto di donazione dei beni futuri riguarda tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante; tale donazione, tuttavia, è idonea ai fini dell'usucapione decennale, poiché il titolo richiesto dall'art. 1159 cod. civ. deve essere suscettibile in astratto, e non in concreto, di determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".*

La recente pronuncia a Sezioni Unite in commento va quindi inquadrata nella scia di tale giurisprudenza che, seppure con minime oscillazioni, ha sempre riconosciuto la nullità della donazione di beni altrui.

**4.** − La pronuncia della Suprema Corte conferma le sentenze tanto del Tribunale quanto della Corte d'Appello, e dunque la nullità della donazione di quota di bene facente parte di una più ampia massa ereditaria. A fronte di una sostanziale conferma del merito della questione, la Cassazione tuttavia segue un iter logico che diverge in maniera significativa dalle motivazioni delle sentenze impugnate. Come accennato, nei precedenti gradi di giudizio si riscontrava una nullità di tipo testuale, per contrarietà all'art. 771 c.c., che commina la nullità della donazione di beni futuri. Tale soluzione si ammetteva sulla base di una interpretazione del lemma "beni futuri", di modo che comprendesse non solo i beni non ancora esistenti *in rerum natura*, ma anche i beni esistenti ma non ancora nella disponibilità del donante. La quota di un bene facente parte di una più ampia massa ereditaria perciò veniva considerata a tutti gli effetti come "bene futuro", e in quanto tale non suscettibile di essere donata per veto esplicito del legislatore.

La Suprema Corte conferma la nullità di siffatta donazione, ma la giustifica in modo totalmente diverso: la nullità di tale negozio è risultato di una argomentazione ben più sottile e complessa. Senza neanche ipotizzare l'applicabilità dell'art. 771 c.c., i giudici inquadrano la questione nel ben più controverso alveo della donazione di "beni altrui", la quale non ha regolamentazione espressa. La quota indivisa su un bene facente parte di un compendio ereditario plurimo insisterebbe su un bene che è da considerarsi quindi come altrui rispetto al donante, "*non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante"*. Nell'impostazione seguita dalle Sezioni Unite assume dunque un ruolo determinante l'efficacia retroattiva della divisione ereditaria, poiché tale effetto retroattivo impedirebbe di configurare in capo al donante la proprietà, seppure per quota, del bene donato, e escluderebbe la conseguenziale possibilità di disporne, così come previsto nell'art. 769 c.c. ai sensi del quale il donante dispone a favore del donatario "*di un suo diritto*" [9]. Potrebbe osservarsi, tuttavia, che tale argomentazione – per la quale il coerede donante dovendosi considerare "*come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari*" (art. 757 c.c.), non potrebbe donare il bene –

[9] Cfr. BIONDI, *op. cit.*, p. 346



si attaglia al caso in cui la divisione fra i coeredi comporti l'assegnazione al donante di bene diverso da quello la cui quota era stata dallo stesso precedentemente donata. Senza volere sindacare sulla probabilità statistica dell'evento è tuttavia da sottolineare come tale situazione si presenterebbe come meramente eventuale.

L'argomentazione della Corte tuttavia ridimensiona la rilevanza del profilo, in sé, della retroattività della (eventuale) non assegnazione del bene al donante. La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di un più ampio compendio ereditario, intesa come donazione di cosa altrui, è da considerarsi nulla ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c., ovvero per mancanza di causa. Sulla base di una piana lettura dell'art. 769 c.c., la Corte sottolinea che gli elementi costitutivi della donazione sono l'arricchimento del donatario con il correlativo depauperamento del donante, e lo spirito di liberalità, il cosiddetto *animus donandi,* inteso come "*consapevolezza del donante di attribuire al donatario un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale, secondo un intento pienamente discrezionale*" [10] (Cass. n.8018 del 2012, ma anche, fra le altre, Cass. n.12325 del 1998). Conseguenza diretta di tale impostazione è che va considerato elemento essenziale del contratto anche l'appartenenza del bene donato al donante: se questi al momento del perfezionamento del contratto non fosse proprietario del bene, verrebbe frustrato l'effetto tipico della donazione, ovvero l'arricchimento del donatario e il depauperamento del donante attraverso il passaggio di proprietà fra i due contraenti [11]. Si esclude quindi la possibilità della donazione di bene altrui (cioè, ricordiamo, la donazione di quota indivisa su un bene facente parte di un compendio ereditario plurimo), solo poiché l'altruità della *res* impedirebbe l'immediato effetto traslativo fra donante e donatario, tipico della causa della donazione dispositiva. La *causa donandi* infatti, nella sua tipica funzione socio-economica di contratto gratuito ad efficacia reale immediata, non può prescindere dall'esistenza in sede di stipula del binomio impoverimento/arricchimento e spirito di liberalità. E la non titolarità del bene in capo al donante impedisce il realizzarsi del primo elemento della *causa donandi*, ovvero il trasferimento del bene fra i contraenti con il correlativo trapasso patrimoniale. Né potrebbe ipotizzarsi un'applicazione analogica dell'art. 1478 c.c., ovvero la vendita di cosa altrui. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* e pertanto la non previsione di una disposizione equivalente per la disciplina della donazione consiglierebbe di tenere distinte le due ipotesi; inoltre la natura essenzialmente onerosa della vendita connota la disciplina in oggetto in maniera tanto penetrante da rendere ardita l'applicazione della stessa ad un atto invece essenzialmente gratuito come la donazione dispositiva [12]. Infine, tentare di salvare la donazione di bene altrui ricorrendo all'obbligo del venditore di procurare l'acquisto all'acquirente comporterebbe la sua nullità in riferimento al secondo elemento che connota la *causa donandi*, ovvero l'*animus donandi*. Nell'alveo

[10] Sull'elemento soggettivo dello spirito di liberalità, cfr. AZZARITI – MARTINEZ – AZZARITI, in *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova – 1979, p. 763

[11] In questo senso MENGONI, *Gli acquisti a non domino,* Milano 1975, p. 27

[12] Cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 22



della donazione dispositiva, gravare chi voleva immediatamente spogliarsi *per spirito di liberalità* di un bene dell'obbligo di procurarne l'acquisto al donatario significherebbe far venir meno l'assoluta libertà di autodeterminazione del donante che invece deve agire in "*assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale, secondo un intento pienamente discrezionale"*.

Posto quindi che l'altruità del bene impedisce il realizzarsi della causa tipica della donazione dispositiva, la pronuncia di nullità è inevitabile. Diversamente da quanto stabilito nei precedenti gradi di giudizio la nullità che colpisce la donazione in questo caso è quindi una nullità di tipo strutturale.

La ragione ultima della pronuncia di nullità della donazione dispositiva è quindi da ricercarsi nell'impossibilità dell'immediato passaggio di proprietà del bene a causa del fatto che lo stesso non è nel patrimonio del donante e in quanto tale questi non può disporne. L'ostacolo insormontabile è quindi rappresentato dall'impossibilità del realizzarsi dell'effetto traslativo tipico della donazione. La Corte, continuando nei motivi della decisione, suggerisce come tale ostacolo ben possa invece venire neutralizzato con un negozio affine alla donazione (nulla), ma diverso da questo perché strutturato in modo tale da non esigere l'immediato passaggio di proprietà del bene fra i contraenti. A lato quindi della donazione immediatamente traslativa, nulla, la Corte ammette la donazione obbligatoria di dare, nella quale il donante "*deve assumere espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto dal terzo al donatario. La donazione di beni altrui vale, pertanto come donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico"*; *"se, invece, l'altruità del bene donato non risulti dal titolo e non sia nota alle parti, il contratto non potrà produrre effetti obbligatori"*. La Corte quindi ammette che i contraenti possano procedere alla donazione di quota di un bene facente parte di una più ampia massa ereditaria se facciano risultare dall'atto che il bene nel momento della conclusione del contratto non appartiene – ancora – al donante, e che questi si assume l'obbligo di procurarne l'acquisto al donatario. I requisiti dell'art. 769 c.c. vengono così soddisfatti: l'arricchimento del donatario in tale ipotesi si sostanzia *nell'assunzione da parte del donante dell'obbligo di procurare l'acquisto alla controparte*, e ciò appare pienamente in linea con le previsioni dello stesso articolo nella misura in cui si prevede che "*una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione"* (art. 769 c.c.)[13] . Tale ricostruzione quindi accede ad una diversa forma di donazione, ovvero alla donazione obbligatoria, caratterizzata dal fatto che fin dall'origine, per espresso e formale accordo delle parti, oggetto della donazione è stata l'assunzione da parte del donante dell'obbligo di procurare l'acquisto di un bene "*della cui appartenenza ad un terzo le parti siano consapevoli*"[14]. In questo caso quindi l'arricchimento/impoverimento delle parti trova corpo fin dall'origine, per espresso e formale accordo delle parti, nell'obbligazione che il donante scientemente assume nei confronti

[13] Cfr. BIONDI, *op. cit.*, p. 347.

[14] Così MENGONI, *op. ult. cit.,* p. 27*;* nonchè BIONDI, *op. cit.*, p. 348; PALAZZO, *op. cit.,* p. 98.



del donatario. Alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite può quindi affermarsi l'ammissibilità di una donazione di beni altrui ad effetti obbligatori, nella quale il donante semplicemente si assume l'obbligo di procurare al donatario l'acquisto di un bene di proprietà di un terzo. La sorte di questa disposizione è diversa da quella di una donazione di beni altrui immediatamente traslativa, poiché quest'ultima è nulla ad avviso della Corte, mentre la prima è valida ed efficace.

**5.** − A seguito della sentenza della Corte, la donazione di cosa altrui va considerata nulla, almeno nella sua tradizionale attitudine di contratto ad effetti reali, idoneo a realizzare, seppur a titolo gratuito, il passaggio di proprietà immediato fra i contraenti. E a ben vedere, i motivi di diritto espressi dalla Corte appaiono fondati e difficilmente attaccabili. La non appartenenza del bene al patrimonio del donante nel momento della conclusione del contratto impedisce l'effetto traslativo che può aversi se e solo se chi dona è già, da prima del negozio, proprietario della *res* donata [15]. La pronuncia della Cassazione appare essere la più sensata e conforme alla sensibilità sociale, anche relativamente ai rapporti patrimoniali più elementari: che senso avrebbe parlare di depauperamento e *animus donandi* nella donazione di qualcosa che non ci appartiene? E soprattutto, perché riconoscere nella donazione di un diritto che non ci appartiene un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico [16]? Tanto il senso comune, quanto la ricostruzione giuridica dell'oggetto del giudizio sembrano spingere verso l'invalidità del negozio.

Appare opportuno tuttavia sottolineare che a fronte di una certamente condivisibile ricostruzione giuridica della nullità della donazione di cosa altrui, sembrerebbe lasciare spazio a qualche perplessità la correttezza della sussunzione della fattispecie all'attenzione della Corte sotto l'etichetta di "donazione di cosa altrui". I giudici erano stati chiamati a giudicare di una fattispecie ben più complessa, quale la donazione di quota di un bene facente parte di una più ampia massa ereditaria; e l'asserita equivalenza fra le due categorie sarebbe stata meritevole di maggiore attenzione da parte dell'estensore in sede di motivazione. La sentenza infatti approda alla dichiarazione di nullità della donazione, quale donazione di cosa altrui, senza preoccuparsi di spiegare perché ciascun singolo bene del compendio ereditario si consideri bene altrui rispetto a ciascun coerede. L'operatore di diritto perciò deve procedere alla ricostruzione induttiva del ragionamento che ha portato a definire "altrui" un bene dell'eredità su cui il coerede vanta una quota di proprietà seppur indivisa.

**5.1.** − Il concetto di altruità del bene presuppone la non titolarità in capo al donante del diritto di proprietà sul bene donato. Nel caso in esame la fattispecie si presenta complessa: ciascun coerede vanta certamente una quota di proprietà sull'intero compendio ereditario che si compone di più beni; oggetto di indagine deve essere pertanto la natura del diritto del coerede sui singoli beni prima che si addivenga alla divisione ereditaria. La qualificazione del bene del com-

[15] Cfr. MENGONI, *op.ult. cit.,* p. 2.

[16] Cfr. MENGONI, *op.ult. cit.,* p. 3.



pendio ereditario come bene altrui deve perciò necessariamente trovare la sua *ratio* in una valutazione che non chiami in causa il diritto del coerede su una quota dell'intero asse ereditario. Non resta che dedurre che l'altruità del bene dell'eredità rispetto a ciascun coerede si ricavi alla luce della retroattività dell'esito divisionale, così come stabilito dall'ultima parte dell'art. 757 del codice civile. Si prevede infatti che il coerede a seguito della divisione *"si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari"*. Qualora il giudice stabilisca o i coeredi si accordino nel senso che ciascuno riceva in piena ed esclusiva proprietà uno (o anche più) beni dei quali si componeva l'asse ereditario, ciascuno di loro sarà da considerare come se fosse stato fin dall'apertura della successione proprietario del bene concretamente assegnatogli, e *come se non fosse stato mai* proprietario degli altri beni. Il connotato dell'altruità quindi potrebbe predicarsi solo dei beni dell'asse ereditario non assegnati al donante, dei quali lo stesso – a seguito della divisione – può dirsi che non è stato *mai* proprietario. Per effetto dell'art. 757 c.c. il coerede sarà sempre stato proprietario del bene assegnatogli e mai sarà stato proprietario degli altri; ed è proprio in riferimento a questi ultimi altri beni che è configurata l'ipotesi dell'"altruità del bene". Se il coerede procede, prima della divisione, alla donazione della quota di un bene della massa ereditaria, ma in quello stesso momento non può sapersi *ancora* quali beni saranno allo stesso assegnati o meno in sede di divisione, allora non può sapersi effettivamente se la donazione insisterà sul bene che sarà sempre stato del donante o non sarà mai stato di sua proprietà. E allora la Corte, nel dubbio dell'esito divisionale, taglia il nodo di Gordio qualificando *in ogni caso* ciascun bene dell'asse ereditario come bene altrui e precludendone la possibilità di trasferimento a titolo di donazione. Tale impostazione appare la più tuzioristica, ma allo stesso tempo si contraddistingue per una restrizione significativa dell'autonomia privata e della circolazione dei beni, in particolar modo nell'ambito dei rapporti familiari, dove è statisticamente più frequente che si proceda alla donazione di beni pervenuti a titolo di successione.

L'argomento segue l'impostazione tradizionale secondo cui ciascun coerede si intende titolare solo della quota di proprietà indivisa dell'eredità, ma non della quota sui beni singolarmente intesi che la compongono [17]. Al coerede non si riconosce alcuna situazione giuridica soggettiva in riferimento a nessuno dei beni dell'eredità prima della divisione, neppure limitatamente alla quota allo stesso riferibile; egli prima della divisione ereditaria è titolare della quota sul tutto, ma questa non riverbera sui singoli beni del tutto, e pertanto, fino a che non si proceda a divisione, il coerede non vanta un potere di disposizione a titolo di donazione perché non esiste ancora nel suo patrimonio l'oggetto su cui fare valere tale potere [18].

---

[17] In senso analogo cfr. PIRONE, *L'intervento delle Sezioni Unite sulla donazione di quota di un bene facente parte di una massa comune,* Notariato, 3/2016 p. 250, ove si legge: "*Dunque, poiché* manente comunione *non è possibile sapere quali beni saranno assegnati al condividente, ne consegue che egli non è titolare (e di conseguenza non è titolato a disporre) né del singolo bene ereditario, né tantomeno della quota su di esso", e anche "[...] il rapporto del coerede con il cespite ereditario non è diretto, ma è* schermato *dalla quota ereditaria"*. In senso contrario, tra gli altri, FEDELE, *La comunione*, *Tratt. dir. civ*. diretto da Grosso-Santoro-Passarelli, Milano 1967, p. 293 ss.

[18] Si veda anche SCHLESINGER, *Successioni* (*diritto civile*): *parte generale*, Torino 1971, p.762.



**5.2.** – L'esito che giunge a qualificare *in ogni caso* il bene ereditario come "bene altrui" non convince pienamente la dottrina. Si rinvengono invero ricostruzioni che parrebbero suggerire soluzioni alternative: si osserva in primo luogo che il bene parte dell'asse ereditario non dovrebbe considerarsi bene altrui *tout court*, ma solo eventualmente altrui, posto che l'esito divisionale è assolutamente incerto e non prevedibile *ex ante.* Non si è di fronte a una mera precisazione lessicale. Nell'ambito di questa incertezza è da sottolineare che la possibilità che il bene vada assegnato a un coerede diverso dal donante esiste, ma si contrappone anche all'eventualità che il donante riceva proprio quel bene del quale ha già disposto in precedenza – anche se limitatamente alla sua quota. Tale situazione di ambivalenza, per altro ineliminabile prima della divisione, parrebbe suggerire la possibilità di una regolamentazione diversa delle due alternative [19]. In secondo luogo qualificare *sempre* il bene della massa ereditaria come bene altrui esaltando la retroattività della divisione, soprattutto nel caso *eventuale* in cui il bene donato non sia assegnato al coerede donante, appare forse eccessivamente incisivo delle facoltà del coerede: è vero che egli vanta solamente una quota di proprietà sull'intero compendio ereditario, ma è altrettanto vero che nel concreto esso si sostanzia della somma dei singoli beni che lo compongono. In questo senso appare forse eccessivamente rigida l'affermazione della Corte nella motivazione della sentenza nella misura in cui si legge: "*Né una distinzione può desumersi dall'art. 757 c.c., in base al quale ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione anche se per acquisto all'incanto e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari. Invero, proprio detta previsione impedisce di consentire che il coerede possa disporre, non della sua quota di partecipazione alla comunione ereditaria* – ovvero la così detta "quotona" –, *ma di una quota del singolo bene compreso nella massa destinata a essere divisa, prima che la divisione venga operata e il bene entri a far parte del suo patrimonio".* Affermare che prima della divisione il bene non sia parte del patrimonio del coerede lascia dei dubbi in riferimento a determinati poteri che la legge invece riconosce al coerede, quali per esempio la riscossione di canoni in caso di locazione del bene del compendio non ancora diviso. Senza considerare che i coeredi potrebbero, con accordo unanime, procedere alla vendita del singolo bene ereditario prima della divisione realizzando una vendita di cosa propria e non di cosa altrui, poiché interverrebbero in atto tutti i proprietari del bene. È vero che la partecipazione di tutti scongiurerebbe i problemi che invece deriverebbero dalla donazione effettuata *pro quota* solamente dal singolo coerede, ma è altrettanto vero che procedendo alla vendita si verificherebbe l'alienazione di un diritto *proprio di ciascun* coerede.

[19] In questo senso, sulla dicotomia fra attualità e eventualità dei negozi, cfr. MAGLIULO, *La donazione di quota indivisa su un bene facente parte di una più ampia massa comune*, *CNN Studi e materiali*, 2010, p. 2, in cui si legge "*è un modo di ragionare sbagliato [...] sul piano logico perché si finisce per valutare una fattispecie attuale (l'atto di disposizione della quota) alla stregua di un evento futuro e dall'esito incerto (la divisione)"*



**5.3. –** Oltre agli esposti motivi esiste anche un'altra considerazione che lascia vive delle perplessità circa la qualificazione dei beni della massa ereditaria come beni altrui. L'altruità del bene infatti può ipotizzarsi – come ammesso dalla sentenza seppur incidentalmente – solo nel caso in cui il compendio ereditario si componga di una pluralità di beni su cui insistono una pluralità di quote indivise assegnate ai vari coeredi; la divisione con il suo tipico effetto retroattivo comporterà l'assegnazione dei singoli beni ai coeredi che diverranno proprietari esclusivi e saranno considerati come se mai avessero avuto la proprietà degli beni assegnati agli altri coeredi. Tale argomentazione ha come presupposto di fatto e deve la sua validità logica alla circostanza che il compendio ereditario si componga di una pluralità di beni. Solo la sussistenza di una pluralità di beni permette infatti la possibilità logica di assegnare ai vari coeredi beni diversi fra loro, in modo che per ciascun coerede sarà "bene altrui" il bene assegnato agli altri. Il ragionamento tuttavia non può trovare applicazione in assenza del presupposto logico della pluralità dei beni della massa ereditaria, ovvero nel caso di una successione in cui l'asse ereditario si componga di un bene unico. Le quote indivise di tutti i coeredi insistono sul medesimo cespite sul quale ciascun coerede può esercitare prima della comunione tutte le prerogative del comproprietario. È fin da subito evidente ed intuitivo come nella fattispecie appaia difficile potere definire il bene ereditario come "bene altrui". Ciascun coerede vanta una quota di proprietà sul bene prima della divisione e l'altruità, intesa come non appartenenza del diritto al patrimonio del soggetto, difficilmente potrebbe predicarsi.

Tale assunto sembra trovare conferma nel ragionamento seguito dalla Corte: "*In sostanza, la posizione del coerede che dona uno dei beni compresi nella comunione (ovviamente, nel caso in cui la comunione abbia ad oggetto una pluralità di beni) non si distingue in nulla da quella di qualsivoglia altro donante che disponga di un diritto che, al momento dell'atto, non può ritenersi incluso nel suo patrimonio*". Ragionamento che sottolinea come si possa qualificare il singolo bene come bene altrui solo nel caso di asse ereditario plurimo ma non in caso di asse ereditario con unico cespite. E sembra confermare tale – a dir il vero intuitiva – considerazione anche il rilievo che in caso di asse ereditario con unico cespite i diritti vantati dai coeredi sul singolo bene coinciderebbero genericamente con i diritti sull'intera eredità, ovvero sarebbero riconducibili alla cosiddetta "quotona": i coeredi vantano le quote solo sull'intero asse ereditario, ma poiché esso si sostanzia di un bene singolo la quota dell'intera eredità inerisce e si traduce nella quota sul singolo bene [20].I poteri di disposizione del coerede della quota di eredità (unitariamente intesa) sono riconosciuti *ex lege* già dagli artt. 477 e 478 del codice civile, e fra questi emerge chiaramente la donazione (art. 477 c.c.) [21].

Appare quindi necessaria una ponderata valutazione dell'opportunità che un bene ereditario

---

[20] Cfr. Cass. 1 Luglio 2002, n. 9543.

[21] Sull'ammissibilità della disposizione della "quotona" PIRONE, *op. cit.* pag. 250: "[...] *il rapporto del coerede con il cespite ereditario non è diretto, ma è* schermato *dalla quota ereditaria, intesa come* pars *di un'*universitas *della quale soltanto il coerede può disporre con effetti traslativi immediati*".



si consideri "bene altrui" o *non* si consideri tale – con la conseguente facoltà di disporne a titolo di donazione in caso di asse ereditario a unico cespite e conseguente nullità del negozio invece in caso di asse ereditario plurimo – sulla base di una circostanza come la pluralità o la unicità dei beni che compongono la massa ereditaria, circostanza questa oggettiva ma comunque estrinseca e diversa dalla valutazione della natura della situazione giuridica, sulla quale solamente dovrebbe basarsi la ricostruzione della fattispecie.

I beni che compongono l'asse ereditario si considerano compresi nella *universitas* rappresentata dall'eredità, bene *sui generis,* suscettibile di essere considerato unitariamente nel suo complesso ma anche valutabile in riferimento ai singoli beni che lo compongono, i quali possono essere oggetto di disposizione autonoma e separata. È peraltro opportuno rimarcare che l'eredità è *universitas* sia nel caso si componga di una pluralità di beni (come è proprio del regime dell'università, sia essa di diritto o di fatto), sia nel caso in cui invece la delazione dell'eredità riguardi un singolo bene. Ciò che deve rilevare è la natura della situazione giuridica, che è la medesima in entrambe le ipotesi, e non la consistenza del compendio ereditario. Né l'idea che l'eredità sia una *universitas* appare in contrasto con la possibilità di disposizione della quota da parte di uno dei coeredi, poiché come già detto l'*universitas* ammette anche la considerazione – e la disposizione – separata e autonoma di ciascun bene che la compone, e in caso di eredità con unico bene il problema neanche si porrebbe.

**6**. − Vale la pena di interrogarsi sulla possibilità di estendere la questione relativa alla nullità della donazione di quota su bene facente parte di una comunione ereditaria anche all'ipotesi di comunione ordinaria. Ci si chiede cioè se nell'ambito di una comproprietà riguardante una pluralità di beni il singolo comproprietario possa validamente disporre della sua quota insistente sul singolo bene a titolo di donazione. È il caso ad esempio in cui due amici acquistino due appartamenti per una quota di 1/2 ciascuno; il riferimento all'acquisto per compravendita è solamente esemplificativo, ma comunque necessario per riferirsi a un regime di semplice comunione ordinaria. Un'indagine che si basi sull'iter argomentativo ed anche sui dati testuali della pronuncia in esame e, soprattutto, sui dati sistematici implicati, porta ad escludere che le ipotesi di comunione ordinaria e ereditaria siano assoggettate allo stesso regime.

La sentenza recita, in un passo già esaminato: "Invero, proprio detta previsione (ovvero l'art. 757 c.c.) impedisce di consentire che il coerede possa disporre, non della sua quota di partecipazione alla comunione ereditaria, ma di una quota del singolo bene compreso nella massa destinata a essere divisa, prima che la divisione venga operata e il bene entri a far parte del suo patrimonio". La Corte si riferisce espressamente alla comunione ereditaria, posto che l'oggetto del giudizio ineriva a tale fattispecie, ed esclusivamente a quella, senza menzione della comunione ordinaria in nessuna circostanza. Nel passo riportato emerge la dicotomia di disciplina fra le così dette "quotona" e "quotina", ammettendo la validità della donazione per la prima e dichiarandone la nullità per la seconda; ma tale differenziazione di disciplina inerisce solamente alle ipo-



tesi di comunione ereditaria. Il mancato riferimento alla comunione ordinaria induce quindi a pensare che tale restrizione non sia applicabile alla stessa.

A parte tali valutazioni di natura interpretativa, esiste un altro ordine di considerazioni che sembrerebbe portare a escludere l'applicabilità del principio di diritto descritto in sentenza anche alle ipotesi di comunione ordinaria. La declaratoria di nullità della donazione di quota di bene facente parte di una più ampia massa ereditaria si basa sulla qualificazione del bene oggetto di disposizione come "bene altrui". Tale assunto ha come presupposto che il bene sia parte di quell'ampio complesso di beni e rapporti patrimoniali e giuridici rappresentato dall'eredità che, come già detto, è una *universitas,* derivando questa in blocco *mortis causa* dall'unico *de cuius.* Essa può essere valutata sia nella singolarità dei cespiti che la compongono sia nella sua globale composizione unitaria; la divisione e la concreta assegnazione ai coeredi dei beni lasciano agevolmente intendere che il bene assegnato specificamente al singolo coerede rappresenta una frazione di un tutto precedentemente inteso unitariamente: pertanto ben potrebbe comprendersi la definizione dei beni non assegnati al donante come "beni altrui", a causa della retroattività dell'effetto divisorio sancito dall'art. 757 c.c. Tale ricostruzione non può essere riproposta invece per la comunione ordinaria: qualora due (o più) soggetti siano comproprietari di più di un bene, ciascuno di essi sarebbe giuridicamente svincolato dagli altri, poiché in tal caso non si riscontrerebbe quella provenienza unitaria riconducibile alla successione del *de cuius*. Perciò, riprendendo l'esempio di prima, se i due amici comprassero i due appartamenti, ognuno per la quota di un mezzo, ciascun bene sarebbe giuridicamente indipendente e svincolato dall'altro, non essendo ricompreso in nessun tipo di *universitas* che invece esiste nella comunione ereditaria. A conferma di questa diversità, procedendo alla divisione della comunione ereditaria, si dovrebbe giocoforza procedere alla divisione di tutti i beni che compongono la massa, con attribuzione dei beni ai coeredi con effetto retroattivo; nella comunione ordinaria invece la divisione riguarderebbe il singolo bene, anche quando gli stessi comproprietari avessero in comunione ordinaria altri 100 beni. E questo perché non sussiste nessun tipo di relazione fra i vari beni dei quali ipoteticamente siano comproprietari in comunione ordinaria gli stessi soggetti. Riprendendo ancora una volta il nostro esempio, i due amici potrebbero ben procedere alla divisione dell'appartamento A (con richiesta in ogni tempo da parte di ciascun comproprietario, *ex art*. 1111 c.c.) e invece mantenere ferma la comunione ordinaria per l'appartamento B. Considerare ciascun bene singolarmente, perché la comunione insiste su quel bene e non su altri, impedisce di predicare "l'altruità" in relazione gli altri, poiché: a) come detto non esiste relazione fra i vari beni eventualmente appartenenti agli stessi soggetti; e b) può procedersi alla divisione del singolo bene e mantenere ferma la comproprietà per gli altri [22]. Va dunque a escludersi l'applicabilità del principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite con la pronuncia in commento alle ipotesi di comunione ordinaria.

Infine: applicare il principio di diritto espresso dalla Corte anche alla comunione ordinaria

[22] In questo senso anche FRAGALI, *op. cit.*, p. 447



sarebbe in palese contrasto con il principio di libera disponibilità della quota da parte del comproprietario. L'art. 1103 c.c. afferma che "*Ciascun partecipante può disporre del suo diritto e cedere ad altri il godimento della cosa nei limiti della sua quota*". La chiara formulazione della norma non lascia spazio a dubbi interpretativi e ammette anche la donazione di quota, posto che il trasferimento a titolo di donazione è certamente riconducibile al generico potere di disposizione riconosciuto a ciascun comproprietario, seppur limitatamente alla quota [23].

**7.** − Alla luce delle suesposte argomentazioni va vagliata l'ammissibilità di ricostruzioni alternative del fenomeno in esame. La questione investe l'ammissibilità della c.d. donazione subordinata all'esito divisionale. Presupposto fondamentale di tale fattispecie sarebbe che il donatario venga reso edotto della situazione, ovvero sia consapevole di ricevere una quota che insiste su un bene appartenente alla comunione ereditaria e pertanto soggetto a una futura divisione fra i coeredi. L'obbligo a carico del donante di informare il suo avente causa della complessità della situazione giuridica e patrimoniale gravante sul bene sarebbe da ricondurre nell'alveo del più ampio obbligo di buona fede contrattuale che deve informare la condotta dei contraenti ai sensi degli artt. 1175 c.c., 1337 c.c. e 1375 c.c. Dato questo presupposto sembrerebbe possibile strutturare la donazione della "quotina" come donazione sottoposta a condizione sospensiva. L'evento dedotto in condizione sarebbe da individuarsi nell'assegnazione in sede di divisione al coerede donante proprio del bene la cui quota era stata precedentemente donata, e in questo caso si parlerebbe di "donazione all'esito divisionale". Qualora la condizione non si verificasse, *nulla quaestio*: l'atto rimarrebbe definitivamente inefficace, la donazione della "quotina" non si realizzerebbe e la divisione procederebbe fra i coeredi originari senza complicazioni. Inoltre il donatario non verrebbe pregiudicato né dal punto di vista patrimoniale, stante la natura gratuita del negozio di donazione, né dal punto di vista dell'affidamento che egli avrebbe potuto eventualmente riporre nella donazione, posto che era stato previamente informato della natura peculiare del bene in oggetto tanto da accordarsi di dedurre in condizione sospensiva di efficacia del negozio l'assegnazione del bene al coerede. Al contrario, in caso di effettiva assegnazione del bene al coerede, con il verificarsi della condizione la donazione acquisterebbe efficacia *ex tunc*, e il donatario si riterrebbe proprietario della quota fin dal momento della conclusione della donazione. Prima del verificarsi della condizione, il donatario rimarrebbe soltanto in una situazione di mera aspettativa, posto che il trasferimento del diritto si produrrebbe solo in caso di avveramento della condizione; ciò appare idoneo a scongiurare il riproporsi delle problematiche emerse nel giudizio all'attenzione della Corte, poiché la donazione così formulata scongiurerebbe il rischio della donazione di un bene "altrui", mantenendo la sua natura obbligatoria, dato che l'effetto traslativo viene subordinato negozialmente all'appartenenza dello stesso diritto al coerede donante, stavolta non solo in ragione della successione al *de cuius*, ma anche in ragione

[23] Ancora FRAGALI, *op. cit.*, p. 441



della successiva e definitiva divisione realizzata fra i coeredi originari. Inoltre tale ricostruzione, riportando nello stesso schema negoziale due istituti caratterizzati dalla retroattività dei loro effetti, ovvero il meccanismo condizionale da un lato e il fenomeno divisorio dell'eredità dall'altro, garantisce la coincidenza che nella donazione all'esito divisionale il momento nel quale il donante acquista la proprietà del bene assegnato coincide con l'istante nel quale si verifica il passaggio di proprietà della "quotina" fra donante e donatario.

Parte della dottrina si schiera in senso contrario a tale ricostruzione; dedurre in condizione sospensiva, che in quanto tale è un fatto futuro e incerto, l'assegnazione in sede di divisione del bene al donante rappresenterebbe soltanto un espediente per ovviare alla mancanza dell'attualità in sede di conclusione dell'atto dell'impoverimento del donante con il contestuale arricchimento del donatario. Pertanto anche tale contratto sarebbe da considerarsi nullo per le stesse ragioni sopraesposte. Si osserva in particolare:[24] "*la subordinazione dell'atto liberale alla condizione sospensiva dell'assegnazione del bene in sede divisionale, potrebbe configurarsi quale tentativo,* ex post*, di recuperare l'elemento strutturale (l'impoverimento del donante ed il corrispondente arricchimento del donatario) che invece deve sussistere al momento della conclusione del negozio: in mancanza l'atto è nullo, ed insuscettibile di sanatoria".* Tale ragionamento appare condivisibile, sulla base di una semplice valutazione cronologica: al momento della liberalità il bene donato non è – ancora, forse – di proprietà del donante, e le stesse parti ne sono consapevoli tanto da dedurre a condizione di efficacia del contratto l'assegnazione futura ed eventuale del bene al donante.

Appare comprensibile quindi che la retroattività della condizione sospensiva non sia idonea a salvaguardare l'elemento costitutivo della causa della donazione, cioè l'attualità già in sede di stipula dell'impoverimento del donante con correlativo arricchimento del donatario, e a salvare quindi il negozio dalla nullità.

[24] Ancora PIRONE, *op. cit,* p. 258

JUS CIVILE



*MARINA MORETTI*

*Dottore in Giurisprudenza*

*ALESSIO CARACCIOLO*

*Dottorando di ricerca – Università di Bari*

# LA RILEVANZA DELLA CONVIVENZA CONIUGALE IN TEMA DI DELIBAZIONE DELLE SENTENZE ECCLESIASTICHE DICHIARATIVE DELLA NULLITÀ MATRIMONIALE

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Il quadro normativo. – 3. Il procedimento di delibazione. – 4. Il concetto di ordine pubblico. – 5. Il limite dell'ordine pubblico alla delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale.*

**1.** − Le sentenze ecclesiastiche di declaratoria di nullità matrimoniale canonica, dopo i Patti Lateranensi del 1929 e fino agli anni '70, venivano recepite automaticamente dallo Stato Italiano ed erano riconosciute, agli effetti civili, qualunque fosse la motivazione. Successivamente agli accordi di Villa Madama dell'84, il riconoscimento nell'ordinamento italiano delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale emesse da un Tribunale Ecclesiastico è possibile solo dopo che sul provvedimento canonico vi sia stato il vaglio della Corte d'Appello italiana (c.d. giudizio di delibazione).

Nel 2014, la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi a Sezioni Unite [1], ha sancito che *«la convivenza coniugale che si sia protratta per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio concordatario, crea una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali e ordinarie di ordine pubblico italiano che sono fonti di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità, anche genitoriali, e di aspettative legittime tra i componenti della famiglia. Pertanto, non può essere dichiarata efficace nella Repubblica Italiana la sentenza definitiva di nullità di matrimonio pronunciata dal Tribunale ecclesiastico per qualsiasi vizio genetico accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico per contrarietà all'ordine pubblico interno italiano»* [2].

---

[1] Si tratta di Cass., sez. un., 17.7.2014, n. 16379, in «Rep. Foro it.», 2014, voce "Matrimonio", n. 22, nonché, per esteso, in "Nuova giur. civ.", 2015, I, pp. 36-50, con perspicua nota di U. Roma, Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento, pp. 50-61. Per un'approfondita analisi di tale pronunzia, cfr. pure E. Quadri, Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, "ivi", 2015, II, pp. 47-60. Cfr. *amplius*, infra, § 5.

[2] Tra i commenti alla sentenza cfr. pure M. CANONICO, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell'ago*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, n. 25 del 2015;



Pertanto, alla luce del nuovo orientamento giurisprudenziale, non possono essere delibate le sentenze di nullità matrimoniale qualora la convivenza tra i coniugi si sia protratta per un periodo di tre anni. In tal modo, la Suprema Corte ha affrontato due temi fondamentali: da un lato la riconoscibilità esterna della convivenza; dall'altro lato, la determinazione "secondo ragionevolezza" del periodo di tempo necessario perché la convivenza possa qualificarsi stabile.

Sebbene la *ratio* sia quella di porre un freno agli abusi dell'istituto della delibazione, che consentivano di eludere la normativa italiana sul mantenimento a favore del coniuge più debole, non sono mancati autorevoli dissensi in quanto il matrimonio concordatario subirebbe una ulteriore svalutazione sul piano giuridico interno.

**2.** − Il codice civile del 1865 disconosceva gli effetti civili del matrimonio canonico, sul presupposto che la formazione del rapporto coniugale dovesse essere disciplinata dalla legge dello Stato [3]. In definitiva, si avevano in Italia due tipi di matrimonio, civile e canonico, ciascuno rilevante esclusivamente nella propria sfera di competenza e caratterizzati da una reciproca indifferenza anche in sede giurisdizionale [4].

Successivamente, il Concordato stipulato tra la Santa Sede e l'Italia in data 11 febbraio 1929 introdusse, da un lato, la "esclusività" della giurisdizione ecclesiastica, prevedendo che le cause concernenti la nullità del matrimonio fossero riservate alla competenza dei tribunali ecclesiastici (mentre i rapporti patrimoniali restavano nella competenza del giudice nazionale) [5], e, dall'altro lato, che la delibazione della relativa sentenza avvenisse in modo automatico da parte dell'ordinamento italiano.

Nel testo originario, il Concordato sanciva all'art. 34 che «Lo Stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio, disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili» (primo comma) e che «Le cause concernenti la nullità del matrimonio e la di-

---

G. CASUSCELLI, *Delibazione e ordine pubblico: le violazioni dell'Accordo "che apporta modificazioni al Concordato lateranense"*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 28 del 2014; N. COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26 del 2014; J. PASQUALI CERIOLI, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 27 del 2014; E. QUADRI, *Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2015, II, pp. 47-60.

[3] Il tipo di matrimonio delineato nel 1865 appare in realtà come la traduzione laica del modello canonistico, soprattutto in relazione ai presupposti di capacità ed alle ipotesi di invalidità. La circostanza è del resto pienamente giustificata se si consideri sia la notevole diffusione del sentimento cattolico nella società dell'epoca sia l'opportunità, o addirittura l'esigenza, di usufruire della secolare esperienza ecclesiastica in materia.

[4] M. CANONICO, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, 2011.

[5] cfr. Cass. 10 luglio 2013 n. 17094.



spensa dal matrimonio rato e non consumato sono riservate alla competenza dei tribunali e dei dicasteri ecclesiastici. Le sentenze relative, quando siano divenute definitive, saranno portate al Supremo Tribunale della Segnatura, il quale controllerà se siano state rispettate le norme del diritto canonico relative alla competenza del giudice, alla citazione ed alla legittima rappresentanza o contumacia delle parti. Le dette sentenze definitive coi relativi decreti del Supremo Tribunale della Segnatura saranno trasmessi alla Corte di Appello dello Stato competente per territorio, la quale, con ordinanze emesse in Camera di Consiglio, li renderà esecutivi agli effetti civili ed ordinerà che siano annotati nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio. Quanto alle cause di separazione personale, la Santa Sede consente che siano giudicate dall'autorità giudiziaria civile» (commi 4-6).

La legge 27 maggio 1929, n. 810 dava esecuzione al Concordato mentre la legge 27 maggio 1929, n. 847 ne dettava le disposizioni per l'applicazione, indicando al capo II (Disposizioni relative ai matrimoni celebrati davanti i ministri del culto cattolico) nell'art. 17 che «La sentenza del tribunale ecclesiastico, che pronuncia la nullità del matrimonio, dopo che sia intervenuto il decreto del Supremo Tribunale della Segnatura, preveduto dall'art. 34 del Concordato dell'11 febbraio 1929, fra l'Italia e la Santa Sede, sono presentati in forma autentica alla Corte di appello della circoscrizione a cui appartiene il comune, presso il quale fu trascritto l'atto di celebrazione del matrimonio. La Corte di appello, con ordinanza pronunciata in camera di consiglio, rende esecutiva la sentenza e ne ordina la annotazione a margine dell'atto di matrimonio».

In tale contesto, la Corte Costituzionale negli anni ottanta sancì che doveva essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.1 della legge. 27 maggio 1929, n. 810, limitatamente all'esecuzione data al 6° comma dell'art. 34 del concordato, nonché dell'art. 17, 2° comma, della legge 27 maggio 1929, n. 847, nella parte in cui tali norme non prevedono che la Corte d'Appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, debba accertare che nel procedimento innanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, e che la sentenza non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano.

Successivamente, la legge 25 marzo 1985, n. 121[6] apportava modificazioni consensuali del Concordato lateranense affermando testualmente che «La Repubblica italiana e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti ed alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese».

Pertanto, venne abrogata tale "esclusività" della giurisdizione ecclesiastica a favore dell'ordinamento nazionale, il quale cominciò ad avere giurisdizione sul matrimonio concordatario esercitando un attento controllo dell'ordine pubblico interno, in sede di delibazione della sentenza ecclesiastica.

---

[6] Ratifica ed esecuzione dell'accordo con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modifiche al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra la Repubblica italiana e la Santa Sede.



**3.** – Con il termine "delibazione" si intende una procedura giudiziaria tramite la quale in un determinato Stato viene accordata – a domanda di parte – efficacia giuridica ad un provvedimento di carattere giudiziario emesso dall'autorità giudiziaria di un altro Stato. La domanda di delibazione deve inoltrarsi presso la Corte di Appello competente per territorio, nel cui distretto si trova il Comune ove fu trascritto il matrimonio stesso.

L'art. 8 dell'Accordo sancisce al primo comma che "Sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile, previe pubblicazioni nella casa comunale". Al secondo comma prescrive quanto segue: "Le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della Corte d'appello competente, quando questa – senza scendere nel merito – accerti:

a) che il giudice ecclesiastico era il giudice competente a conoscere della causa in quanto matrimonio celebrato in conformità del presente articolo;

b) che nel procedimento davanti ai tribunali ecclesiastici è stato assicurato alle parti il diritto di agire e di resistere in giudizio in modo non difforme dai principi fondamentali dell'ordinamento italiano [7];

c) che ricorrono le altre condizioni richieste dalla legislazione italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere: la non contrarietà della sentenza ecclesiastica ad altra sentenza pronunciata dal giudice italiano e passata in giudicato; che non sia pendente dinanzi al giudice italiano un giudizio fra le stesse parti avente il medesimo oggetto, instaurato prima del giudizio ecclesiastico; la non contrarietà ai principi di ordine pubblico italiano [8].

Verificata l'esistenza dei requisiti richiesti dall'ordinamento canonico, nonché le condizioni richieste da quello italiano per il riconoscimento dell'efficacia delle sentenze straniere, *ex* art.

---

[7] Si coglie l'eco dei principi – sui diritti al processo, alla giurisdizione ed alla difesa, quali diritti inviolabili dell'uomo (ex art. 2 Cost.) – consacrati dalla Corte costituzionale in alcune note pronunce del 1982, attinenti alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche (secondo il regime previgente del 1929) ed ai limiti dell'ordine pubblico. Si tratta delle sentenze in data 2.2.1982, nn. 16-17-18 (in "Riv. dir. proc.", 1982, pp. 528-571, con commento di F. FINOCCHIARO, *Giurisdizione ecclesiastica, diritto alla tutela giudiziaria e principi d'ordine pubblico davanti alla Corte costituzionale*). Sulla sentenza n. 18 del 1982, nonché sulle ricadute giurisprudenziali successive, cfr. pure S. LARICCIA, *Qualcosa di nuovo, anzi d'antico nella giurisprudenza costituzionale sul matrimonio concordatario*, in *Foro it*., 1982, I, 938-947 ; Id., *Esecutorietà delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale e ordine pubblico italiano*, "ivi", 1982, I, 2800-2805 (in nota a : Cass., sez. un., 1.10.1982, n. 5026 ; A. Bologna, ord. 22.7.1982 ; A. Genova, ord. 11.5.1982 e ord. 20.4.1982)

[8] Per ulteriori spunti e riflessioni, nel rapporto con la nozione di «ordine pubblico», si vedano, nella meno recente dottrina : P. CONSORTI, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche e limite dell'ordine pubblico dopo il nuovo accordo di Villa Madama*, nota a Cass., 6.12.1985, n. 6129 e n. 69128, in *Dir. eccles*., 1986, II, 399 ss. ; S. GHERRO, *Matrimonio concordatario e corti d'appello (l'attuazione senza legge dell'«accordo» di Villa Madama)*, in *Dir. eccles*., 1987, I, p. 540, e in *Giur. it*., 1987, IV, 129. Per un'approfondita analisi dei trends giurisprudenziali in materia, si consulti, oggi, la rassegna di L. LACROCE e di M. MADONNA, *Il matrimonio concordatario nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Dir. eccles*., 2012, 753-825.



797 c.p.c., la Corte d'Appello statuisce la delibazione, la quale, una volta trascritta nei registri dello stato civile, fa venir meno *ex tunc* gli effetti civili del matrimonio dal giorno della sua celebrazione, lasciando impregiudicati eventuali rapporti di filiazione e i relativi obblighi giuridici collegati. Ciò significa che viene meno l'esigenza di richiedere il divorzio, qualora esso non sia già giudizialmente intervenuto tra le parti; viceversa, è possibile richiedere la delibazione della sentenza ecclesiastica anche se lo stesso sia già intervenuto, lasciando fermi ed efficaci i relativi effetti personali e patrimoniali ivi stabiliti. La Corte è legittimata, altresì, ad assumere provvedimenti di natura economico-patrimoniale a favore del coniuge in buona fede (ossia di quello che ignorava, al momento della celebrazione, la causa di nullità) il cui matrimonio sia stato dichiarato nullo, rinviando poi le parti al tribunale competente per ogni definitiva statuizione in materia (artt. 129 e 129-*bis* c.c.).

**4.** − Nel delineare le condizioni ostative alla delibazione delle sentenze straniere il legislatore del '40 aveva enucleato, nell'ormai abrogato art. 797 c.p.c., una serie di requisiti positivi per il riconoscimento degli effetti di tali pronunce. L'abrogazione della norma, ad opera della l. 31 maggio 1995, n. 218, è stata accompagnata da una trasposizione pressoché immutata della sua disciplina nell'art. 64 della legge recante la disciplina del diritto internazionale privato, mantenendo dunque inalterata la considerazione dell'"ordine pubblico" (lettera g, già n. 7) quale fondamentale baluardo a salvaguardia dei valori strutturali dell'ordinamento.

Occorre, tuttavia, interrogarsi sulla reale portata di una disposizione che prevede sei criteri oggettivi ed uno, per certi versi, aleatorio, fondato su un parametro che non è definito dall'ordinamento. Difatti, il concetto di "ordine pubblico" non è cristallizzato da un punto di vista normativo [9], sicché occorre una considerevole opera ermeneutica per valutare caso per caso [10] (e,

[9] Di contro, sulla possibilità di rinvenire principi generali non codificati a partire dalle norme vigenti, v. D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, p. 126 ss.; A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Arch. giur.*, 1923, p. 181 ss.; V. MICELI, *I principii generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 26 ss.; F. ORESTANO, *Ancora dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1924, p. 275; V. ANDRIOLI, *Intorno ai principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, IV, p. 254 ss.; E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, p. 217 ss.; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento fascista*, Pisa, 1943, p. 186; A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, p. 54 ss.; L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 256; A. TOZZI, *I principi generali del diritto e il positivismo giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, p. 758; G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 1958, p. 32 ss.; V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, p. 24 ss.; P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo* in claris non fit interpretatio, *il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 525 ss. Nell'individuazione di un fondamento giuridico che renda cogenti le norme dell'ordinamento vigente, la tradizione giuridica occidentale vede spiccare due teorie che presentano taluni punti di contatto, pur giungendo a conclusioni differenti. La prima, facente capo a Kelsen, postula una *Grundnorm* "presupposta" e non "posta" che spinge i consociati a ritenere che ci si debba comportare secondo la Costituzione effettivamente statuita ed efficace, sebbene la stessa, per la sua natura di opera dell'ingegno al momento dell'interpretazione, non abbia



talvolta, tempo per tempo [11)] se sussistano "ragioni di ordine pubblico" contrarie alla delibazione della sentenza posta al vaglio della Corte d'Appello nella situazione contingente. La stessa definizione di "ordine pubblico" è suscettibile di variazioni a seconda che se ne prenda in considerazione una concezione negativa o una positiva [12]. Si tratta, in definitiva, di «*une grand mot qui*

---

(necessariamente) un risvolto volontaristico. La seconda, attribuita ad Hart, individua il pilastro nella *Rule of recognition*, che può coincidere con la Costituzione, prevedendo una maggior pregnanza del momento di adesione volontaria a quel determinato ordinamento. In tale ottica, si potrebbe concludere che il fondamento della validità giuridica della norma sia la volontà della maggioranza dei consociati, concetto rinvenibile in figure giuridiche non tipizzate quali ordine pubblico e buon costume.

[10] Sulla dicotomia tra lo studio dei princìpi e quello della loro fase applicativa, v. A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 10; sulle scelte metodologiche ispirate a criteri di prudenza, v. C. MAGNI, *Interpretazione del diritto italiano sulle credenze di religione*, I, *Possibilità operative analitiche e strutture d'ordine delle scelte normative*, Padova, 1959, p. 6.

[11] Basti pensare alle considerazioni operate in M. CICALA, *Diritto ecclesiastico e ordine pubblico*, Torino, 1974, p. 151 ss. riguardo la rilevanza della problematica applicativa dell'ordine pubblico matrimoniale. Ivi, si sostiene che le teorie favorevoli al riconoscimento di un limite di ordine pubblico alla delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale contrastino con l'art. 22, l. 27 maggio 1929, n. 847 («Nel caso in cui sia stata o venga pronunziata la nullità del matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico prima dell'attuazione della presente legge, la sentenza produce il suo effetto anche riguardo al matrimonio civile contratto fra le stesse persone, quando, osservate le formalità di cui all'art. 17 della presente legge, la Corte di appello, su domanda di una delle parti, abbia accertato che la nullità fu pronunziata per una causa ammessa anche nel codice civile»). Per un'analisi dei primi contrasti dottrinali in materia, cfr. C. MAGNI, *Incompatibilità dell'art. 5 del Concordato con le norme della Costituzione*, in *Quaderni del Ponte*, n. 4, *La libertà religiosa in Italia*, Firenze, 1956, p. 13 ss.; F. FINOCCHIARO, *Uguaglianza giuridica e fattore religioso*, Milano, 1958, p. 253; S. LARICCIA, *Esecutorietà delle pronunce ecclesiastiche in materia matrimoniale ed art. 24 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1967, p. 1494 ss.; G. CASUSCELLI, *Giurisdizione ecclesiastica in materia matrimoniale e costituzione italiana*, in *Dir. eccl.*, 1970, II, p. 75 ss.; S. BERLINGÒ, *Spunti per una fenomenologia della rilevanza dell'ordinamento confessionale e dell'ordine pubblico matrimoniale*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, Perugia, 1984, p. 815; R. PASCALI, *Patti lateranensi e custodia costituzionale*, Napoli, 1984, p. 419; S. DOMIANELLO, *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, 1987, p. 364; G. BARILE, *Principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e principi di ordine pubblico internazionale* in E. VITALI, G. CASUSCELLI, *La disciplina del matrimonio concordatario dopo gli accordi di Villa Madama*, Milano, 1988, p. 97 ss.

[12] Nella letteratura classica sul tema si rinvengono invero tre differenti orientamenti. Il primo, tradizionalmente riferito alle concezioni ottocentesche, considera l'ordine pubblico come limite negativo dell'ordinamento, legato ad un'ontologia normativa. Il secondo, opposto, parte dal presupposto che l'ordine pubblico sia un concetto mutevole legato all'evoluzione sociale e ne prospetta una malleabilità connessa alla "coscienza sociale". Se «la prima teorica si arresta al controllo (negativo) di non-difformità della norma, l'altra esige, invece, una valutazione (positiva) di coerenza e conformità ai *valori* dell'ordinamento» (S. DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, 1989, pp. 7-8). Da questa ricostruzione dei primi due orientamenti ne sorge un terzo, che riconduce la subordinazione dell'autonomia privata alla "rilevanza sociale" degli atti compiuti ad un sindacato di "meritevolezza" dell'interesse privato sia in negativo (divieto di contrarietà alla legge) che in positivo (concorso nella realizzazione dell'interesse generale). Tale sintesi dei due aspetti consentirebbe di individuare una concezione unitaria dell'"ordine pubblico", secondo la quale quest'ultimo costituirebbe un "fine" da raggiungere piuttosto che un "limite" da rispettare. Cfr. A. LEVI, *Ordine giuridico e ordine pubblico*, in *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. I, 1957, p. 238 ss.; V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1976, p. 222; R. NANIA, *Principi costituzionali e ordine pubblico internazionale*, in *Diritto pubblico e società*, 1979, p. 421 ss.; G. B. FERRI, *Ordine pubblico (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 1043; S. DOMIANELLO, *o.u.c.*, 1989, p. 7.



*peut avoir dans la langue commune, et il a dans nos lois, des acceptions très diverses*» [13]. Se non è dato avere contezza normativa di un'accezione comune di "ordine pubblico", d'altro canto è condivisibile ritenere che esso sia un "principio" fondamentale [14] di qualsivoglia ordinamento giuridico, che possa essere considerato come base della sua funzionalità [15], sebbene ciò non serva a definirlo senza abbandonarsi ad una semplice tautologia. Sostenere che l'"ordine pubblico" sia il principio che costituisce l'anima dell'ordinamento [16], in realtà, non giova né a stabilire cosa sia in concreto né ad applicarlo.

*«En réalité, l'ordre public n'est pas une chose distincte; c'est simplement un mode, une manière d'être que possèdent certaines choses, ou, pour employer des termes plus précis, un point de vue particulier sous lequel le législateur considère certaines de ses dispositions»* [17].

Ne consegue che il gravoso compito di stabilire cosa contrasti con l'"ordine pubblico" è affidato alla giurisprudenza, alla quale non può essere delegato un ruolo definitorio che porti ad incaricare «giudici (anche prudenti e responsabili) che ricompongano a mosaico, pezzo a pezzo, l'immagine visibile dell'ordine pubblico e ci rendano, in fine, per stratificazioni e approfondimenti successivi, l'opera compiuta, il cerchio chiuso» [18].

Sebbene *prima facie* potrebbe apparire lapalissiana l'attribuzione al giudicante dell'attività interpretativa, in questo frangente essa manifesta un *quid pluris* non privo di conseguenze. In effetti, se la Corte d'Appello dovesse operare una valutazione comparativa tra il principio di diritto applicato dal giudice straniero e quello di "ordine pubblico" interno dell'ordinamento italiano [19], ciò comporterebbe la costruzione di una gerarchia normativa che – in linea di principio

---

[13] "Una parola importante che può avere nella lingua comune, ed è così nelle nostre leggi, accezioni molto diverse" (trad. non lett.). E. ALGLAVE, *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2ª ed., I, Parigi, 1874, p. 491.

[14] V. F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. e soc.*, 1987, p. 198.

[15] V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1976, pp. 223-225.

[16] S. DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, 1989, p. 4.

[17] "Invero, l'ordine pubblico non è un qualcosa di distinto; è semplicemente un modo d'essere che possiedono alcune cose, o, più precisamente, un punto di vista particolare in base al quale il legislatore considera alcune delle sue disposizioni" (trad. non lett.). E. ALGLAVE, *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2ª ed., I, Parigi, 1874, p. 574-575.

[18] S. DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, 1989, p. 6. Sul ruolo fondamentale della interpretazione evolutiva, invece, v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 269 ss.; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941; P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 252 ss.; SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 119 ss.

[19] In altri termini, il giudice della delibazione dovrebbe operare un duplice ordine di valutazioni: in primo luogo, il raffronto tra la fattispecie concreta ed i principi rilevanti per l'ordine pubblico, al fine di individuare il formante da applicare nella comparazione; successivamente, il sindacato di conformità delle disposizioni applicate (e dei relativi principi) all'ordine pubblico italiano. Conseguenza pratica di questo doppio riscontro è che Corti diverse potrebbero astrattamente pervenire, per la stessa fattispecie, a conclusioni differenti sul principio applicabile, sulla sua valenza nei confronti dell'ordine pubblico o, infine, sulla sua contrarietà a quest'ultimo.



– dovrebbe ricalcare il sistema delle fonti del diritto. Ciononostante, accade non di rado che le antinomie non siano circoscritte ad un contrasto tra fonti ordinarie e fonti costituzionali, bensì tra principi costituzionali differenti. In tal caso, per far ordine ed evitare contrasti di giudicato a seconda dell'interpretazione del singolo, «si rischierebbe di prospettare una ulteriore gerarchia interpretativa, volta ad operare fra le stesse gerarchie di norme prospettate dai diversi operatori dell'interpretazione, ed in virtù della quale, anche all'interno del medesimo livello di legislazione, talune gerarchie interpretative prevarrebbero sulle altre, vincolandole» [20], riducendo di fatto il giudizio di conformità all'ordine pubblico ad un mero raffronto con delle categorie preimpostate, con susseguente avulsione dell'autonomia del giudice della delibazione [21]. In altri termini, l'applicazione pratica del principio dell'"ordine pubblico" presuppone due sole possibilità: «o il giudice della delibazione si considera autorizzato dall'art. 797 c.p.c. ad elaborare direttamente egli stesso una gerarchia funzionale esclusivamente interna alla Costituzione; ovvero, lo si ritiene legittimato soltanto ad utilizzare, in ogni possibile valenza, la mediazione offertagli dalla gerarchia delle fonti per creare una (ulteriore) gerarchia funzionale interna alla legislazione infracostituzionale» [22].

Si tratta, in effetti, di un paradosso di non semplice soluzione. Occorrerebbe, in definitiva, decidere se ridurre il giudice a mero "controllore" oppure se attribuirgli il potere di elaborare autonomamente una gerarchia funzionale al giudizio contingente. L'ondivago susseguirsi delle pronunce giurisprudenziali in materia di delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale [23]

---

[20] S. DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, 1989, p. 155.

[21] Cfr. G. TARELLO, *L'autonomia dell'interprete*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1965, p. 59 ss.

[22] S. DOMIANELLO, *Ordine pubblico, giurisprudenza per principi e delibazione matrimoniale*, Milano, 1989, p. 160.

[23] *Ex plurimis*, v. Cass. civ., 11 ottobre 1983, n. 5887, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 237; Cass. civ., 3 luglio 1987, n. 5823, in *Foro it.*, 1988, I, c. 474, con nota di QUADRI; Cass. civ., sez. un., 1 marzo 1988, n. 2164, in *Foro it.*, 1990, 1, c. 247, con nota di CIPRIANI, e in *Giust. civ.*, 1988, 1, p. 1141, con nota di FINOCCHIARO; Cass. civ., 14 gennaio 1988, n. 192, in *Arch. Civ.*, 1988, p. 405; Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 1993, n. 1824, in *Foro it.*, 1993, I, p. 722, con note di CIPRIANI, COLAIANNI e LARICCIA; in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 877, con nota di FINOCCHIARO; in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1477, con nota di UCCELLA; in *Corr. giur.*, 1993, p. 291, con nota di FERRARI; in *Arch. Civ.*, 1993, p. 279, con nota di DE LUCA; in *Dir. famiglia*, 1993, p. 512, con nota di DALLA TORRE, MONETA e TEDESCHI; in *Ammin. It.*, 1993, p. 862, con nota di MANERA; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 2106, con nota di COLELLA; in *Foro it.*, 1994, I, p. 537, con nota di ORIANI; Cass. civ., 18 aprile 1997, n. 3345, in *Fam. dir.*, 1997, p. 213, con nota di CARBONE; in *Foro it.*, 1997, I, c. 2962, con nota di GIACALONE; in *Dir. famiglia*, 1997, p. 911, con nota di BALENA; Cass. civ., 16 novembre 1999, n. 12671, in *Arch. Civ.*, 2000, p. 179, con nota di LACROCE; Cass. civ., 3 marzo 1984, n. 2677, in *Dir. eccles.*, 1984, II, p. 457; Cass. civ., 4 giugno 1987, n. 4889, in *Corr. giur.*, 1987, p. 940; Cass. civ., 24 luglio 1987, n. 6444, in *Corr. giur.*, 1987, p. 936, con nota di CARBONE; Cass. civ., sez. un., 20 luglio 1988, n. 4700, in *Foro it.*, 1989, I, c. 427, con nota di QUADRI; in *Dir. famiglia*, 1988, p. 1655, con nota di DALL'ONGARO; in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 680; in *Corr. giur.*, 1988, p. 1042, con nota di CARBONE; in *Arch. Civ.*, 1988, p. 1292; Cass. civ., 15 gennaio 1987, n. 241, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 1498; Cass. civ., 9 dicembre 1993, n. 12144, in *Foro it.*, 1995, I, c. 279, con nota di BALENA; in *Fam. dir.*, 1994, p. 153, con nota di MATERNINI; in *Nuova giur. civ.*, 1994, I, p. 796, con nota di MARTINELLI; in *Dir. famiglia*, 1995, p. 928, con nota di CANONICO; Cass. civ., 28 marzo 2001, n. 4457, in *Fam. dir.*, 2001, p. 482, con nota di PIGNATARO; Cass. civ., 8 gennaio 2001, n. 198, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Matrimonio*, p.



appare confermare questa seconda impostazione, al punto da necessitare l'intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite [24] per ricondurre a sistema le oscillazioni applicative. Tuttavia, anche tale pronuncia non ha carattere vincolante e, dunque, non perviene al risultato di risolvere la questione, come di palmare evidenza dall'esame dei provvedimenti ad essa successivi [25].

**5.** − Il matrimonio è un atto volontario [26] con il quale due persone, di sesso diverso, dichiara-

184; Cass. civ., 12 luglio 2002, n. 10143, in *Fam. dir.*, 2003, p. 147, con nota di GRAZIANO; Cass. civ., 16 luglio 2003, n. 1113, in *Giur. it.*, 2004, p. 1385; in *Dir. famiglia*, 2004, p. 78; Cass. civ., 29 aprile 2004, n. 8205, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3425; in *Dir. e giustizia*, 2004, 22, p. 3; Cass. civ., 28 gennaio 2005, n. 1821, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1223, con nota di COLELLA; Cass. civ., 28 gennaio 2005, n. 1822, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, p. 202, con nota di GAVAZZI; Cass. civ., 10 novembre 2006, n. 24047, in *Dir. eccles.*, 2006, II, p. 5; Cass. civ., 8 maggio 2007, n. 10452, in *Dir. eccles.*, 2007, 3, p. 234, con nota di SARACENI; Cass. civ., 2 agosto 2007, n. 16999, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1747; Cass. civ., 19 ottobre 2007, n. 22011, in *Dir. eccles.*, 2007, 3, p. 229, con nota di SARACENI; Cass. civ., 25 giugno 2009, n. 14906, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2982.

[24] Cass., sez. un., 17.7.2014, n. 16379, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 1368 ss., con nota di GIACOBBE; in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 36 ss., con nota di ROMA; in *Corr. giur.*, 2014, p. 1196 ss., con nota di CARBONE; in *Giur. it.*, 2014, p. 2111 ss., con nota di COLAIANNI; in *Fam. dir.*, 2015, p. 220 ss., con nota di GRAZIANO; in *Foro it.*, 2015, I, p. 388 ss., con nota di CASABURI; in *Studium iuris*, 2014, p. 1184 ss., con nota di PEPE.

[25] Cass. civ., sez. I, 6 luglio 2015, n. 13883, in *Fam. dir.*, 6, 2016, p. 548 ss., con nota di FAZIO. In tale circostanza, la Corte ha ribadito il seguente principio di diritto: «In tema di delibazione della sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità di un matrimonio concordatario per difetto di consenso, le situazioni di vizio psichico assunte dal giudice ecclesiastico come comportanti inettitudine del soggetto, al momento della manifestazione del consenso, a contrarre il matrimonio non si discostano sostanzialmente dall'ipotesi d'invalidità contemplata dall'art. 120 c.c., cosicché è da escludere che il riconoscimento dell'efficacia di una tale sentenza trovi ostacolo in principi fondamentali dell'ordinamento italiano. In particolare, tale contrasto non è ravvisabile sotto il profilo del difetto di tutela dell'affidamento della controparte, poiché, mentre in tema di contratti la disciplina generale dell'incapacità naturale dà rilievo alla buona o malafede dell'altra parte, tale aspetto è ignorato nella disciplina dell'incapacità naturale, quale causa d'invalidità del matrimonio, essendo in tal caso preminente l'esigenza di rimuovere il vincolo coniugale inficiato da vizio psichico».

[26] Per lungo tempo non v'è stato alcun dubbio sulla natura contrattuale del matrimonio. Prendendo le mosse dal dettato testuale del *codex iuris canonici*, la codificazione francese aveva adottato il matrimonio-contratto, seguita dal legislatore italiano del c.c. 1865. Le prime critiche alla qualificazione del matrimonio quale contratto si individuano nella teoria istituzionale (M. SESTA, *Lezioni di diritto di famiglia*, Padova, 1997, pp. 1-51), che pone in una posizione di preminenza l'ufficiale di stato civile, attribuendo alla sua dichiarazione efficacia costitutiva – o, per lo meno, di elemento essenziale del negozio (D. RICCIO, *La famiglia di fatto*, Milano, 2010, p. 106). La concezione istituzionale, attribuente al matrimonio la qualificazione di atto del potere statuale, appare oggi del tutto superata, in particolare considerando la lettera dell'art. 29 Cost., il quale definisce la famiglia «società naturale», incompatibile con qualsiasi tipo di atto costitutivo estraneo alla volontà dei nubendi (G. FERRANDO, *La natura del matrimonio tra concezione consensuale e istituzionale*, in AULETTA T., *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2010, 212-213). Ciò nondimeno, il dibattito dottrinale non può dirsi giunto ad una conclusione, stante la sussistenza di posizioni dottrinali contrastanti che spaziano dal "contratto di matrimonio", distinto da tutti gli altri per la sua disciplina peculiare, al "negozio familiare". La definizione è sostenuta da A. RAVÀ, *Lezioni sul matrimonio*, Padova, 1935, p. 390 ss. e ripresa in A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, p. 467. Per l'inquadramento nel novero dei "negozi familiari", v. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 219; G. FERRANDO, *o.u.c.*, p. 214. La figura del negozio giuridico, tuttavia, è stata anch'essa oggetto di critiche per la sua astrattezza e per l'assenza di un'espressa previsione normativa. Sul punto, v. M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p.



no la volontà di realizzare una comunione di vita spirituale e materiale [27]. L'ordinamento giuridico contempla tre tipologie di matrimonio: il matrimonio civile, il matrimonio canonico con effetti civili (o concordatario) ed il matrimonio celebrato davanti a ministri diversi dal culto cattolico.

Secondo una distinzione di matrice canonistica, il matrimonio ha un profilo attinente all'atto [28], ossia la manifestazione di volontà, ed un profilo attinente al rapporto, ossia il complesso di

---

10; *contra* G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, p. 67. Invero, il negozio giuridico è disciplinato esplicitamente in altre codificazioni che si rifanno alla scuola pandettistica, *in primis* il *Bürgerliches Gesetzbuch*. L'analisi della questione necessiterebbe di una trattazione separata senz'altro più approfondita, che esulerebbe purtroppo dal tema trattato. Sia concesso, pertanto, il rimando a più autorevoli contributi: v. A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, p. 215 ss.; F. VASSALLI, *Del matrimonio. Corso di diritto civile*, Torino, 1925, p. 88; F. DEGNI, *Del matrimonio*, Napoli, 1926, p. 10 ss.; F. VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, Padova, 1932, p. 77; A. RAVÀ, *o.u.c.*, p. 390 ss.; F. FERRARA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1941; F. CARNELUTTI, *Accertamento del matrimonio*, in *Foro it*., 1942, IV, c. 41 s.; L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1947, p. 16 ss.; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1949, p. 578; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ.* Vassalli, XV, 2, 2ª ed., Torino, 1950, p. 312 ss.; C. GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1953, p. 27 ss.; A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1961, p. 44 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, p. 381 ss.; R. DE RUGGIERO, F. MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano-Messina, 1965, pp. 277-278; M. BESSONE, V. ROPPO, *Il diritto di famiglia in Italia. Evoluzione storica, principi costituzionali, prospettive di riforma*, Genova, 1975, p. 17 ss.; A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, *Lettura di M. Sesta*, Bologna, 1978, pp. 215-216; M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporeanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia, Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, in TARELLO G. (diretto da), *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 1978, p. 419 ss.; P. PERLINGIERI, *Codice civile annotato*, Torino, 1980, p. 448; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in CICU A., MESSINEO F. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, 1, Milano, 1988, p. 490 ss.; F. FINOCCHIARO, *Matrimonio civile, in Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, II, Bologna-Roma, 1993, p. 5; G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare*, Milano, 1996, p. 53 ss.; G. CONTE, *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1999, p. 93 ss.; L. BOVE, *Il matrimonio civile: condizioni, formalità preliminari, opposizione e celebrazione*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 2ª ed., Torino, 1999, p. 869 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 2, Milano, 2001, p. 32; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, Milano, 2002, p. 176; A. M. BENEDETTI, *Il procedimento di formazione del matrimonio e le prove della celebrazione*, in FERRANDO G., FORTINO M., RUSCELLO F. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, I, *Famiglia e matrimonio,* 2002, p. 544 ss.; A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in MOSCATI E., ZOPPINI A. (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, pp. 13-14; G. PALMERI, *Le condizioni per contrarre matrimonio*, in FERRANDO G. (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, I, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Bologna, 2007, p. 105 ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *o.u.c.*, p. 467; M. C. DIENER, *Il contratto in generale – manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2010, p. 27; G. FERRANDO, *o.u.c.*, 212 ss.; D. Riccio, *o.u.c.*, 104 ss.; T. POCALUJKO, *La prevenzione della nullità del matrimonio nella preparazione e nell'ammissione alle nozze con una considerazione del contributo dei tribunali ecclesiastici*, Roma, 2011, p. 48; G. FERRANDO, *Matrimonio e famiglia*, in ZATTI P., *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2011, p. 321 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti: parte generale*, Torino, 2014, 20.

[27] Art. 29 Cost. "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

[28] In passato tale ricostruzione è stata ritenuta sinonimo di contratto. Ad es., *«Nous avons cru ne pouvoir mieux terminer notre Traité des Obligations, […] que par un Traité du Contrat de Mariage, ce Contrat étant le plus excellent, et le plus ancien de tous les Contrats»* (R. J. POTHIER, *Traité du Contrat de Mariage*, Parigi, 1771, XXI). Questa ferrea convinzione ha radici socio-giuridiche profonde, basti pensare che, nel diritto cano-



diritti e di doveri che scaturiscono dall'atto. Tale distinzione comporta una diversa disciplina giuridica, tra matrimonio civile e matrimonio concordatario.

La «specificità» dell'ordinamento canonico, riconosciuta dagli Accordi fra Stato e Chiesa, assume una sua peculiare rilevanza, in termini sostanziali e processuali, nella disciplina del matrimonio, «elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento» [29].

Il matrimonio canonico è un istituto di carattere pubblico, sacro, sociale e giuridico. Esso è regolato dal diritto positivo della Chiesa, la cui fonte primaria è costituita dal Codice di diritto canonico [30] e da altre norme emanate in ossequio della nuova impostazione conferita dal Concilio Vaticano II [31], che ha inteso valorizzare gli aspetti più umani e personalistici dell'unione coniugale rispetto alla precedente impostazione fino ad allora perseguita.

È corretto parlare di "nullità del matrimonio", in quanto lo stesso viene dichiarato nullo *ab origine* a causa di vizi del consenso ovvero di cause ostative preesistenti o contestuali al momento della manifestazione del consenso. Pertanto, l'elemento essenziale e necessario per poter contrarre validamente il matrimonio è il consenso libero e consapevole [32], espresso dalle parti nella debita forma ed in assenza di impedimenti.

Per quanto concerne l'ambito, più o meno ristretto, di delibabilità delle sentenze ecclesiastiche dichiarative della nullità dei matrimoni c.d. concordatari, la giurisprudenza di legittimità più volte si è soffermata sul concetto di ordine pubblico italiano [33].

---

nico, il matrimonio è stato pacificamente qualificato come contratto (P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, I, Roma, 1900, pp. 117-118; F. X. WERNZ, *Ius matrimoniale*, I, Firenze, 1911, pp. 23-24) sino alla promulgazione, nel 1965, della costituzione apostolica conciliare *Gaudium et spes* di Papa Paolo VI, ove il lessema *contractus* fu sostituito da quello *foedus*. Ancora oggi, alcuni autori (J. F. CASTAÑO, *Il matrimonio è contratto?*, in *Periodica*, 82, 1993, pp. 431-476, 1993, p. 436) ritengono che la variazione lessicale non debba essere intesa quale mutamento concettuale, poiché «per quanto si ponga l'accento sul carattere di istituzione naturale dell'unione coniugale, resta sempre vero che l'uomo e la donna non l'abbracciano se non mediante forme che manifestino il mutuo consenso, e quindi, in qualche modo contrattuale» (S. ARDITO, *Il matrimonio*, in *Il diritto del mistero della Chiesa*, III, *La funzione di santificare della Chiesa: i sacramenti*, Roma, 1980, p. 253). Non si ritiene di condividere quest'impostazione, che svuota di significato quella che, invece, appare una considerevole presa di posizione nel dibattito non ancora esaurito nella dottrina della Chiesa sul matrimonio. Per una più ampia trattazione sul punto, v. R. RUBIYATMOKO, *Competenza della Chiesa nello scioglimento del vincolo del matrimonio non sacramentale: una ricerca sostanziale sullo scioglimento del vincolo matrimoniale*, Roma, 1998, pp. 18-19.

[29] Così si esprime testualmente il can. 1055, § 1.

[30] Promulgato il 25 gennaio 1983 sotto il pontificato di Giovanni Paolo II.

[31] Si svolse in quattro sessioni, dal 1962 al 1965, sotto i pontificati di Giovanni XXIII e Paolo VI ove furono promulgati quattro Costituzioni, tre Dichiarazioni e nove Decreti.

[32] A tale riguardo, cfr. il canone 1057, par. 2, secondo cui "Il consenso matrimoniale è l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi per costituire il matrimonio".

[33] E' tuttora fonte di contrasti e di perplessità la risalente distinzione fra ordine pubblico «interno» ed ordine pubblico «internazionale», in cui (ferma restando la non automatica coincidenza con le norme interne di natura inderogabile e imperativa, che caratterizzano la prima delle due nozioni) si tende ad identificare, lato sensu, l'insieme dei principi costituzionali e convenzionali, comuni a più ordinamenti giuridici, i quali, sintetizzando i «valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale», vengono universalmente accettati, a specifico presidio dei di-



La conformità ai principi di ordine pubblico [34] diventa requisito imprescindibile in materia di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale nel 1982, quando la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 18, sancisce che l'attribuzione di efficacia civile alle pronunce canoniche di invalidità del vincolo è subordinata alla verifica in negativo del contrasto delle stesse con l'ordine pubblico internazionale italiano, inteso come il nucleo di principi che costituiscono l'essenza dell'ordinamento e risultano come tali irrinunciabili ed inderogabili [35].

La dottrina maggioritaria si è divisa sulla determinazione del concetto di ordine pubblico rilevante: se quello c.d. costituzionale o quello c.d. interno o quello c.d. internazionale.

Si parla di ordine pubblico nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (art. 29, II), nella CEDU (artt. 9, 10, II, e 12, II), nel Patto internazionale diritti civili e politici (artt. 18, n. 3, e 19, n. 3 lett. b), nel Trattato di Lisbona e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nelle diverse figure e aspetti che interessano le relazioni internazionali, viene richiamato il modello di ordine pubblico interno [36], che riveste un ruolo primario per i giudici europei, così da

---

ritti umani inviolabili e a salvaguardia delle libertà fondamentali dell'individuo. In tal senso, ad es., cfr.: Cass., sez. lav., 23.2.2006, n. 4040, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Diritto internazionale privato*, n. 22 ; Cass., sez. III, 22.8.2013, n. 19405, *ivi*, 2013, voce cit., n. 31 ; Cass., sez. lav., 22.2.2013, n. 4545, *ivi*, 2013, voce cit., n. 29.

[34] Cfr. fra tanti G. PANZA, Ordine pubblico I) teoria generale, in Enc. giur., XXII, Treccani, Roma, 1990; L. PALADIN, Ordine pubblico, in Novissimo Digesto italiano, XII, Utet, Torino, 1965, p. 130; A. GUARNIERI, Ordine pubblico, in Digesto delle discipline Privatistiche, Sezione civile, Utet, Torino, 1995, p. 154; G. CORSO, Ordine pubblico nel diritto amministrativo, in Digesto delle Discipline Pubblicistiche, X, Utet, Torino, 1995, p. 437; G.B. FERRI, Ordine pubblico (dir. privato), in Enc. del Diritto, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1055.

[35] Nella sentenza n. 18 del 1982 la Corte Costituzionale ha definito l'ordine pubblico come l'insieme delle "regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società".

[36] Come sottolineato da Fabbri, diretto riscontro di questa impostazione la troviamo in diverse pronunce giurisprudenziali. L'a. scrive che «Nell'ambito delle CEDU, possiamo richiamare la decisione della Commissione nel ricorso 16106/9026, nella quale si chiarisce che "l'atto di espulsione è azione giustificata perché necessaria per le esigenze di una società democratica per la prevenzione del disordine e per il mantenimento dell'ordine pubblico"; nel caso viene evidenziata una stretta correlazione tra le politiche sull'immigrazione adottate dalla Stato (il riferimento è all'Immigration Act del 1971) e il mantenimento dell'ordine pubblico, sempre nella coerenza della proporzionalità tra il fine che si vuole perseguire e l'atto adottato. Così anche nel caso Refah Partisi vs. Turchia, si ritiene legittima l'azione di scioglimento del "Partito della prosperità" in quanto ragionevolmente necessaria in una società democratica per proteggere lo Stato, l'ordine pubblico, i diritti altrui, rispetto alla minaccia potenzialmente violenta e anti democratica, nonché tangibile e immediata, rappresentata da una formazione sociale, in quanto corrispondente a un bisogno presente della società. Anche nel caso di minaccia all'ordine pubblico nazionale, provocata dall'indossare costumi tradizionali come espressione religiosa, la stessa deve trovare fondamento nella violazione delle norme antiterrorismo e provata come lesiva della concezione collettiva statale della religiosità, dal momento che i ricorrenti non hanno ostentato i loro simboli presso istituzioni pubbliche o svolto attività di proselitismo. Ancora la Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene legittima la protezione dell'ordine pubblico promossa da parte del governo tedesco nella campagna realizzata contro le sette, iniziata fin dal 1979. Nel caso l'azione statale preventiva, tesa a fornire informazioni per un dibattito in materia d'interesse pubblico e a rilevare l'attenzione sui pericoli di adesione a gruppi religiosi, risulta pienamente conforme alle necessità di mettere in guardia i cittadini da un fenomeno, quello dell'aumento del numero di "movimenti religiosi e ideologici nuovi", che genera "conflitti e sottopone a tensione la società tedesca".



permettere allo Stato un ampio margine di azione nel quale sono salvaguardate le specificità proprie di ogni ordinamento, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali protetti e garantiti a livello sia europeo sia internazionale.

In particolare, il problema è se il limite dell'ordine pubblico italiano sia (o meno) ostativo, laddove l'azione di nullità sia stata esercitata, dinanzi agli organi della giurisdizione ecclesiastica, dopo il decorso dei termini sanciti, per analoghe fattispecie, dalle legge civile o, comunque, dopo la prolungata convivenza dei coniugi in epoca successiva alla celebrazione del matrimonio [37].

L'orientamento precedente si basava sulla tutela dell'affidamento del coniuge incolpevole. Pertanto, nell'ambito della disciplina dell'ordine pubblico interno, la convivenza dei coniugi per un certo periodo temporale successivo al matrimonio comportava una sorta di rinnovazione, per fatti concludenti, del consenso originario, e per tale ragione doveva essere negata la delibabilità delle pronunce di nullità emesse dal tribunale ecclesiastico.

Successivamente, la giurisprudenza ha affermato il principio secondo cui il limite ostativo dell'ordine pubblico interno opererebbe in presenza di una incompatibilità assoluta tra norme sostanziali canoniche e corrispondenti norme civilistiche.

Tuttavia, nelle decisioni della Suprema Corte il requisito della convivenza (e non della semplice coabitazione) protrattasi per alcuni anni a seguito della celebrazione del matrimonio ha assunto, col tempo, un certo rilievo tanto sviluppare la centralità del matrimonio- rapporto.

Invero, con la pronuncia n. 16379 emessa a Sezioni Unite il 17 luglio 2014, la Suprema Corte ha inteso risolvere un contrasto giurisprudenziale in relazione alla possibilità di riconoscere come efficace la sentenza di nullità del matrimonio canonico pronunciata dal Tribunale Ecclesiastico nonostante la lunga durata di esso.

In relazione alla libertà religiosa, quindi, l'ordine pubblico interno è la categoria cui fare riferimento per individuare quei valori giuridici a fronte della cui violazione negare il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale.

Sebbene non vi siano profili particolarmente innovativi, con riferimento all'accezione data al concetto di "ordine pubblico" [38] in tal sede, è nell'applicazione concreta del principio che le Se-

---

Anche la Corte di Giustizia delle Comunità europee, nell'intervenire in ambito di controllo sui capitali stranieri, eccepisce solo la presenza di procedure di controllo troppo generiche sul rilascio di autorizzazioni per gli investimenti con capitali stranieri, senza tuttavia negare la presunzione di pregiudizio per l'ordine pubblico astrattamente prevista dalla normativa francese in tema. Da ultimo va segnalata la posizione assunta dalla Corte nella sentenza del 15 febbraio 201632, relativamente al trattamento di un richiedente asilo, la cui domanda era stata rifiutata per ragioni di ordine pubblico e di sicurezza nazionale. Premesso che la tutela dell'ordine pubblico, chiariscono i giudici, "contribuisce parimenti alla tutela dei diritti e delle libertà altrui" nella salvaguardia dei principi di necessità e proporzionalità nelle modalità e nelle finalità del trattamento previsto, la Corte ha giudicato che «la nozione di "ordine pubblico" presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società». A. FABBRI, *in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 30/2016, pp. 10-12.

[37] L.P. COMOGLIO, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche e ordine pubblico «flessibile»*, in *Jus-online*, 2/2015.

[38] «Il giudizio di compatibilità con l'ordine pubblico dev'essere riferito al nucleo essenziale dei valori del



zioni Unite prendono nettamente le distanze dalla ben più nota e "civilisticamente" consolidata nozione di coabitazione [39], adottando una soluzione che non appare del tutto condivisibile.

Alla luce dell'orientamento giurisprudenziale costituzionale [40], della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [41] e della Corte di Giustizia UE [42] la "convivenza" - non la mera coabitazione - dei coniugi (o come coniugi) va intesa come una consuetudine di vita comune, un vivere insieme stabilmente e con continuità nel corso del tempo o per un tempo significativo tale da costituire legami familiari. Solo così intesa, la convivenza costituisce un aspetto essenziale del matrimonio-rapporto caratterizzandosi, ai sensi dell'art. 2 Cost. [43], come manifestazione di "diritti inviolabili", di "doveri inderogabili", di "responsabilità" genitoriali, di "aspettative legittime" e di "legittimi affidamenti" degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari. Con la citata sentenza resa a Sezioni Unite, la Suprema Corte ha ribadito la netta distinzione esistente tra "matrimonio-atto" e "matrimonio-rapporto", nonché la prevalenza del primo sul secondo, a prescindere dai vizi dell'atto.

Al fine della corretta individuazione sul piano giuridico, la convivenza coniugale deve essere riconoscibile dall'esterno attraverso fatti e comportamenti (non altrimenti specificati né, si ritiene, specificabili) che vi corrispondano in modo non equivoco e, perciò, essere anche dimostrabili in giudizio da parte dell'interessato. Inoltre, deve durare per un periodo di tempo sufficiente - decorrente dalla data di celebrazione del matrimonio - perché possa qualificarsi "stabile". Le stesse Sezioni Unite hanno affermato che non esiste un principio legislativo, o comunque giuri-

---

nostro ordinamento che non sarebbe consentito nemmeno al legislatore ordinario interno di modificare o alterare, ostandovi principi costituzionali inderogabili» (Cass. civ., sez. I, 25 luglio 2016, n. 15343, in *Giur. it*., 2017, 5, p. 1069 ss.).

[39] Si possono rinvenire riferimenti al verbo "coabitare" già nel *code Napoléeon* che, ad esempio, utilizzava il lemma *cohabiter* nell'art. 312, disciplinante il disconoscimento di paternità.

[40] Corte Cost. 15 aprile 2010, n. 138; Corte cost. 11 giugno 2014, n. 170

[41] Corte Edu, II Sez., 29 gennaio 2013, L. contro Italia; Corte Edu, Grande Camera, 3 novembre 2011, S. H. ed altri contro Austria; Corte Edu, Grande Camera, 24 giugno 2010, S. e K. contro Austria; Corte Edu, Grande Camera, 28 maggio 1985, A., C. e B. contro Regno Unito; Corte Edu, Grande Camera, 7 novembre 2013, V. ed altri contro Grecia

[42] Grande Sezione, 15 novembre 2011, causa C-256/1

[43] Giova sottolineare come l'art. 2 cost., «nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo in tutte le formazioni sociali, sembra accogliere una nozione ampia di famiglia, estesa pure alle relazioni nascenti da convivenze non formalizzate dalla celebrazione del matrimonio, capaci di assicurare le medesime funzioni affettive e solidaristiche della famiglia coniugale, nell'àmbito delle quali la persona vede realizzata la protezione dei propri valori e dei propri diritti esistenziali» (F. PARENTE, *Le relazioni familiari e gli atti dello stato civile*, in LISELLA G., PARENTE F., *Persona fisica*, in *Tratt. Dir. civ. CNN* Perlingieri, Napoli, 2012, p. 557). Cfr. G. FERRANDO, *Famiglia legittima e famiglia di fatto nella disciplina costituzionale*, in *Giur. cost.,* 1977, p. 930 ss.; P. PERLINGIERI, *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in *Legalità e giustizia,* 1986, p. 484; M. SPINELLI, *I diritti dell'individuo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 281; T. AULETTA, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2010, p. 149 ss. Si può individuare «una definizione ampia e unitaria di famiglia, sia pure non generalizzabile, in quanto formulata a meri fini anagrafici» nel «regolamento sull'anagrafe, che definisce la "famiglia anagrafica" un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso Comune (art. 4, d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223)» (F. PARENTE, *o.u.c.*, n 2584).



dico, che faccia riferimento al concetto di "stabile convivenza" in materia di scioglimento o nullità del matrimonio. Pertanto, la Suprema Corte ha richiamato la normativa in materia di adozione, ed in particolare l'art. 6 della L. n. 184 del 1983, ove è previsto che gli aspiranti adottanti di un minorenne debbano essere tra loro coniugati da almeno tre anni. Al comma 4 è specificato che il requisito della stabilità del rapporto possa ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto prima del matrimonio per un periodo di tre anni.

L'utilizzo della normativa sull'adozione viene giustificato sulla base di una presunta lacuna legislativa in relazione al periodo di tempo idoneo a determinare la ragionevole durata della convivenza coniugale. Tale conclusione, in realtà, non sembra considerare quanto espressamente previsto dalla disciplina sull'invalidità del matrimonio civile contenuta negli artt. 117 ss. cod. civ., dalla quale emerge la scelta del legislatore di individuare in un solo anno il tempo della convivenza stabile, idonea a sanare il matrimonio invalido.

Occorre rilevare, altresì, che nella disciplina sul matrimonio, così come dettata nel codice civile, si rinvengono fattispecie di invalidità per le quali la costituzione di una stabile comunità familiare non è idonea a superare il vizio di cui è affetto l'atto di matrimonio: ad esempio, il matrimonio celebrato dal coniuge superstite con la persona che è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra (art. 88 cod. civ.), ovvero nel caso di matrimonio contratto tra persone di cui una non abbia la libertà di stato (art. 86 cod. civ.), oppure ancora nel caso di matrimonio tra ascendenti e discendenti in linea retta o tra fratelli e sorelle, germani, consanguinei o uterini (art. 87, comma 1°, nn. 1 e 2, cod. civ.) [44].

Orbene, qualora la convivenza dei coniugi si sia protratta per almeno tre anni dopo la celebrazione del matrimonio, essa osta alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica Italiana delle sentenze canoniche che abbiano pronunciato la nullità del matrimonio concordatario, in quanto costitutiva di una situazione giuridica disciplinata e tutelata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di "ordine pubblico italiano".

Le Sezioni Unite riconoscono, tuttavia, un'eccezione al principio giuridico individuato, nell'ipotesi in cui i coniugi chiedano il suddetto riconoscimento congiuntamente: in tal caso, infatti, il principio di ordine pubblico non è (più) ostativo alla delibazione. Dunque, la circostanza della convivenza triennale non può essere rilevata d'ufficio dal giudice italiano, ma deve necessariamente essere eccepita dalla parte che si oppone alla delibazione [45].

A ciò consegue necessariamente, ai fini dell'applicazione di tale limite generale, l'irrilevanza

---

[44] A. EMILIOZZI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullita` del matrimonio: l'incerto cammino della Cassazione*, in *NGCC*, 1/2017.

[45] Principio ribadito dalla I sezione civile della Cassazione con la sentenza n. 1789 del 2 febbraio 2015. Singolare appare la motivazione data dai Giudici: Si tratta di interpretazione che questo Collegio condivide e che ben esprime una scelta di rispetto dell'autonomia delle parti (libero il convenuto di proporre o meno l'eccezione), con l'apposizione di un limite alla valutazione, altrimenti troppo incisiva, del giudice, così invece opportunamente scevra da ogni forma di paternalismo". Dunque, per la Corte, "come il diritto a chiedere la nullità o l'annullamento matrimoniale spetta alle parti, anche lo strumento per paralizzare l'azione rimane nella loro disponibilità".



nell'ordinamento civile di qualsiasi vizio genetico del matrimonio canonico, tutte le volte in cui esso sia stato accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'ordinamento canonico nonostante la sussistenza dell'elemento essenziale della convivenza coniugale.

In questi casi, infatti, i vizi genetici del matrimonio canonico collidono con il limite d'ordine pubblico determinando una invasione da parte del giudice italiano nella giurisdizione ecclesiastica in materia di nullità del matrimonio, riservata dall'art. 8, n. 2, dell'Accordo di Villa Madama esclusivamente ai tribunali ecclesiastici nell'ordine canonico: in particolare, il giudice italiano, al fine di decidere sulla domanda di delibazione sotto il profilo dell'applicabilità del predetto limite generale dell'ordine pubblico, dovrebbe previamente e necessariamente procedere ad una interpretazione delle singole norme del codice di diritto canonico disciplinanti le fattispecie di nullità ivi previste, distinguendo fra di esse e stabilendo eventualmente una gerarchia tra le stesse, valicando così inammissibilmente i confini della giurisdizione dell'ordine civile [46].

Chiariti i principi sopra richiamati, va evidenziato che «l'ordine pubblico costituisce un limite ai diritti dei consociati solo in funzione dei valori fondamentali su cui si fonda e che caratterizzano l'ordinamento giuridico e non può essere utilizzato per privare i cittadini italiani della libertà religiosa matrimoniale in nome di un principio di laicità che, così interpretato, risulta del tutto anacronistico e non rispondente a quello delineato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale» [47].

Tuttavia, sembra che la Suprema Corte abbia consapevolmente voluto ovviare ad una lacuna che il solo legislatore italiano avrebbe il potere-dovere di colmare.

---

[46] V. *supra*, § 4.

[47] A. SAMMASSINO, *Il nuovo ordine pubblico concordatario,* in *Stato, chiesa e pluralismo confessionale*, 2015.

JUS CIVILE



*GIULIA ROSSOLILLO*

*Professore ordinario di diritto dell'Unione europea – Università di Pavia*

# LINGUAGGIO GIURIDICO E NATURA DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Genesi ed evoluzione del processo di integrazione e riflessi sul linguaggio del diritto primario. – 3. Carattere derivato, meccanismo decisionali e struttura istituzionale dell'Unione: l'influenza sulla redazione delle disposizioni di diritto dell'Unione europea e sulla loro interpretazione. – 4. Plurilinguismo e tradizioni giuridiche nazionali: l'influenza sulla redazione e l'interpretazione delle disposizioni di diritto dell'Unione europea. – 5. Conclusione.*

**1. –** In questo breve intervento vorrei cercare di dimostrare che esiste una correlazione diretta tra meccanismi di funzionamento e natura di un'organizzazione, da un lato, e linguaggio utilizzato nell'ambito della stessa, dall'altro; e che dunque alcune caratteristiche del linguaggio dell'Unione e delle tecniche interpretative utilizzate nell'ambito di tale ordinamento dipendono anche dalla natura dell'Unione stessa. In particolare, mi sembra che si possano prendere in considerazione tre serie di elementi che contribuiscono a condizionare il linguaggio dell'Unione e le tecniche interpretative di questo: in primo luogo la genesi e l'evoluzione del processo di integrazione, in secondo luogo il carattere derivato, i meccanismi decisionali dell'Unione e la sua struttura istituzionale, e infine la pluralità di lingue e di tradizioni culturali e giuridiche sulla quale il processo di integrazione si innesta.

**2. –** Per quanto riguarda il primo aspetto, e cioè l'influenza esercitata dalla genesi e dagli sviluppi del processo di integrazione sul linguaggio giuridico utilizzato nell'Unione, va messo in luce che il processo di integrazione europea si è sviluppato nell'immediato secondo dopoguerra tra un numero limitato di Stati sulla base di una finalità di tipo politico: l'obiettivo di garantire la pace in Europa e di impedire lo scoppio di nuove guerre. Nonostante comportasse unicamente forme di integrazione economica (libertà di circolazione e concorrenza), la Comunità economica europea si fondava sull'idea della cosiddetta politica dei piccoli passi o gradualismo, cioè sulla convinzione che da forme di integrazione economica si sarebbero sviluppate con gli anni forme di integrazione anche politica.

Dal punto di vista del linguaggio giuridico, gli effetti di tale visione si sono tradotti nell'uso, nei trattati modificativi del trattato di Roma, del cosiddetto "linguaggio anticipatorio", cioè di termini normalmente riferiti alla forma statale per indicare fenomeni differenti (in quanto propri di un'organizzazione internazionale), lasciando intendere in tal modo la vocazione della Comu-



nità/Unione a trasformarsi in una comunità politica. Così, fin dal 1962 viene utilizzato il termine Parlamento europeo per indicare un'istituzione che all'inizio del processo di integrazione era totalmente sprovvista dei poteri propri di un parlamento nazionale, o, con il Trattato di Maastricht, si introduce l'istituto della cittadinanza europea, che, pur profondamente differente dalla cittadinanza nazionale, evoca quest'ultima. La manifestazione più lampante di tale tendenza è costituita poi dal progetto di trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (la cosiddetta Costituzione europea mai entrata in vigore per l'esito negativo del referendum in Francia e nei Paesi Bassi): in questo caso è la stessa denominazione del progetto a far uso di un termine (Costituzione) che evoca la fondazione di uno Stato per indicare invece un trattato internazionale, e nel testo del progetto questa tendenza si rafforza attraverso l'utilizzo di termini quali Ministro degli esteri dell'Unione o legge europea. Ora, lo scopo "promozionale" [1] dell'utilizzo di questi termini, proprio delle fasi "espansive" del processo di integrazione, diviene evidente se si pongono a confronto il trattato che adotta una costituzione per l'Europa e il Trattato di Lisbona, che si colloca invece in una fase "regressiva" del processo. Il contenuto dei due trattati non presenta infatti differenze di rilievo, e dunque la sostanza dei due testi rimane la medesima; tuttavia, nel trattato di Lisbona i termini che evocano l'evoluzione verso una forma politica di tipo statuale vengono eliminati: non si parla più di Costituzione, ma di trattato; all'espressione Ministro degli esteri dell'Unione viene sostituita quella di Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, e non si parla più di legge europea, bensì di regolamenti, direttive, decisioni.

La tendenza ad attribuire una valenza politica ai termini giuridici può peraltro manifestarsi anche nelle differenti versioni linguistiche di una norma. Dalle espressioni utilizzate nelle diverse lingue può infatti emergere il contrasto tra una visione del processo di integrazione come processo dai risvolti anche politici e posizione invece di quei paesi, entrati a far parte della Comunità a partire fin dagli anni '70 (essenzialmente Gran Bretagna e Danimarca) che rifiutano una prospettiva di questo genere, concependo il processo di integrazione come un processo volto unicamente a creare una sorta di zona di libero scambio tra gli Stati membri. Un esempio chiaro è costituito dalla disposizione relativa alla prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto interno, discussa durante la Convenzione che ha portato al trattato che adotta una Costituzione per l'Europa [2].

---

[1] L'espressione è utilizzata da F. Balanguer Callejón, *La costruzione del linguaggio giuridico nell'Unione europea*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 2004, pp. 307 ss., spec. a p. 314 ss.

[2] Come nota J. Ziller (*Multilingualism and its Consequences in European Union Law*, in H-J. Blank, P. Cruz Villalón, T. Klein, J. Ziller (eds.), *Common European Legal Thinking. Essays in honour of Albrecht Weber*, Berlin-Heidelberg, 2015, p. 437 ss.), mentre nella prima versione nel testo francese si utilizzava l'espressione "la constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union priment le droit des Etats membres" e in quello inglese la corrispondente espressione "the constitution and law adopted by the institutions of the Union shall have primacy over the law of the member states", il Segretariato generale del Consiglio, in sede di preparazione del testo da trasmettere alla Conferenza intergovernativa, preferì utilizzare, nella versione francese, l'espressione "la constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union ont la primauté sur le droit des



**3. –** Il linguaggio e le tecniche di redazione delle norme e degli atti dell'Unione europea sono poi influenzati dalla natura, dai meccanismi e dalla struttura istituzionale della stessa.

Nonostante l'Unione presenti una struttura istituzionale molto avanzata e contempli anche norme direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri, il suo fondamento internazionalistico permane. Si tratta in effetti non di uno Stato, cioè di un ente con competenza generale, bensì di un'organizzazione alla quale gli Stati membri hanno attribuito determinate competenze limitate; inoltre, la procedura di adozione delle norme (in primis delle norme di diritto primario) è anche frutto di un compromesso tra le posizioni degli Stati membri in seno agli organi che li rappresentano.

Tali caratteristiche influiscono sulle tecniche di redazione degli atti e sul loro contenuto. Per quanto concerne la prima caratteristica menzionata, il fatto che l'Unione abbia solo competenze di attribuzione e non una competenza di carattere generale comporta che nell'ambito delle norme di diritto derivato assuma la massima importanza la definizione dell'ambito di applicazione, della base giuridica (cioè della disposizione del Trattato che costituisce il fondamento della competenza dell'Unione in relazione all'atto in questione), così come la motivazione dell'atto, nella quale si indicano anche le ragioni dello stesso. La preoccupazione di delimitare le competenze dell'Unione rispetto a quelle degli Stati membri e dunque di sottolineare che l'Unione può esercitare solo le competenze che le sono attribuite emerge poi dall'utilizzo di alcune espressioni la cui unica ragion d'essere è appunto quella di ribadire il principio di attribuzione. Si pensi all'art. 51, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale la Carta "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati".

Quanto invece alla logica di negoziazione e di compromesso propria dei meccanismi decisionali dell'Unione, la difficoltà di trovare un punto di accordo tra le diverse posizioni statali può portare a formulazioni ambigue delle norme o alla decisione di non affrontare determinati punti sui quali non è possibile comporre la divergenza, con la conseguente creazione di lacune. Questo fattore, unito al fatto che oggetto delle norme di diritto dell'Unione europea sono materie prevalentemente relative all'ambito economico, e dunque molto tecniche, può portare a una mancanza di chiarezza e semplicità delle norme adottate.

Non bisogna dimenticare, tuttavia – ed è questo il punto di sostanziale differenza rispetto ai meccanismi del diritto internazionale classico – che la struttura e i meccanismi di funzionamento dell'Unione sono molto più complessi di quelli di un'organizzazione internazionale tradizionale. La logica della pura contrapposizione tra Stati è infatti attenuata dalla presenza della Commissione e del Parlamento europeo, che in molti settori è co-legislatore; alcune norme di diritto dell'Unione europea sono direttamente applicabili negli Stati membri, e dunque invocabi-

---

Etats membres". L'espressione inglese è però rimasta la medesima, perché l'utilizzo del termine supremacy avrebbe ricordato troppo la costituzione americana, e dunque un modello statale federale.



li dai cittadini, senza la mediazione del loro Stato di appartenenza; e soprattutto, il controllo della corretta applicazione e interpretazione delle norme è affidato a un organo giurisdizionale. Ne consegue che, nonostante i meccanismi di elaborazione delle norme possano presentare elementi in comune con le tecniche di elaborazione delle norme internazionali pattizie, la struttura nella quale queste norme si collocano ne condiziona fortemente l'interpretazione, che viene operata dalla Corte di giustizia secondo canoni differenti da quelli propri del diritto internazionale. Se in quest'ultimo ambito, infatti, la tendenza è quella a far propria un'interpretazione letterale della norma che incida nella misura minore possibile sulla sovranità degli Stati contraenti, la Corte di giustizia ha manifestato la tendenza ad interpretare l'ordinamento dell'Unione come un ordinamento completo e a fornire un'interpretazione per così dire "costituzionale"[3] delle norme comuni[4]. In particolare, salvo che nelle rare ipotesi nelle quali la norma dell'Unione rinvii al diritto nazionale degli Stati membri, la Corte ha sempre affermato la necessità di interpretare la norma dell'Unione in modo "autonomo", e cioè attribuendole un significato indipendente da quello attribuito ai medesimi termini dal diritto degli Stati membri e conforme al contesto della disposizione e all'obiettivo perseguito dalla norma in questione[5].

Tale principio è strettamente legato all'esigenza di garantire un'applicazione e un'interpretazione uniforme (e dunque non dipendente dalle particolarità nazionali) del diritto dell'Unione nel territorio degli Stati membri ed ha potuto svilupparsi grazie ai caratteri propri dell'Unione, organizzazione con scopi molto ampi, dotata di norme applicabili direttamente ai cittadini e di una struttura istituzionale molto più articolata di quella propria delle organizzazioni internazionali classiche. In altre parole, la Corte di giustizia ha potuto operare in un contesto che per alcuni aspetti ne ha avvicinato la funzione più a quella di un giudice di un ordinamento statale che a quella di un giudice internazionale. Proprio perché l'Unione europea costituisce un'organizzazione complessa e concepita in qualche misura come completa, la Corte interpreta peraltro il proprio compito in modo ampio, non limitandosi a far riferimento alla lettura complessiva dell'atto in questione e alla finalità espressa di tale atto, bensì mettendo in campo anche le finalità generali dell'Unione, espresse o non espresse. Così, nella sentenza CILFIT[6] si legge che ogni disposizione di diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla lu-

---

[3] Sul punto v. M. Poiares Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n. 2, p. 137 ss., spec. p. 139.

[4] Un'eccezione a tale tendenza è rappresentata dall'ipotesi in cui oggetto di interpretazione debba essere una norma oscura. In tale ipotesi la Corte (Corte di giustizia, sentenza 28 ottobre 1999, causa C-6/98, *ARD*) ha stabilito (e la regola trova conferma nella Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione destinata a coloro che partecipano alla redazione di testi legislativi delle istituzioni comunitarie) che l'interpretazione della norma debba essere restrittiva.

[5] In alcune ipotesi eccezionali il giudice dell'Unione (v. ad es. Tribunale, sentenza 18 dicembre 1992, causa T-43/90, *Díaz García*) ammette il ricorso al diritto degli Stati membri anche in assenza di un riferimento espresso a questo, quando nei principi generali dell'ordinamento dell'Unione non sia possibile rinvenire gli elementi che consentano di precisare la portata e il contenuto di una norma.

[6] Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT*.



ce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi [7].

**4. –** Il ricorso a un'interpretazione autonoma e teleologica delle disposizioni di diritto dell'Unione europea è strettamente legato anche al terzo fattore che esercita un'influenza sul linguaggio dell'Unione e sulla sua interpretazione: il fatto che l'Unione si fondi su un sostrato linguistico e culturale non uniforme, e dunque che nell'Unione coesistano lingue ufficiali e tradizioni giuridiche differenti, che l'Unione si impegna a rispettare.

Più precisamente, nell'Unione coesistono 24 lingue ufficiali, poste tutte sul medesimo piano e nelle quali sono tradotti tutti gli atti. Tale uguaglianza linguistica trova il suo fondamento da un lato nel principio dell'uguaglianza di tutti gli Stati membri, indipendentemente dalla loro dimensione territoriale, demografica ed economica, dall'altro nell'uguaglianza tra i cittadini dell'Unione e nell'esigenza che essi comprendano le norme di diritto dell'Unione delle quali sono i diretti destinatari [8]. Quanto alla pluralità di tradizioni e di ordinamenti giuridici, secondo l'articolo 4, par. 2 TUE, "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali".

Per quanto riguarda l'elaborazione delle disposizioni di diritto dell'Unione, le difficoltà che possono derivare dal plurilinguismo e dalla coesistenza di ordinamenti giuridici differenti sono prese in considerazione dalla Guida pratica comune del PE, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea (2015). In tale guida si legge in effetti che "in primo luogo, il testo originale deve essere particolarmente semplice, chiaro e diretto, in quanto qualsiasi complessità eccessiva e qualsiasi ambiguità anche lieve possono causare imprecisioni, approssimazioni o veri e propri errori di traduzione in una o più di una delle altre lingue dell'Unione". Inoltre, viene specificato che "l'impiego di espressioni o locuzioni – e in particolare termini giuridici – legati troppo intimamente a una determinata lingua o a un determinato ordinamento giuridico rischia di creare difficoltà di traduzione", e che pertanto tali termini vanno evitati.

---

[7] Tale tendenza si è manifestata recentemente nel settore dell'Unione economica e monetaria relativamente alle misure che sono state adottate per far fronte alla crisi dell'euro. In uno dei rari interventi in tale ambito, la sentenza Pringle (Corte di giustizia, sentenza 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle*), la Corte, nel valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione del Meccanismo europeo di stabilità, fa riferimento non alla finalità – esplicitata nei trattati – di garantire la stabilità del sistema finanziario, bensì a quella di garantire la stabilità dell'eurozona nel suo complesso, rendendo in questo modo evidente l'utilizzo di criteri teleologici e non testuali. Sul punto v. K. Tuori, K. Tuori, *The Eurozone crisis*, Cambridge, 2014, p. 183 s.

[8] In questo senso v. E. Russo, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, Milano, 2008, p. 91, secondo il quale l'attribuzione del medesimo status a tutte le lingue dell'Unione contribuisce anche ad evitare che le piccole e medie imprese, che difficilmente potrebbero sopportare il peso economico delle traduzioni, non sia in svantaggio rispetto alle imprese di grandi dimensioni.



Ma soprattutto, la necessità del rispetto della pluralità di lingue e di culture giuridiche si riflette sulle modalità di interpretazione del diritto dell'Unione e spiega il ruolo centrale che l'interpretazione teleologica assume in tale ambito, soprattutto quando si tratti di interpretare termini giuridici [9]. Nonostante infatti la Corte ribadisca che il punto di partenza per l'interpretazione del diritto dell'Unione è il confronto tra le varie versioni linguistiche (non potendosi l'interprete fondare su un'unica versione), nell'ipotesi in cui dal confronto non emerga una soluzione univoca, si rende necessario il ricorso a criteri interpretativi differenti. In particolare, quando le incertezze interpretative riguardino un termine non di uso comune o giuridico, è difficile che l'analisi testuale fornisca elementi decisivi, dal momento che nei diversi ordinamenti alla nozione giuridica in questione sarà attribuito un significato differente.

Il rapporto tra le differenti tecniche di interpretazione è stato chiarito dalla Corte di giustizia fin dalla sentenza *Stauder* [10], del 1969, nella quale veniva in considerazione una decisione rivolta a tutti gli Stati membri e relativa alla fornitura di burro a prezzo ridotto a categorie di consumatori il cui reddito non consentiva di acquistare tale prodotto a un prezzo normale. Mentre la versione tedesca della decisione stabiliva che il prezzo ridotto fosse concesso dietro presentazione di un "auf ihren Namen ausgestellten Gutschein" (buono emesso a suo nome) e la versione olandese conteneva un'espressione equivalente [11], nelle versioni francese e italiana si leggeva che il requisito per ottener il prezzo ribassato fosse la presentazione di un "bon individualisé" e di un "buono individualizzato". Dal momento che la Germania distribuiva tesserini per ottenere il prezzo ridotto del burro convalidati solo se completi di nome e indirizzo del beneficiario, un cittadino tedesco citava dinnanzi al tribunale amministrativo di Stuttgart la città di Ulm, sostenendo che l'obbligo di indicare il proprio nome fosse contrario ai diritti fondamentali e in particolare violasse la privacy del soggetto. Ora, la Corte, nell'interpretare la disposizione controversa, sottolinea il rapporto esistente tra confronto tra le versioni linguistiche e interpretazione sistematico-teleologica. Secondo la Corte, in particolare, "quando una decisione unica è destinata a tutti gli Stati membri, l'esigenza ch'essa sia applicata e quindi interpretata in modo uniforme esclude la possibilità di considerare isolatamente una delle versioni, e rende al contrario necessaria l'interpretazione basata sulla reale volontà del legislatore e sullo scopo da questo perseguito, alla luce di tutte le versioni linguistiche. In un caso come la fattispecie, deve prevalere l'in-

[9] Sul rapporto tra analisi linguistica-testuale e interpretazione teleologica-autonoma v. E. Paunio, S. Lindroos-Hovinheimo, *Taking Language Seriuosly: An Analysis of Lingiuistic Reasoning and Its Implications in EU Law*, in *European Law Journal*, 2010, p. 395 ss., spec. pp. 400 e 412; L.M. Solan, *Multilingualism and Morality in Statutory Interpretation*, Brooklyn Law School Research Paper, n. 397, October 2014, p. 16 s.; L.M. Solan, *The interpretation of multilingual statutes by the European Court of Justice*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2009, p. 277 ss., spec. p. 283 ss.

[10] Corte di giustizia, sentenza 2 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*.

[11] Peraltro, dopo il deposito in Cancelleria dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee veniva pubblicata una decisione della Commissione (64/244 CEE, in G.U. L 200/29) nella quale i termini "auf ihren Namen ausgestellten" e "op naam gestelde" venivano sostituiti con i termini "individualisierten" e "geïndividualiseerde".



terpretazione meno onerosa, ove sia sufficiente a garantire gli scopi che la decisione di cui trattasi si propone. Non si può poi ammettere che il legislatore abbia voluto, in determinati paesi membri, imporre obblighi più gravosi che in altri". Il confronto tra versioni linguistiche sembra dunque costituire solo il punto di partenza, la base che contribuisce a chiarire lo scopo dell'atto [12].

**5. –** Le considerazioni sopra svolte non riguardano unicamente le disposizioni dell'Unione, bensì si riflettono anche sugli ordinamenti degli Stati membri. Da un lato, infatti, non va dimenticato che il sistema giuridico dell'Unione si fonda anche su una cooperazione tra giudici nazionali e giudici dell'Unione che trova la sua massima espressione nell'istituto del rinvio pregiudiziale, dall'altro i criteri interpretativi sviluppati dal giudice dell'Unione si estendono anche agli atti nazionali che danno esecuzione alle norme europee, e in generale al diritto nazionale nelle materie disciplinate da norme comunitarie (interpretazione conforme). Per quanto riguarda in particolare il rinvio pregiudiziale, l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia di una norma di diritto dell'Unione europea vincola non solo il giudice a quo, ma si incorpora per così dire alla norma interpretata assumendo una valenza *erga omnes*.

L'interpretazione data ai termini utilizzati dal diritto dell'Unione si riflette dunque immediatamente negli ordinamenti degli Stati che ne sono parte: da un lato possono quindi convivere sul territorio di un medesimo Stato significati differenti di un medesimo termine, dall'altro l'interpretazione "autonoma" del termine utilizzato dal diritto dell'Unione è suscettibile di condizionare l'interprete anche nell'applicazione della norma interna che non presenti collegamenti con il diritto dell'Unione stesso [13].

[12] Anche in relazione a tale aspetto, la tecnica utilizzata dalla Corte si distacca in modo netto dai criteri interpretativi propri del diritto internazionale. In caso di differenza tra due versione autentiche di un medesimo trattato internazionale, l'articolo 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969 stabilisce infatti che venga adottato il significato che, tenuto conto dell'oggetto e dello scopo del trattato, concili nel migliore dei modi i testi in questione, mentre tale preoccupazione non compare nella giurisprudenza della Corte.

[13] Piris, *The legal orders of the European Community and of the Member States: peculiarities and influences in drafting*, *Amicus curiae*, marzo-aprile 2005, p. 21 fa riferimento all'utilizzo da parte del legislatore francese per l'emanazione di norme interne non dipendenti dal diritto dell'Unione, della tecnica, tipica degli atti di diritto dell'Unione e in precedenza sconosciuta all'ordinamento francese, di inserire, nella parte iniziale di un atto normativo, un elenco dei concetti in esso utilizzati in modo da fornire una precisa definizione di ciascuno di essi.

JUS CIVILE



*VERONICA BONGIOVANNI*

*Assegnista di ricerca – Università di Messina*

# LA DESHEREDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO A LA LUZ DE LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA EN MATERIA DE FILIACIÓN [*]

*Sumario: 1. La evolución histórica de la desheredación en el sistema jurídico italiano. – 2. La cuestión debatida sobre la admisibilidad de la cláusula de desheredación en el contexto de la "successione legittima". – 2.1. La perspectiva de la naturaleza atributiva del testamento y la consiguiente invalidez de la desheredación. – 2.2. La tesis jurisprudencial de la institución implícita: una solución de compromiso. – 2.3. La validez de la desheredación calificada como acto patrimonial típico, en virtud de la compatibilidad de un testamento dispositivo con una voluntad privativa. – 3. La desheredación de los herederos legitimarios en el marco de la "successione necessaria". – 4. El nuevo art. 448 bis c.c. y la posibilidad de calificar en términos de desheredación la figura de la exclusión de la sucesión prevista en los casos de privación de la patria potestad. – 4.1. Los sujetos legitimados para ejercer la facultad de desheredación. – 4.2. El ámbito de aplicación objetivo de la disposición. – 4.3. Analogías y diferencias entre la desheredación y la indignidad, como instrumentos de reacción contra las violaciones de las obligaciones familiares.*

**1.** – En el sistema jurídico italiano, la desheredación no se rige por el derecho positivo como consecuencia de la precisa elección del legislador de 1865 – seguida también por el de 1942 – de excluirla del proyecto de código civil [1].

El antecedente histórico de la desheredación moderna se reconoce en la *exheredatio* romana [2], pero la evolución histórica de dicha institución desde el derecho justinianeo hasta

[*] Trabajo realizado dentro de las actividades del grupo de investigación internacional sobre el tema de la "Libertad de testar y sus límites en los derechos civiles españoles", para el proyecto financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2015-70636-C2-1).

[1] Sobre la desheredación sigue siendo crucial el trabajo de M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966. Para un profundo análisis sobre la evolución histórica del instituto, v. A. BURDESE, *Diseredazione*, en *Noviss. Dig. it*., V, 1960, 1113 ss.; F. CANCELLI, *Diseredazione* (Diritto romano), en *Enc. dir*., XIII, Milano, 1964, 95 ss.; D. RUSSO, *La diseredazione*, Torino, 1998, 4 ss.; L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi*, en *Riv. dir. civ*., 1941, 228 ss. Entre otros, v. M. MORETTI, *La diseredazione*, en *Tratt. dir. succ. don.*, coordinado por G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 263 ss.

[2] Esta figura se desarrolló en el período republicano tardío, cuando se presentó el remedio de la *querela inofficiosi testamenti* contra desheredaciones contrarias a la moral de la familia y finalmente, en el derecho justinianeo, donde se han introducido, con la novela 115, las *iustae causae* que hicieron legítima la desheredación (v. G. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, en *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1968, 1182 ss.; M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 50 ss.; L. FERRI, *L'esclusione testamentaria di eredi,* cit., 232). En el período pre-revolucionario, dos factores condujeron a la exclusión de la desheredación del código Napoléon: primero la admisión de la llamada "*actio ab irato*", concedida para impugnar las disposiciones negativas hechas en un momento de ira, y segundo la afirmación



nuestros días está marcada por direcciones opuestas. De este modo después de la Revolución francesa se consideró a la desheredación como inmoral (tanto que, en el código Napoleónico de 1804, se decidió mantener sólo la indignidad), y en esta misma línea, en los códigos pre-unitarios del siglo XIX de los Estados italianos se siguieron soluciones variadas pero, en su mayoría, desfavorables en relación con la admisión de esta figura [3].

El código civil de 1865 no preveía la desheredación, ya que las razones que podrían dar lugar a la exclusión de la sucesión se contemplaban como causas de la indignidad [4]. Esta opción también afectó al código de 1942, en el que no se considera a esta institución, más allá de tan sólo una breve referencia a la misma en los trabajos preparatorios, siendo así que las *iustae causae* (que justificaban la *exheredatio*) se han convertido en hipótesis de indignidad de suceder (art. 463 c.c.) [5].

El código de 1942 pareció inspirarse, como se desprende de los trabajos preparatorios, en la tradición romanística, para la cual la indignidad derivaba de una decisión judicial con un claro carácter constitutivo [6]. Así, cuando el art. 463.1 c.c. señala que "*è escluso dalla successione come indegno …*", está expresando la regla del derecho romano según la cual el indigno puede adquirir la herencia, pero no puede conservarla (*indignus capere sed non potest retinere*).

---

dogmática que "*Deus solus potest facere heredes*", en virtud a la cual el *héritier du sang* tendría uno *status* que el testador no puede borrar. Nacida como poder casi ilimitado del testador, la desheredación ha sido sometida a limitaciones cada vez más rígidas, hasta que desapareció en el código napoleónico y consecuentemente en los códigos italianos del 1865 y del 1942 (para un análisis completo y comparativo, v. M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnitá a succedere e diseredazione*, en *Familia*, 2003, 27 ss.).

[3] D. PASTORE, *Riflessioni sulla diseredazione*, en *Vita not.,* 2011, 1184.

[4] En el informe ministerial del Proyecto del código civil derogado (la llamada "*relazione Pisanelli*") se afirmó que: "*il codice francese non conosce la diseredazione. I codici italiani, compreso l'austriaco, l'ammisero. Il Progetto la respinse. è noto che nel diritto romano la diseredazione fu introdotta a favore dei figli o discendenti (pietatis causa), e non a loro danno* [...]. *Ma diversamente procedono i codici moderni che ammisero la diseredazione. Essi riconoscono di primo tratto un diritto di riserva nei discendenti e negli ascendenti. Ammettendo la diseredazione lo fanno a danno dei medesimi e non a loro vantaggio*" (v. G AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi*, cit., 1193).

[5] El art. 463 c.c., rubricado "*Casi d'indegnitá*", establece que: "*È escluso dalla successione come indegno:*1) *chi ha volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui successione si tratta, o il coniuge, o un discendente, o un ascendente della medesima, purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale;* 2) *chi ha commesso, in danno di una di tali persone, un fatto al quale la legge dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio;* 3) *chi ha denunziato una di tali persone per reato punibile con l'ergastolo o con la reclusione per un tempo non inferiore nel minimo a tre anni, se la denunzia è stata dichiarata calunniosa in giudizio penale; ovvero ha testimoniato contro le persone medesime imputate dei predetti reati, se la testimonianza è stata dichiarata, nei confronti di lui, falsa in giudizio penale;* 3 bis) *chi, essendo decaduto dalla responsabilità genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'articolo 330, non è stato reintegrato nella responsabilità genitoriale alla data di apertura della successione della medesima;* 4) *chi ha indotto con dolo o violenza la persona, della cui successione si tratta, a fare, revocare o mutare il testamento, o ne l'ha impedita;* 5) *chi ha soppresso, celato o alterato il testamento dal quale la successione sarebbe stata regolata;* 6) *chi ha formato un testamento falso o ne ha fatto scientemente uso*".

[6] D. RUSSO, *La diseredazione*, cit., 16 s.



De este modo la doctrina y la jurisprudencia proponen una clara distinción entre ambas instituciones, de la cual derivan muchas consecuencias prácticas [7]. Al margen de las diferencias que puedan mediar entre desheredación e indiginidad, estas instituciones comparten la misma función punitiva, aunque, si bien la indignidad es reconocida en el marco del derecho positivo, la desheredación sigue planteando problemas de concicliación entre la voluntad y libertad de testar del testador y la protección de los intereses de los parientes más cercanos, problema que ha sido resuelto de manera diferente desde la entrada en vigor del código civil hasta hoy.

**2. –** En torno a la admisibilidad de la cláusula de desheredación en el derecho italiano se ha desarrollado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, en el que también ha incidido la introducción en el código civil del art. 448 *bis*, operada por la reciente reforma en el campo de la filiación [8].

Dentro de las disposiciones con efectos de desheredación, se suelen distinguir tres subtipos distintos. En primer lugar, puede darse una "desheredación de hecho", es decir, un testamento en el que el testador haya agotado todo el haz hereditario, a través de las instituciones de herederos o de legados a favor de otros sucesores, operando de este modo una exclusión indirecta [9].

En este caso, si el sujeto que no ha sido mencionado es un legitimario, puede interponer una acción de reducción (arts. 553 ss. c.c.) [10]. Por el contrario, si se trata de heredero *ab intestato*, no podrá actuar de ninguna manera, ya que en el sistema jurídico italiano existe el principio de la

[7] En particular, en el momento de la apertura de la sucesión, el indigno se encuentra en una posición similar al heredero instituido bajo condición resolutoria, pudiendo, por lo tanto, aceptar la herencia y ejercer todas las acciones que pertenecen al heredero. Para un estudio más profundo sobre analogías y diferencias entre la desheredación y la indignidad v. par. 4.3.

[8] Esta reforma ha sido llevada a cabo por el d. lgs. 28 diciembre de 2013, n. 154, sobre la ley de delegación contenida en el art. 2 de la l. 10 diciembre 2012, n. 219.

[9] V., entre otros, V. OCCORSIO, "*Escludo da ogni mio avere i miei cugini": la Cassazione alla svolta in tema di diseredazione*, en *Giust. civ*., 2013, 685 ss.

[10] El sistema jurídico italiano permite que el individuo disponga, en la forma que estime conveniente, de sus bienes para el período posterior a su muerte y también admite que done a quien quiera sus bienes, a condición, sin embargo, que no afecte los derechos que la ley prevé con taxatividad a los miembros más cercanos a él. La ley establece, por lo tanto, que, cuando hay ciertas categorías de sucesores (cónyuge, hijos y, en ausencia de los hijos, los ascendientes), una parte de los bienes del testador se tiene que atribuir a ellos. La parte reservada por ley a estos sujetos se le denomina "*quota di legittima*" o "*quota di riserva*" y los sucesores que tienen este derecho se designan como los "*legittimari*" o "*riservatari*" o "*successori necessari*", ya que deben suceder en cualquier caso. Estas personas deben distinguirse de los sucesores legítimos, es decir, de aquellos a quienes la herencia les es asignada por la ley cuando falte el testamento. El conjunto de instituciones, que se refiere a la determinación de las categorías de los legitimarios, a las cuotas a las que tienen derecho y a los medios otorgados por la ley para hacer cumplir los límites impuestos por ella, toma el nombre de "*successione necessaria*". El fundamento de las normas relativas a la sucesión necesaria se encuentra en la necesidad de proteger los vínculos familiares, frente a la cual permanece limitada la facultad del testador de disposición. Y, puesto que estas normas están orientadas a la tutela de un interés general, se considera que sean inderogables.



prevalencia de la sucesión testamentaria sobre la legitima (o *ab intestato*) [11], *ex* art. 457.2 c.c. [12], y por eso se tendrá por válida y eficaz la asignación de los bienes a favor de diferentes personas. De este modo, el sujeto que en el derecho sucesorio italiano se define como legítimo, va a ser heredero sólo si la vocación testamentaria no produce sus efectos por renuncia o por otras causas de imposibilidad concreta de realizar la declaración de herederos [13].

En segundo lugar, la desheredación puede tener lugar a través de la inclusión en el testamento de sólo una disposición explícita privativa, pero pudiéndose deducir de la implicita voluntad del testador una disposición de contenido positivo. Sobre esta interpretación se ha basado la jurisprudencia que ha admitido hasta ahora la validez de estas cláusulas de privación de derechos. Otra cuestión surge cuando el testador dispone a título universal de una parte de sus bienes a favor solamente de uno o más sucesores legítimos. En este caso no parece razonable creer que los herederos testamentarios estén excluidos de la sucesión legítima en la porción del patrimonio no asignada, en cuanto no se puede presumir una voluntad testamentaria en tal sentido [14].

Por último, existe la desheredación en sentido estricto, en la que el testamento simplemente excluye uno o más sucesores legítimos. Esta es la forma de desheredación en torno a la cual ha surgido el reciente debate jurisprudencial. En relación con la misma, el problema fundamental que cabe plantearse es si resulta admisible excluir a un sucesor legítimo, a través de una cláusula meramente negativa, que haya sido insertada en un testamento que no contenga una efectiva institución de heredero, ni explícita ni implícitamente, por cuanto el testador no previó ninguna disposición positiva de su patrimonio.

---

[11] El ordenamiento jurídico italiano permite al individuo disponer de sus propios bienes con efecto *post mortem*, a través del testamento. Si el individuo no ha dispuesto de todo o parte de sus bienes, la ley interviene para indicar cómo deben asignarse y distribuirse. Los criterios en los que se inspira la ley se derivan generalmente de la intensidad del vínculo que une a los diversos familiares con el difunto, así que, los más cercanos a él y presumiblemente los más queridos excluyen los más lejanos. Las categorías de sucesores, en la sucesión legítima, son las siguientes: el cónyuge, los descendientes, los ascendientes, los colaterales, los otros familiares y el Estado. El fundamento de la sucesión legítima es, por lo tanto, junto con la presunta voluntad del testador, la solidaridad familiar. Este fundamento explica que el presupuesto de la sucesión legítima sea la falta total del testamento o la circunstancia de que el testador no ha dispuesto de todos sus bienes (de ahí que también se denomina *ab intestato*, es decir, sin testamento): en el primer caso interviene totalmente el régimen establecido por la ley; en el segundo, la aplicación de las reglas de sucesión legítima se limitan a los bienes que el testador no haya considerado en su testamento.

[12] El art. 457 c.c., rubricado "*Delazione dell'eredità*", en su segundo apartado, establece que: "*Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria*".

[13] Esto es a menos que no se realice una declaratoria indirecta, como en los casos de sucesión por representación en virtud del art. 467 c.c., transmisión de la delación *ex* art. 479 c.c., acrecimiento *ex* art. 674 ss. c.c., sustitución *ex* art. 688 ss. c.c.. En estos casos, la disposición testamentaria no producirá efectos y se abrirá la sucesión legítima en favor de los sujetos indicados en el art. 565 c.c.. Se trata de un resultado que puede ser previsto por el testador, mediante un complejo entramado de sustituciones, una de las cuales, en su caso, puede ser a favor de un organismo público, con el fin de eliminar o por lo menos minimizar cualquier posibilidad de apertura de la sucesión legítima.

[14] Así S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali*, Artt. 587-590, en *Cod. civ. Comm.*, fundado por P. Schlesinger y dirigido por F. Busnelli, Milano, 2005, 139.



**2.1. –** La doctrina y la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* más tradicionales han adoptado, aunque con diferentes tonalidades y procesos argumentativos, la tesis que se opone a la admisibilidad de la cláusula de desheredación. Existen numerosos argumentos para excluir su validez, pero el principal, empezando por los datos literales del los arts. 587 y 588 c.c., implica directamente la función causal del negocio testamentario y se conecta a la teoría general del testamento [15]. En particular, el art. 587 c.c. hace una referencia explícita al contenido positivo del testamento [16], definiéndolo como el acto revocable con el que alguien dispone, para el tiempo en el que habrá dejado de vivir, de todos sus propios bienes o parte de los mismos [17].

La norma en cuestión, interpretada literalmente, identifica la esencia del acto de última voluntad en la naturaleza necesariamente atributiva de las cláusulas que lo componen. Por lo tanto, han de tratarse de disposiciones positivas, típicamente previstas en el art. 588 c.c. [18]. La misma expresión "*dispone*", contenida en el primer inciso del art. 587 c.c., se interpreta literalmente, como una referencia a un negocio dispositivo-atributivo.

Relacionado con las explicaciones anteriores, es preceptivo realizar una reconstrucción taxativa del contenido del testamento, pues, a diferencia del ámbito de la autonomía de la voluntad contractual, el derecho positivo prescribe al testador las instituciones que dicho documento debe contener, ateniéndose, por tanto, a los tipos legales permitidos, que son, exclusivamente, la institución de heredero y el legado. En tal sentido, pueden considerarse "testamentarias" las únicas cláusulas con las que alguien atribuya sus propios bienes (arts. 587.1

---

[15] V. L. FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia ad una volontá testamentaria di diseredazione*, en *Foro pad*., 1955, I, 47; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontá*, Milano, 1954, 317 ss.; A.C. JEMOLO, *La diseredazione*, en *Riv. dir. civ*., 1965, II, 504; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, VII, Milano, 1962, 154; A. TORRENTE, *Diseredazione* (Diritto vigente), en *Enc. dir*., XIII, Milano, 1964, 102; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2002, 134; G. BONILINI, *Testamento*, en *Dig. disc. priv*., sez. civ., XIX, Torino, 1999, 338 ss.; G. CRISCUOLI, *Testamento*, en *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 19; L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, *Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, 277; ID. *Delle successioni testamentarie, Art. 587-600*, en *Comm. cod. civ.,* coordinado por A. Scialoja y G. Branca, Bologna-Roma, 1993, 96; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, en *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, XII, 1, Torino, 1977, 83 ss.; A. PALAZZO, *Le successioni*, en *Tratt. dir. priv*., coordinado por G. Iudica y P. Zatti, II, Milano, 1996, 631.

[16] A. CICU, *Il testamento*, Milano, 1945, 10 ss..

[17] En el art. 587 c.c., rubricado "*Testamento*", se afirma que: "*Il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse. Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento, anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale*".

[18] El art. 588 c.c., rubricado "*Disposizioni a titolo universale e a titolo particolare*", establece que: "*Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario. L'indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio*".



y 588 c.c.), así como las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley permite que estén insertas en un testamento (art. 587.2 c.c.) [19].

La desheredación es ajena a la categoría de las cláusulas de atribución de bienes por su contenido negativo y tampoco puede reconducirse a la categoría de disposiciones de carácter no patrimonial, no siendo contemplada por ninguna ley. A esto le sigue que, si el testador se propone excluir a un heredero legítimo, explícita o implícitamente, debe atribuir sus bienes a otros sujetos, a través de la institución de heredero y del legado; en otras palabras, el testador no puede evitar la aplicación de las disposiciones de la sucesión *ex lege*, sino creando las condiciones para una declaración típica de herederos en virtud de las figuras previstas en el art. 588 c.c.. Por lo tanto, de esta perspectiva, el testamento que contiene exclusivamente disposiciones negativas no puede considerarse válido.

La invalidez de la cláusula de desheradación encuentra su justificación también en la supuesta prevalencia de la sucesión legítima sobre la testamentaria, que evita la derogación de los mecanismos de la sucesión legítima por medio de una disposición negativa [20]. En particular, se considera que las normas dictadas en materia de sucesión legítima están animadas por intereses públicos, que se reconducen a la protección de la familia como instituto de relevancia social. Esto lleva a considerar negativamente el fenómeno del testamento y a creer que la naturaleza supraindividual de los intereses protegidos por los arts. 565 ss. c.c. [21] confina la sucesión testamentaria dentro de los márgenes estrechos de las figuras normativamente previstas [22].

**2.2.** – La *Corte di Cassazione*, desde la primera sentencia pronunciada sobre el tema [23], ha rechazado la eficacia negativa del negocio testamentario, reconociendo la validez de la cláusula de desheredación sólo si esta se acompaña con una disposición de atribución, explícita o implícita. De acuerdo con esta orientación, el art. 587.1 c.c. se tiene que interpretar en el sentido de que el testador puede válidamente excluir de la herencia, implícita o explícitamente, a un

[19] El cáracter necesariamente atributivo es un argumento apoyado por la doctrina tradicional: v., entre otros, L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I. Parte generale, 2, Napoli, 1958, 27; A. TORRENTE, *Diseredazione* (Diritto vigente), cit., 102; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 134; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 154; L. FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia ad una volontà testamentaria di diseredazione*, cit., 52.

[20] A. DE CUPIS, *Successione testamentaria*, en *Enc. dir*., XLIII, Milano, 1990, 1378 ss..

[21] El art. 565 c.c., rubricado "*Categorie dei successibili*", es la primera disposición del Título II (*Delle successioni legittime*) del código civil y establece que: "*Nella successione legittima l'eredità si devolve al coniuge, ai discendenti, agli ascendenti, ai collaterali, agli altri parenti e allo Stato, nell'ordine e secondo le regole stabilite nel presente titolo*".

[22] La referencia es una vez más a las disposiciones de contenido patrimonial que tienen una finalidad atributiva a título universal o particular según lo que establece el art. 588 c.c.

[23] La primera sentencia de la Corte Suprema es Cass., 20 de junio 1967, n. 1458, en *Giust. civ*., 1967, I, 2032 ss.. En el mismo sentido v. Cass., 23 de noviembre 1982, n. 6339, en *Foro it*., 1983, I, 1652 ss., con anotación de L. DI LALLA.



heredero legítimo, siempre que él no tenga una reserva como heredero "*legittimario*", a condición que el testamento contenga también disposiciones positivas, es decir, atribuya bienes del patrimonio hereditario a otros sujetos, en las formas típicas de la institución de heredero o del legado.

De este modo, tiene que ser considerado nulo el testamento en el cual, sin otras disposiciones, se excluya un heredero de la sucesión, a través de la desheredación. Por lo tanto, si la interpretación de la voluntad testamentaria revela que el testador, aunque haya manifestado expresamente desheredar un sucesor, al mismo tiempo, haya implícitamente querido atribuir sus propios bienes a otros sujetos, el testamento tendrá que ser considerado válido, por cuanto contiene una disposición positiva de los bienes hereditarios, lo que es suficiente para atribuir eficacia también a la disposición negativa de desheredación [24].

En este caso, sin embargo, la *Corte di Cassazione* no se ha adherido a la tesis doctrinal tradicional que *a priori* excluye la posibilidad de que, a través de la interpretación, se pueda encontrar un elemento esencial del testamento, como la identificación de los destinatarios de la vocación hereditaria. En su lugar, ha considerado que la voluntad del testador tiene que resultar del testamento de manera cierta, aunque dicha certeza también puede inferirse indirecta e implícitamente.

Por lo tanto, no se cuestiona la naturaleza necesariamente atributiva del testamento, que se puede encontrar también cuando, por vía hermenéutica, resulte una voluntad inequívoca del testador, además de desheredar un sucesible determinado, también de atribuir sus bienes a otros [25].

En un segundo importante pronunciamiento de 1994 [26], la *Corte di Cassazione* ha tenido que evaluar el caso de un testamento en el que el difunto había excluido de sus bienes a sus hermanos y sus familias [27]. El juez de primera instancia había reconocido la validez del testamento y declarado abierta la sucesión legítima a favor de los hermanos no desheredados. La *Corte di Appello* había confirmado la decisión de primera instancia, pero con otra motivación, adhiriéndose a la orientación expresada en la sentencia de *Corte di Cassazione* de 1967, es decir, afirmando que la disposición negativa, aunque en principio no es válida, en este caso había sido reconocida como admisible, por cuanto en el testamento se podía inferir la voluntad

[24] Textualmente Cass., 20 de junio 1967, n. 1458, cit.. En aquel caso la voluntad testamentaria se expresó en los siguientes términos: "*Nelle mie piene facoltà mentali e in perfetta salute, dichiaro, qualora io dovessi mancare, di escludere dalla mia eredità e cioè da quello che io posseggo, le mie due nipoti A. e G.* [...] *figlie del mio defunto fratello P.* [...]*, per il loro indegno comportamento verso di me e i miei fratelli*".

[25] En un sentido conforme v. Cass., 23 de noviembre 1982, n. 6339, cit..

[26] V. Cass., 18 de junio de 1994, n. 5895, en *Notariato*, 1995, 11 ss., con anotación de F. BARTOLOZZI, *Diseredazione e istituzione implicita*; en *Riv. not*., 1995, 342 ss.; en *Giur. it*., 1995, I, 1564 ss., con anotación de C. CECERE, *Brevi note sulla diseredazione*; en *Corr. giur*., 1994, 1498 ss., con anotación de L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*.

[27] Sobre los perfiles más problemáticos de las sentencias del 1994 y del 1967, v. F. CORSINI, *Appunti sulla diseredazione*, en *Riv. not*., 1996, 1099 ss.



implícita de disponer a favor de los herederos legítimos no excluidos. Pues bien, en esta sentencia de 1994, la *Corte di Cassazione* ha declarado la apertura de la sucesión legítima, a diferencia de la sentencia anterior de 1967, que había afirmado la prevalencia de la sucesión testamentaria. En la decisión de 1994, de hecho, se afirma que la voluntad de desheredar a algunos de los sucesores implica el reconocimiento de una voluntad contextual de instituir los herederos legítimos que no estén excluidos, sólo si del mismo contenido de la declaración o del alcance general del acto que la contenía resulte la existencia real de una autónoma voluntad institutiva del testador, con el resultado de que "*solo in tal caso è consentito ricercare, anche attraverso elementi esterni e diversi dallo scritto racchiudente la dichiarazione di diseredazione, l'effettivo contenuto della volontá d'istituzione, in ossequio al principio di conservazione della volontá testamentaria*" [28].

Sin embargo, esta tesis intermedia, de matriz jurisprudencial, no exenta de valoraciones críticas. Así, en primer lugar, hay que subrayar la dificultad de extraer una voluntad de atribución de una cláusula negativa. En aplicación del principio de certeza, codificado en el art. 628 c.c. [29], la voluntad institutiva implícita tiene que resultar inequívocamente de la evaluación de elementos ofrecidos por el mismo testador, que permiten inmediatamente la identificación de los sucesores, aunque no hayan sido específicamente designados [30]. Cuando, en cambio, la

---

[28] V. Cass., 18 de junio de 1994, n. 5895, cit. En la jurisprudencia de mérito hay diferentes posiciones. No faltan pronunciamientos en el sentido de la admisibilidad de la desheredación pura, basada en el principio general de autonomía de la voluntad del difunto, v. App. Genova, 16 de junio de 2000 (en *Giur. mer*., 2001, I, 937 ss., con anotación de D. MORELLO DI GIOVANNI, *Clausola di diseredazione e autonomia negoziale del disponente*), que sin embargo afirma en la motivación que la cláusula de desheredación puede considerarse como "*instituzione implicita di erede*", no alejándose así del entorno tradicional; también v. Trib. Catania, 21 de febrero de 2000 (en *Giur. it*., 2001, I, 70 ss., con anotación de E. BERGAMO, *Brevi note sulla diseredazione*; en *Familia*, 2001, 1210 ss., con anotación de C. GRASSI, *Validitá del testamento di contenuto meramente diseredativo*) pero reformada por la sentencia de segunda instancia, App. Catania, 28 de mayo de 2003 (en *Giur. mer*., 2004, I, 15 ss., y en *Giur. mer*., 2005, I, 274 ss., con anotación de L. BARRECA, *Ancora sulla diseredazione*) en la que se ha afirmado que: "*qualora il* de cuius *abbia espresso in un testamento la volontà di revocare ogni sua precedente disposizione testamentaria e di diseredare tutti i suoi parenti (non legittimari), quest'ultima disposizione deve ritenersi nulla per illiceità della causa, non essendo ammessa dall'art. 587, I comma, la mera diseredazione* […]".

Véase, en la jurisprudencia anterior, Trib. Lucca, 6 de noviembre de 1953, en *Giur. tosc*., 1954, 209 ss.; App. Firenze, 9 de septiembre 1954 (en *Foro pad*., 1955, I, 48 ss., con anotación de L. FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia ad una volontà testamentaria di diseredazione*, cit.), en la cual se afirma que: "*non sembra che la clausola di diseredazione vada oltre i limiti stabiliti dalla legge all'efficacia della volontà del testatore*; [...] *per ritenerla invalida, occorrerebbe dimostrare la incompatibilità con i principi fondamentali del diritto delle successioni*; [...] *anche la diseredazione costituisce un atto di disposizione (negativo) del patrimonio, in quanto esclude dalla successione chi altrimenti vi sarebbe chiamato*". V. también Trib. Parma, 3 de mayo 1977, en *Foro pad*., 1977, I, 150 ss., con anotación de E. ONDEI, *Le disposizioni testamentarie negative*.

Sin embargo, la jurisprudencia de mérito prevalente comparte la posición de Cass., 20 de junio de 1967, n. 1458, cit.. Más recientemente, v. Trib. Reggio Emilia, 27 settembre 2000, n. 877, en *Vita not*., 2001, 694 ss., con anotación de L. CAVANDOLI, *Clausola di diseredazione e testamento*, y en *Notariato*, 2002, 47 ss., con anotación de G. PORCELLI, *Autonomia testamentaria ed esclusione di eredi.*

[29] En el art. 628 c.c., rubricado "*Disposizione a favore di persona incerta*", se establece que: "*È nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata*".

[30] L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, cit., 1506. En sentido conforme v. F. CORSINI, *Appunti sulla diseredazione*, cit., 1103 ss.; D. RUSSO, *La diseredazione*, cit., 49 ss.; G. PORCELLI, *Autonomia testamen-*



apertura de la sucesión testamentaria se convierte en un complejo procedimiento interpretativo, que no se apoya en una base textual cierta, se puede dudar seriamente de que esta certeza subsista.

La orientación crítica afirma que, en la mayoría de los casos, no es posible reconocer a la cláusula de desheredación, incluso implícitamente, ningún significado atributivo. La voluntad de desheredar se justifica y se agota en sí misma, ya que el testador no se ha puesto el problema de elegir e indicar, incluso implícitamente, sus sucesores, sino simplemente ha formulado una disposición negativa, mostrando así indiferencia a aquellos sujetos que sucederán en lugar de los desheredados, como también al destino de sus bienes, y confiando en la ley para su distribución entre los no excluidos [31].

Por lo tanto, parte de la doctrina considera que esta tesis se basa en una sobrevaloración de la declaración contenida en el art. 587.1 c.c., en relación con el art. 588 c.c., de la cual deriva la asignación al testamento de una función de acto necesariamente atributivo [32]. Así, esta operación hermenéutica sería necesaria en el supuesto de que exista un testamento válido sólo cuando el testador haya dispuesto, en todo o en parte, explícita o implícitamente, de sus propios bienes a través de la institución del heredero o del legado. De lo contrario, los jueces están obligados a buscar, en cada caso concreto, una voluntad positiva en una cláusula meramente negativa, lo que parece, según esta orientación, un mecanismo interpretativo absolutamente incoherente [33].

Por otra parte, esta solución no parece satisfactoria, puesto que, por un lado, parece admitir la validez de la cláusula *de qua* cuando no represente el contenido exclusivo del testamento, incluyendo también disposiciones atributivas que no agoten todo el haz hereditario; pero, también, reconoce la validez en el caso en que la cláusula constituya el único contenido del testamento, siempre que sea posible reconstruir, en términos hermenéuticos, la voluntad del testador [34].

**2.3.** – La orientación doctrinal y jurisprudencial actualmente prevalente ha argumentado que la tipicidad del testamento no debe ser considerada tanto una tipicidad formal, sino una tipicidad

---

*taria ed esclusione di eredi*, cit., 55; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 134, según el cual en el derecho moderno el heredero testamentario es esencialmente un *heres scriptus*, en el sentido de que la determinación del destinatario no puede hacerse indirectamente, con referencia a fuentes de designación extrañas al contenido de la declaración testamentaria.

[31] R. CIMMINO, *Diseredazione e ricostruzione causale del testamento*, en anotación a Cass., 25 de mayo 2012, n. 8352, en *Notariato*, 2013, 33.

[32] Así L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, cit., 1504.

[33] L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, cit., 1504; G. PORCELLI, *Autonomia testamentaria ed esclusione di eredi*, cit., 55 s.; G. PFNISTER, *La clausola di diseredazione*, en *Riv. not*., 2000, II, 925 s.; M. MORETTI, *La diseredazione*, cit., 270; G. BONILINI, *Disposizione di diseredazione accompagnata da disposizione modale*, en *Fam. pers. succ*., 2007, 718; P. RESCIGNO, *Recensione a "La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*" de M. Bin, en *Riv. dir. civ*., 1969, I, 95 ss.

[34] V. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, *Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, cit., 275, donde la solución jurisprudencial se define "*ibrida ed inappagante*".



sustancial [35], de tal manera que la definición de testamento regulada en el art. 587 c.c. sólo se define a través de su causa [36], esto es, un negocio jurídico dirigido a la regulación *post mortem* de los intereses del testador [37].

La tipicidad del negocio testamentario no debe referirse a su contenido típico, es decir a lo que los defensores de la teoría de la naturaleza necesariamente atributiva del testamento creyeron que estaba previsto por los arts. 587 y 588 c.c.

Esta orientación ha sido compartida por la *Corte di Cassazione,* a través de una sentencia del 2012 [38], que representa un cambio muy importante sobre la cuestión de la admisibilidad de una cláusula meramente negativa, que constituya el único contenido del testamento [39].

La nueva dirección propuesta por la jurisprudencia se basa en una lectura de los artt. 587 y 588 c.c. diametralmente opuesta a la anterior y coherente con los resultados interpretativos desarrollados en la doctrina.

Según los jueces de legitimidad, la primera de esas normas, que define al testamento como un acto de disposición de las propios bienes, destaca la necesidad que la disposición testamentaria tenga un contenido patrimonial, pero no presupone que, para ser tal, deba necesariamente tener función atributiva. De hecho, el verbo "*disporre*", utilizado en el art. 587.1 c.c., puede tener tanto un contenido positivo (consistente en la previsión de una disposición de carácter atributivo), como negativo (interpretado como una manifestación de voluntad privativa, como puede ser una cláusula de desheredación). En este sentido, se puede entender que el art. 588 c.c. tiene la única función de subdividir las disposiciones atributivas en universales y particulares, por lo que, las figuras de la institución de heredero y del legado sólo serían

---

[35] M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento,* cit., *passim*; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, cit., 83; E. ONDEI, *Le disposizioni testamentarie negative*, cit., 304; S. DELLE MONACHE, *Testamento. Disposizioni generali,* cit., 137 ss.

[36] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, Milano, 2001, 643.

[37] R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, en *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, I, Torino 1987, 520.

[38] Cass., 25 de mayo 2012, n. 8352, en: *Fam. pers. succ*., 2012, 763 ss., con anotación de V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*; *Giust. civ*., 2012, 1164 ss., con anotación de L. CIAFARDINI, *Nota a Corte di Cassazione, 25 maggio 2012, sez. II, n. 8532*; *Riv. not*., 2012, 1228 ss., con anotación de M. DI FABIO, *In tema di diseredazione (anche) del legittimario*; *Nuova giur. civ. comm*., 2012, 991 ss., con anotación de R. PACIA, *Principio di autonomia e validitá del testamento contenente solo una clausola di diseredazione*; *Vita not*., 2012, 665 ss., con anotación de D. PASTORE, *La Cassazione ammette la diseredazione*; *Giust. civ.*, 2013, 1473 ss., con anotación de C. BRUNO, *Liceitá della diseredazione esplicita*; *Notariato*, 2013, 24 ss., con anotación de R. CIMMINO, *Diseredazione e ricostruzione causale del negozio testamentario,* cit.; *Giust. civ*., 2013, 685 ss., con anotación de V. OCCORSIO, *"Escludo da ogni mio avere i miei cugini": la Cassazione alla svolta in tema di diseredazione,* cit.; *Giur. it*., 2013, 315 ss., con anotación de M. FUSCO, *È valida la clausola di diseredazione meramente negativa*; *Fam. dir.,* 2013, 146 ss., con anotación de G. BELLAVIA, *La Cassazione ammette la clausola di diseredazione esplicita meramente negativa*; *Corr. giur*., 2013, 614 ss., con anotación de B. CALIENDO, *La diseredazione: "(non) vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole ...".*

[39] Esta orientación ha salido a la luz en la jurisprudencia de mérito (v. App. Genova, 16 de junio 2000, cit.; Trib. Catania, 21 de febrero 2000, cit.), y luego se trasladó recientemente a la *Corte di Cassazione* que ha cambiado su anterior y consolidada orientación y confirmado la validez de la cláusula de desheredación respecto a los sucesores *ex lege*.



hipótesis ejemplificadoras de disposiciones adecuadas para formar el objeto del acto testamentario y no como las únicas formas típicas de disposiciones que este puede contener.

Por lo tanto, considerando el hecho de que el testador es libre de disponer de sus propios bienes incluso con disposiciones que no tengan carácter atributivo, la *Corte di Cassazione* declara que no hay ninguna razón para negarle la validez a una disposición negativa con la que se expresa la voluntad de excluir a un sucesor *ex lege*. Esta exclusión, de hecho, no es equivalente a una ausencia de manifestación de voluntad, es decir desheredar no significa "*non disporre*". En otras palabras, el art. 587 c.c. no contemplaría sólo una voluntad atributiva e institutiva, sino también una voluntad privativa, de este modo, el verbo "*disporre*" más correctamente tendría que estar asociado, en esta lectura adherida al principio de la libertad testamentaria, al significado de regular, en sentido positivo y negativo. De este modo, la desheredación también tiene una función típica del testamento, porque dispone de sus bienes no sólo quién quiere atribuirlos a un cierto sujeto sino también quien declara que no quiere atribuirlos a nadie.

La *Corte di Cassazione* observa cómo el ordenamiento italiano contempla numerosas disposiciones testamentarias de carácter no patrimonial que, aunque impliquen una atribución positiva, dictan prescripciones específicas, relacionadas con el destino *post mortem* de las situaciones jurídicas que pertenecen al sujeto de cuya herencia se habla y que no se pueden colocar en la *summa divisio* del art. 588 c.c. A la luz de estas consideraciones, la *Corte di Cassazione* llega a la conclusión de que para desheredar no es necesario proceder a una atribución positiva de los bienes a favor de personas no desheredadas, ni buscar la prueba de una atribución implícita, de manera tal que el principio de derecho según el cual la cláusula del testamento con la que el testador manifiesta su propia voluntad de excluir de su sucesión a algunos de los sucesores *ex lege* es válida.

De esta manera se sanciona definitivamente la reconducción de la desheredación a la noción de acto de disposición, tal como se ha indicado anteriormente, ampliando así el alcance del contenido típico del testamento.

En cuanto a los efectos de la desheredación en el momento de la apertura de la sucesión, la *Corte di Cassazione* admite la coexistencia de los dos tipos de sucesión, incluso en el caso del testamento con contenido meramente negativo, sin que esto pueda ser considerado como una violación de la ley. El concurso entre las dos vocaciones hereditarias se tiene que configurar como una relación de integración recíproca, en el sentido de que no hay dos formas distintas de sucesión, legítima y testamentaria, sino que se trata de un fenómeno sucesorio esencialmente unitario [40].

**3. –** El problema de la admisibilidad de la desheredación en relación con el derecho positivo

[40] V. A. TRABUCCHI, *Esclusione testamentaria di eredi e diritto di rappresentazione*, en *Giur. it*., 1955, I, 752 s., según el cual "*la successione è, quindi, una sola e rispetto ad essa la designazione testamentaria negativa produrrá l'effetto di far subentrare una designazione legittima*".



sólo se ha planteado con respecto a la exclusión de la sucesión de los herederos legítimos (o sea, de los sujetos protegidos por la ley ante la falta de testamento), ya que la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia considera que el testador no puede excluir alguno de los sucesores necesarios, en virtud del principio de la intangibilidad de la cuota de reserva [41], sancionado por el art. 457.3 [42].

La posible validez de una disposición de desheredación de un heredero necesario está condicionada por la teoría de la que se parta en cuanto a la naturaleza jurídica de la acción de reducción y, en general, la posición de los legitimarios en el momento de la apertura de la sucesión [43].

A tal efectos, se han elaborado reconstrucciones diferentes, una vez superada la orientación menos reciente, que, fundándose en el art. 735 c.c. [44], asimiló la falta de mención del legitimario a la del heredero instituido y sostuvo que este sujeto era heredero *ipso iure* en el momento de la apertura de la sucesión [45], la tesis predominante opina que la vocación hereditaria del legitimario sólo seguiría a la admisión por la jurisprudencia de la acción de reducción [46]. Por lo tanto, las disposiciones en las que no se hayan mencionado los legitimarios podrían caducar, debido a la

---

[41] V. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 133; L. FERRI, *Se debba riconoscersi efficacia a una volontá testamentaria di diseredazione*, cit., 50; G. AZZARITI, *Diseredazione ed esclusione di eredi,* cit., 1197 s., el cual pone de manifiesto que, si bien se admita la validez de la disposición negativa, debe utilizarse el concepto de "*esclusione di eredi legittimi*" en lugar de "*diseredazione*" en sentido estricto, porque, a diferencia de los sujetos "*legittimari*", los herederos "*legittimi*" no pueden de hecho ser desheredados, es decir, privados de un derecho que no tienen, en cuanto su vocación es puramente eventual y está prevista sólo cuando falte, total o parcialmente, una disposición testamentaria, *ex* art. 457.2, c.c..

[42] El art. 457 c.c., rubricado "*Delazione dell'eredità*", en su tercero párrafo, establece que: "*Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari*".

[43] Para los perfiles generales v., en doctrina, F. SANTORO PASSARELLI, *Dei legittimari*, en *Commentario del codice civile, Libro delle Successioni per causa di morte e delle donazioni*, dirigido por M. D'Amelio, Firenze, 1941, 263 ss.; F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1969, 184 ss.; A. CICU, *Successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1941, 227 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, *Art. 456-511*, en *Comm. cod. civ.*, coordinado por A. Scialoja y G. Branca, Bologna-Roma, 1980, 88 ss.; L CROTTI, *Comentario* sub *art. 536 c.c.*, en *Cod. succ. don.*, I, coordinado por M. Sesta, Milano, 2011, 887 ss.

En jurisprudencia, v. Cass., 3 de diciembre 1996, n. 10775, en *Riv. not*., 1997, 1302 ss.; Cass., 23 de octubre 1954, n. 4037, en *Foro it.*, 1955, I, 7 s.; Trib. Gorizia, 4 de agosto 2003, en *Familia*, 2004, 1187 ss., con anotación de C. GRASSI, *Rinuncia del legittimario pretermesso all'azione di riduzione e mezzi di tutela dei creditori: revoca della rinuncia ed esercizio in surroga dell'azione di riduzione*; Cass., 28 de enero 1964, n. 204, en *Giust. civ*., 1964, I, 534 ss.; Cass., 11 de marzo 1966, n. 699, en *Giust. civ*., 1966, 1775 ss.; Cass., 15 de julio 1966, n. 1910, en *Foro pad*., I, 1968, 27 ss.; Cass., 5 de enero 1967, n. 35, en *Foro pad*., 1968, I, 22 ss., con anotación de G. STOLFI, *Note retrospettive sulla preterizione del legittimario*; Cass., 15 de junio 2006, n. 13804, en *Giust. civ*., 2006, 1608 s.; Cass., 20 de noviembre 2008, n. 27556, en *Giust. civ*., 2008, 1652 s..

[44] El art. 735 c.c., rubricado "*Preterizione di eredi e lesione di legittima*", establece que: "*La divisione nella quale il testatore non abbia compreso qualcuno dei legittimari o degli eredi istituiti è nulla. Il coerede che è stato leso nella quota di riserva puó esercitare l'azione di riduzione contro gli altri coeredi*".

[45] Así, G. STOLFI, *Sulla figura del legittimario*, en *Giur. it*., 1968, IV, 76 ss..

[46] En este sentido v. Cass. 28 de noviembre 1987, n. 8780, en *Giust. civ*., 1988, I, 367 ss., con anotación de G. AZZARITI, *Legittimari ed eredi testamentari*; más recientemente, v. Cass. 7 de octubre 2005, n. 19527, en *Riv. not*., 2008, 211 ss., con anotación de A. ALESSANDRINI CALISTI, *Azione di simulazione, azione di riduzione, legittimario pretermesso e qualitá di erede nella successione legittima*.



ineficacia relativa posterior con respecto a los sujetos que han actuado judicialmente solicitando la reducción, pero hasta este momento serían perfectamente válidas [47].

A juicio de algunos autores, si se acepta la teoría dominante, debe considerarse que la desheredación de los legitimarios, en cuanto puede ser asimilada a una hipótesis de falta de mención (*preterizione*), sería ineficaz pero válida, como cualquier otra disposición lesiva de la cuota de reserva [48]. Sin embargo, a esta construcción se objeta que la acción de reducción presupone disposiciones positivas que pueden ser declaradas ineficaces, lo que no se cumple con una disposición meramente negativa [49].

Según otra parte de la doctrina, la posición del legitimario estaría asegurada por la sanción de nulidad de la disposición de desheredación que le afecta. Dentro de esta teoría, para algunos, la nulidad derivaría de la previsión del art. 549 c.c., que prohíbe al testador imponer gravámenes o condiciones a la cuota de legítima [50]; pero, se objeta que también el art. 549 c.c. presupone atribuciones positivas, aunque implícitas, no siendo posible imaginar un *modus* o una condición a cargo de una disposición meramente negativa, como lo es la desheredación [51]. Para otros, la nulidad resultaría de la violación de la regla imperativa establecida en el art. 457.3 c.c. [52]; sin embargo, incluso con respecto a una configuración de este tipo se argumenta que la naturaleza inderogable de las reglas de protección de los legitimarios no es absoluta, sino relativa, ya que el legitimario podría, por ejemplo, renunciar a la acción de reducción [53].

Sigue estando abierta la cuestión, incluso a la luz de las novedades de la importante sentencia de la *Corte di Cassazione* de 2012, ya citada, que se pronunció afirmando la intangibilidad de la posición del legitimario. Sin embargo, es difícil negar que, si se quiere reconocer la validez de la disposición de desheredación, no se puede conceder al legitimario desheredado

---

[47] Una parte minoritaria, aunque calificada, de la doctrina creía que el derecho del legitimario no consistía en una cuota de la herencia, sino en una *pars bonorum*, por lo que el legitimario no mencionado no adquiriría la calidad de heredero incluso después de la acción de reducción, que sería una acción para hacer valer la ineficacia originaria y relativa que sólo podría tener efectos cuando hay un activo residual, v. G. AZZARITI, *La successione necessaria*, en *Giust. civ*., 1968, IV, 142.

[48] A. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione,* cit., 775; E. BERGAMO, *Brevi note sulla diseredazione,* cit., 70; M. QUARGNOLO, *Il problema della diseredazione tra autonomia testamentaria e tutela del legittimario*, en *Familia*, 2004, 299 s.; G. PFNISTER, *La clausola di diseredazione*, cit., 915 s.; C. SAGGIO, *Diseredazione e rappresentazione*, en *Vita not*., 1983, II, 1788 ss.; D. PASTORE, *Riflessioni sulla diseredazione*, cit., 1190.

[49] M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 257 s.. También se tiene que considerar que las posiciones de los legitimarios desheredados y de los legitimarios no mencionados no es la misma, en cuanto este último sucederá *ex lege* en los casos de premoriencia de todos los llamados o de indignidad o renuncia a la herencia.

[50] L. MENGONI, *Successioni per causa di morte*, en *Tratt. dir. civ. comm*., dirigido por A. Cicu y F. Messineo, XLIII, 1, Milano, 1993, 22 nota 59.

[51] D. RUSSO, *La diseredazione*, cit., 197.

[52] L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di diseredazione*, cit.,1503; M. QUARGNOLO, *Il problema della diseredazione tra autonomia testamentaria e tutela del legittimario*, cit., 302; D. RUSSO, *La diseredazione,* cit., 201 ss..

[53] G. PFNISTER, *La clausola di diseredazione*, cit., 915, s.; *contra* v. C. M. BIANCA, *Diritto civile,* cit., 654.



la acción de reducción, ya que no hay ninguna disposición que reducir; por lo tanto, la única sanción que podría afectar a la desheredación podría ser la nulidad por violación de normas imperativas o de los principios fundamentales del derecho positivo [54].

De hecho, siempre a la luz de las consideraciones desarrolladas sobre la naturaleza de la sucesión necesaria, si el sujeto excluido es un legitimario, la desheredación, entendida como una negación total y definitiva de los derechos procedentes de la sucesión *mortis causa*, es imposible. Entonces, si este sujeto se ve perjudicado por otras disposiciones atributivas, podrá iniciar una acción de reducción y, si resulta victorioso, será heredero legítimo en su cuota, pero una cláusula de desheredación en sentido estricto (o sea, en ausencia de otras disposiciones atributivas de bienes) no puede modificar su posición, debido a que las disposiciones relativas a su protección no pueden ser modificadas (a diferencia de lo que acontece con los sucesores legítimos, que pueden ser excluidos de la sucesión a través de tal cláusula). En una situación de incompatibilidad entre Derecho imperativo y disposición contractual prevalece la fuente principal. Este es el sentido que, en la actualidad, se atribuye a la previsión del art. 457.3 c.c., que, al prohibirle al testador perjudicar los derechos de los legitimarios, se opone rígidamente a la validez de una cláusula de desheredación en el marco de la sucesión necesaria.

Sin embargo, sobre la cuestión de la admisibilidad de la desheredación de los legitimarios, ha intervenido una reciente modificación legislativa que, a través del nuevo art. 448 *bis* c.c, parece haber introducido una importante excepción a la regla de la intangibilidad de la legítima, admitiendo que el hijo pueda, en casos específicos, excluir al ascendente de la sucesión.

**4. –** La reciente reforma en el campo de la filiación, llevada a cabo con d.lgs. 28 de diciembre 2013, n. 154, introdujo una nueva disposición en el Título VIII del Libro I del código civil italiano, caracterizada por poseer un contenido heterogéneo, por cuanto afecta tanto al derecho a los alimentos como a los derechos de sucesión. Ello es debido a una colocación sistemática inadecuada y a una formulación textual, que no es clara en las intenciones y presupuestos de aplicación [55]. Se trata del art. 448 *bis* c.c., rubricado "*Cessazione per decadenza dell'avente diritto dalla potestá sui figli*", según el cual: "*Il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463, possono escluderlo dalla successione*".

[54] A. TORRENTE, *Diseredazione* (Diritto vigente), cit., 102. En particular, v. M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, cit., 257 s., que habla de nulidad por tradición histórica y razones sistemáticas.

[55] M. PARADISO, *Decadenza dalla potestá, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione (art. 448* bis *c.c., inserito dall'art. 1, comma 9°, l. n. 219/12)*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 557 s.



Esta regla no siguió el *iter* de formación del proyecto de reforma de la filiación, sino que nació de un distinto proyecto de ley [56] y fue introducida en el texto definitivo cuando las obras ya se habían completado, sin haber llevado a cabo una coordinación suficiente con las otras disposiciones e, incluso, sin haber evaluado su impacto en el sistema jurídico. Este tipo de anomalía genética ha conducido, en primer lugar, a una inadecuada colocación sistemática que, si puede parecer oportuna con respecto al tema de los alimentos, regulados en el mismo título, ciertamente no lo es con referencia a la materia de la sucesión.

Desde el punto de vista estilístico, la elección de reunir, en la misma disposición, preceptos concernientes a diferentes ámbitos normativos ha llevado a la elaboración de una disposición híbrida, cuya interpretación exige una previa delimitación de las materias afectadas. Con referencia a la sucesión, en virtud de su calificación jurídica, parece que puede definirse en términos de desheredación, entendida en sentido estricto como una facultad destinada a privar a alguien de sus derechos sucesorios, la cual puede ejercerse mediante una específica y expresa disposición, insertada en el testamento. De esta configuración, se deriva la aplicación a esta figura de las reglas que rigen las manifestaciones de voluntad *mortis causa*, en relación a la capacidad, a la eficacia, a la revocabilidad, a los requisitos de capacidad y al régimen de validez [57]. Desde este punto de vista, la disposición del art. 448 *bis* c.c. introduce en el derecho positivo la figura de la desheredación, de cuya admisibilidad se ha dudado desde hace tiempo y que recientemente ha sido considerada válida por la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione*, aunque dentro de los límites de la sucesión *ab intestato* [58].

Este caso particular de desheredación tiene un ámbito de aplicación objetivo peculiar [59]. De hecho, sobre la base de una interpretación extensiva, apoyada en argumentos de naturaleza sustancial, se puede considerar que la facultad mencionada en el art. 448 *bis* c.c. se pone de lado, sin superposición, del instrumento de la indignidad causada por la privación de la patria potestad, *ex* art. 463.1, n. 3 *bis*, c.c. [60], extendiendo así las hipótesis tipificadas de privación de derechos sucesorios [61]. Se trataría de una sanción no automática, ya que su ejercicio está sujeto a la elección

---

[56] Se trata del proyecto de ley C.2519, presentado el 17 de junio 2009 y aprobado en primera lectura por la *Camera dei deputati* el 30 de junio 2011, en un texto unificado con otras propuestas.

[57] Por lo que atiene a los distintos aspectos del formalismo testamentario, v. M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, 235 ss..

[58] La referencia es a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, 25 de mayo 2012, n. 8532, cit.

[59] Como se discutirá en el párrafo 4.2.

[60] El art. 463.1, n. 3 *bis*, c.c., rubricado "*Casi d'indegnità*", establece que: "*È escluso dalla successione come indegno:* [...] *chi, essendo decaduto dalla potestá genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta a norma dell'articolo 330, non è stato reintegrato nella potestà alla data di apertura della successione della medesima*". Esta disposición ha sido introducida por la ley 8 de julio 2005, n. 137.

[61] G. BONILINI, *L'ampliamento del catalogo dei casi di indegnità a succedere*, en *Fam. pers. succ*., 2005, 295 s.; A. ZACCARIA, *Modificato l'art. 463 c.c.: introdotta una nuova causa di indegnità*, en *Studium iuris*, 2005, 1150 ss.; U. SALVESTRONI, *Della capacità di succedere. Dell'indegnitá. Artt. 462-466*, en *Cod. civ. Comm.,* fundado por P. Schlesinger y dirigido por F. Busnelli, 2003, 79 ss..



discrecional del hijo, llamada a operar no sólo en los casos en que se ha declarado la privación de la patria potestad que no están dentro del ámbito de la mencionada causa de indignidad, sino también en los de comprobada responsabilidad extracontractual por incumplimiento de obligaciones familiares por parte de sujetos cualificados, como lo son los padres [62].

Un relevante perfil de esta novedad se refiere, además, al alcance de los efectos de la facultad de desheredación prevista en el art. 448 *bis* c.c., destinada a afectar, bajo ciertas condiciones, a los derechos sucesores del progenitor que sea un heredero necesario (*legittimario*) [63].

Tal previsión parece moderar las rígidas reglas en materia de sucesión necesaria, sugiriendo un replanteamiento del instituto en clave axiológica [64]. De hecho, si la *ratio* de la tutela del legitimario se basa en la solidaridad familiar [65], no parece incorrecto opinar que dicha protección se ve disminuida si se violan gravemente las obligaciones que derivan de ella y si la responsabilidad consiguiente del progenitor fue judicialmente comprobada.

Siguiendo este *iter* argumentativo, se puede afirmar que la introducción de la facultad de

---

[62] M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione,* cit., 585.

[63] V. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, en *Riv. dir. civ*., 2014, 17 s., el cual establece que, en este caso, a diferencia de lo que sucedió en el derecho romano, en el cual el *pater familias* tenía el poder de excluir de su herencia a sus herederos, con la intención de sancionarlos por las ofensas recibidas (v. G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni*. *Parte generale*, cit., 1113), el poder privativo de los derechos de sucesión se atribuye al hijo; en efecto, parece claro que, en relación con este perfil, el legislador ha realizado una verdadera inversión de poderes, lo que representa la testificación de la supresión de la potestad del padre. V., también, G. SALITO, *La successione dei figli nati fuori del matrimonio. Prime riflessioni*, en *www.comparazionedirittocivile.it*, 2013, 2 s.; M. GALLETTI, *La violazione dei doveri genitoriali: la nuova stagione della diseredazione*, en *Nuova giur. civ. comm*., 2017, II, 744, según el cual dicho esquema constituye, al mismo tiempo, una importante excepción al sistema de la sucesión necesaria, aparte de las hipótesis excepcionales de indignidad de suceder, que se declina, desemejante de éstas, como una sanción civil pero de fuente privada y que revela la existencia de un interés meritorio de protección, susceptible de expandir significativamente la autonomía de disposición del testador, según un nuevo modelo de orden público familiar, capaz de valorizar la persona. En el mismo sentido, v. P. LAGHI, *Note critiche sull'art. 448*-bis *c.c.*, en *Dir. succ. fam*., 2016, 97 s., según el cual el poder de desheredar que el art. 448 *bis* c.c. reconoce al hijo contra el padre, lejos de ser un instrumento para regular la devolución hereditaria, se basa, al mismo tiempo, en la recuperación de la arcaica función sancionadora del instituto, y también en la oportunidad de añadir importancia a las situaciones de cuidado concreto y actual de las relaciones afectivas entre los componentes de la familia.

[64] V. M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, en *Riv. dir. civ*., 2011, 521 ss., según la cual la acomodación de los derechos que derivan de las reglas de sucesión *necessaria* obtendría flexibilidad si se permitiera al testador sancionar aquellos comportamientos de los legitimarios, ahora irrelevantes, pero objetivamente y significativamente reprobables. En particular, sería deseable permitir una reacción a ciertas conductas de los legitimarios, reintroduciendo causas típicas de desheredación. En sentido conforme v., también, V. VERDICCHIO, *La diseredazione «per giusta causa» (chiose a margine dell'art. 448* bis *c.c., introdotto dalla l. n. 219/12)*, en *Nuove leggi civ. comm*., 2014, 278.

[65] Es evidente que el valor de la solidaridad familiar surge no sólo de la disciplina específica dictada en el ámbito del derecho de familia, sino también y sobre todo del deber general del art. 2 de la Constitución, como fuente de derechos y obligaciones de cada persona, como persona sola o en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad. Específicamente el art. 2 de la Constitución italiana, insertado en el ámbito de los principios fundamentales, establece que: "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietá politica, economica e sociale*".



desheredación permite, desde un punto de vista comparativo, la adopción de una solución de compromiso [66] entre la más amplia libertad de testar de los ordenamientos de *common law* y la rígida tutela de los legitimarios, contemplada típicamente en los sistemas que, como el italiano, prevén, como única atenuación de la misma, la figura de la indignidad.

De esta manera, se podría esbozar un sistema de graduación de remedios, en el que se contemplen, junto con los casos de indignidad, supuestos de infracciones menos graves de los deberes de solidaridad familiar, que pueden ser calificados en términos de desheredación por una justa causa [67], y que parece más coherente con la disciplina europea y, en particular, con el reciente reglamento n. 650/2012 [68], entrado en vigencia a partir de agosto de 2015, cuyo art. 23.2, let. d) reconoce expresamente esta figura.

**4.1**. – La disposición del art. 448 *bis* parece contemplar, en una primera aproximación, una legitimación activa bastante amplia, en el sentido de que la facultad de exclusión de la sucesión se reconoce formalmente, aunque de modo alternativo, a más de un sujeto. Así, en primer lugar, esta facultad se le atribuye a todos los hijos, nacidos dentro o fuera del matrimonio y también a los adoptados, sin ninguna distinción, de acuerdo con el carácter unitario del régimen legal aplicable a los hijos, hoy prevista por el art. 315 c.c. en su formulación vigente [69].

---

[66] De hecho, la mayoría de los ordenamientos de *civil law* mantienen el sistema románico y prevén tanto la causa de exclusión de la sucesión por la voluntad de la ley, o sea la indignidad, por hechos gravísimos cometidos en daño del testador, como la causa de exclusión de la sucesión por la voluntad expresa del testador, es decir, la desheredación, por hechos serios, pero menos importantes. Con referencia al Derecho comparado, véase ampliamente en M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnitá a succedere e diseredazione*, cit., 27 ss. En cuanto a la identificación de los casos tipificables, en una perspectiva *de iure condendo*, se podría considerar el modelo español, cuyo código civil, en los arts. 848-855, prevé, por ejemplo, las hipótesis en las cuales el testador fue gravemente maltratado o lesionado o no se le haya ayudado o se le haya negado los alimentos sin una razón legítima.

[67] C. LAZZARO, *La nuova frontiera della diseredazione*, en *www.comparazionedirittocivile.it*, 2014, 10 s.; M. MORETTI, *Commento alla sez. VI Diritti e doveri del figlio e potestá dei genitori*, en *La riforma della filiazione. Aspetti personali, successori e processuali. L. 10 dicembre 2012, n. 219*, Torino, 2013, 63.

[68] El reglamento UE n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, a la ley aplicable, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales y a la aceptación y a la ejecución de los actos públicos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, prevé una serie de perfiles innovadores destinados a cambiar profundamente la disciplina sucesora de los ordenamientos europeos. En particular, se observa que este acto se mueve con el fin de reconocer al testador la más amplia libertad y autonomía, lo que le permite planificar concretamente su propia sucesión a través de una serie de instrumentos, actualmente prohibidos o no previstos por la ley italiana, como, por ejemplo, los pactos sucesorios y la desheredación, y atenuar, así, las diferencias normativas existentes en la legislación sucesora de los distintos Estados miembros (v. R. PACIA, *Principio di autonomia e validitá del testamento contenente solo una clausola di diseredazione*, cit., 1000).

[69] De hecho, se tiene que señalar el alcance innovador de las modificaciones que ocurrieron en el ordenamiento italiano a través de la l. n. 219/2012, que introdujo el estado único de filiación, y de su decreto de aplicación. Estas medidas han parecido comparables a la reforma general del derecho de familia de 1975, la que aunque, al tiempo, preveía la igualdad entre los hijos, había establecido una disciplina jurídica de la filiación diferenciada, dependiendo de si los padres estaban o no unidos en el vínculo matrimonial (v. M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario,* cit., 1 ss.). Desde este punto de vista, la enunciación a que



Sin embargo, con respecto a la filiación adoptiva, tal vez resulta apropiado identificar los tipos de adopción en relación con los que el art. 448 *bis* pretende operar, con el fin de verificar si se trata de una referencia útil, en el sentido de ampliar realmente el ámbito de aplicación de la disposición. Así, en cuanto a la adopción plena, la especificación de que la legitimación activa pertenece a los hijos adoptivos parece superflua, teniendo en cuenta que, en virtud de esa institución, la filiación jurídicamente está plenamente equiparada a la biológica. La misma conclusión se encuentra avalada por las reglas contenidas en los arts. 74 [70] y 315 c.c. [71].

La previsión legal tampoco resulta operativa en relación con otros tipos de adopción, ya que, de acuerdo con lo establecido en el art. 304 c.c. [72], con respecto a la adopción de mayores de edad, se niega expresamente al adoptante derechos sucesorios respecto del adoptado.

A la luz de las consideraciones anteriores, se puede concluir que la referencia a la filiación adoptiva resulta superflua [73].

Por otra parte, a la atribución de la facultad de desheredación de los descendientes del padre legitimario se les oponen razones de carácter formal. Se trata de una legitimación alternativa, en el sentido de que estos sujetos podrían asumir la posición sucesoria del hijo sólo en el caso de premoriencia del mismo [74]. Sin embargo, en lo que se refiere a la sucesión necesaria, de conformidad con el art. 538 c.c. [75], la reserva para los ascendientes sólo funciona si el testador

---

se refiere el art. 315 c.c., según la cual "*tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*", parece estar dirigida a un cumplimiento más completo del alcance del proyecto de adaptación del código civil a los preceptos constitucionales.

[70] El art. 74 c.c., rubricado "*Parentela*", establece que: "*La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti*".

[71] El art. 315 c.c., rubricado "*Stato giuridico della filiazione*", establece que: "*Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*".

[72] En el art. 304 c.c., rubricado "*Diritti di successione*", se afirma que: "*L'adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione. I diritti dell'adottato nella successione dell'adottante sono regolati dalle norme contenute nel libro II*".

[73] M. PARADISO, *Decadenza dalla potestá, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione,* cit., 559 s., el cual señala que la referencia a la calidad de hijo adoptivo puede ser útil para la adopción en casos particulares, pero sólo en lo que se refiere a la extinción de la obligación alimentaria.

[74] De hecho, el concepto de ausencia de un hijo no puede entenderse como sinónimo de mera ausencia o no comparecencia, ya que no se puede permitir que los descendientes del primer legitimado ejerzan un derecho personalísimo del que él sea titular y del que permanecería libre de hacer uso o no en el futuro. De hecho, el acto de desheredación, basado en la manifestación de voluntad *mortis causa*, está sujeto a las normas que lo presiden, incluyendo, en particular, aquella que no permite la sustitución de la voluntad del testador con la de un tercero, tradicionalmente encontrada en el art. 631.1 c.c. Tampoco este concepto puede ser interpretado en términos de la ocurrencia de la eventualidad en que el hijo, aunque vivo y ausente, no excluya al padre de su sucesión, dejando que los discendientes reclamen la sustitución al testador en la redacción de su testamento (v. F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilitá genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448* bis *c.c.*, en *Riv. dir. civ*., 2014, I, 44 s.).

[75] El art. 538 c.c., rubricado "*Riserva a favore degli ascendenti*", establece que: "*Se chi muore non lascia figli, ma ascendenti, a favore di questi è riservato un terzo del patrimonio, salvo quanto disposto dall'articolo*



no deja hijos. Por lo tanto, ante la presencia de descendientes, la posibilidad de exclusión de la sucesión no podría operar debido a la falta de titularidad de derechos sucesorios de los ascendientes.

**4.2. –** La delimitación del ámbito de aplicación objetivo del art. 448 *bis* c.c. no se presenta particularmente fácil, dado que su formulación textual es fuente de contradicciones y malentendidos.

En efecto, la norma, por una parte, describe como sujeto pasivo del supuesto de privación de los derechos de alimentos y sucesorios, al padre contra el cual se dictó la privación de la patria potestad; pero, por otra parte, sin embargo, establece que el ejercicio de la facultad de desheredación será subordinada a la recurrencia de "*fatti che non integrano ipotesi di indegnitá*", es decir, de hechos que no constituyan hipótesis de indignidad. La identificación del significado exacto que debe atribuirse al término "*fatti*", que representa el problema central de la delimitación del contexto de aplicación de la exclusión de los derechos sucesorios, requiere que se desarrolle una vía hermenéutica más amplia.

Así, según la interpretación literal, debe considerarse que la operatividad del art. 448 *bis* c.c. se limita a los hechos sobre los cuales se ha pronunciado la privación de la patria potestad, que no representan hipótesis de indignidad. Sin embargo, puesto que el pronunciamiento judicial de privación, conforme al art. 330 c.c. [76], integra, en sí mismo, una causa de indignidad bajo el art. 463.1, n. 3 *bis*, c.c., el ámbito efectivo de aplicación de la facultad de desheredación debería reducirse a los únicos supuestos, contenidos en el código penal, que prevén la privación de la patria potestad como pena accesoria a la condena por determinados delitos [77]. No obstante, algunos de estos casos no pueden tenerse en cuenta a los efectos del art. 448 *bis* c.c., porque ya prevén, como efecto penal de la condena [78], la pérdida de los derechos de sucesión de la persona ofendida [79]. En consecuencia, si esa disposición se entendiera a través de una interpretación

*544. In caso di pluralità di ascendenti, la riserva è ripartita tra i medesimi secondo i criteri previsti dall'articolo 569*".

[76] El art. 330 c.c., rubricado "*Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli*", como modificado por la reforma, establece que: "*Il giudice può pronunziare la decadenza dalla responsabilità genitoriale quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio. In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l'allontanamento del figlio dalla residenza familiare ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore*".

[77] En particular, se trataría de casos de condena a cadena perpetua y por los delitos de incesto, mutilación genital femenina, contra la composición del grupo familiar, la libertad sexual y la personalidad individual.

[78] La distinción entre las penas accesorias y los efectos penales de la condena, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, debe verse en la naturaleza diferente de las mismas, ya que éstos últimos representan consecuencias negativas de carácter penal resultantes de una sentencia de condena y no tienen las mismas características de las penas y de las medidas de seguridad (v. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 775 s.).

[79] En particular, se puede considerar la condena o la aplicación de la pena a petición por uno de los delitos contra la libertad sexual, a los que se refieren los arts. 609 *bis* y ss. c.p., o por uno de los delitos contra la



meramente literal, estaría llamada a actuar únicamente en hipótesis residuales, que establecen *ipso iure* la privación de la patria potestad, de conformidad con los arts. 32.2 y 583 *bis*, apartado 3, n. 1, c.p., pero no la pérdida de los derechos de sucesión [80]. Sin embargo, tal reconstrucción parece excesivamente reductiva. De hecho, si se opta por esta interpretación, se debe suponer que la norma se ha introducido específicamente para regular sólo dos casos específicos, cubiertos por el código penal, lo que daría lugar a una consecuencia ilógica.

Por lo tanto, si se amplía la visión hermenéutica, asignándole la importancia adecuada a las razones de carácter histórico, sociológico y sistemático que ciertamente han dirigido la intervención del legislador, se desprende que, a través de la introducción del art. 448 *bis* en el código civil, se pretendía abarcar una zona aún no protegida, con la extensión del ámbito de aplicación de la sanción consistente en la exclusión de la sucesión, más allá de las hipótesis de indignidad, a casos de incumplimiento de deberes familiares que no necesariamente se han enunciado en una declaración de privación. Así, siguiendo el *excursus* histórico que condujo a la ampliación de los casos de privación de los derechos de sucesión, ya en el 2005, la ley n. 137 introdujo en el art. 463 c.c. una hipótesis adicional de indignidad, estableciendo una relación de causalidad entre la violación de las obligaciones de solidaridad familiar y la pérdida de los derechos sucesorios. En este sentido, se podría suponer que el caso previsto en el art. 463.1, n. 3 *bis*, c.c., representa una primera y gradual afirmación de esta relación causa – efecto, destinada a consolidarse hoy con la introducción de la facultad de desheredación. En estos términos, la sanción a la que se refiere el art. 448 *bis*, que atribuye al hijo la posibilidad de excluir de su sucesión al padre responsable de actos que le han perjudicado, aunque los mismos no sean subsumibles dentro de las acciones que dan lugar a la privación de la patria potestad, podría representar una clara integración de la hipótesis del art. 463, en la medida en que se aplicaría a una serie de hipótesis, en los cuales esta nueva causa de indignidad no está prevista [81].

La adhesión a una interpretación extensiva, que es capaz de atribuirle al art. 448 *bis* una operatividad más amplia, también se encuentra apoyada en razones sociológicas. De hecho, si analizamos los casos actuales en el tráfico jurídico, los cuales han variado en el decurso del tiempo por los cambios introducidos por factores sociales, es posible captar la matriz común de las intervenciones legislativas que han establecido y legitimado la pérdida de los derechos de sucesión, como resultado de la violación de las obligaciones familiares, reconocible, en particular, en el sentimiento colectivo de rechazo a admitir que los que tienen un comportamiento reprobable hacia el testador puedan beneficiarse de las ventajas económicas de su sucesión.

---

personalidad individual, (arts. 600 y ss. c.p.), que, según los arts. 609 *nonies* y 600 *septies* c.p., implican la exclusión de la sucesión de la persona ofendida.

[80] M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione,* cit., 563 ss.; F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448* bis *c.c.*, cit., 48 ss..

[81] M. GALLETTI, *Esclusione dalla successione, regole devolutive e rimedi nel sistema dell'art. 448* bis *c.c.*, en *Nuova giur. civ. comm*., 2017, II, 1080.



Por último, esa interpretación es, en el contexto de una visión sistemática, más compatible con la introdución de la responsabilidad en el contexto de las relaciones familiares [82].

Si se ha llegado a la idea de que la violación de los deberes familiares puede comportar, en una lógica de sanción, la indignidad del sujeto, no puede afirmarse que no se producen consecuencias sucesorias por el resultado de un daño que sea resarcible según las reglas de la responsabilidad extracontractual [83], conforme al art. 2043 c.c. [84], ya que evidentemente no se puede intervenir mediante la simple supresión de la causa del perjuicio, por medio de los instrumentos del derecho de familia, contemplados en los arts. 330 y ss. c.c., caracterizados por una función exclusivamente preventiva y disuasoria [85]. Por lo tanto, se puede argumentar que, considerada la función de compensación de la responsabilidad civil [86], a las violaciones de las obligaciones familiares sigue

---

[82] V. G. FACCI, *Il danno endofamiliare*, en *Fam. dir.*, 2011, 1147 ss., el cual, al reconstruir las etapas jurisprudenciales del nacimiento de la figura del ilícito familiar, señala que la orientación previa, que veía una especie de inmunidad familiar con respecto a la violación de los deberes derivados de las relaciones familiares, ha sido gradualmente superada; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilitá civile endofamiliare*, en *Fam. pers. succ.*, 2011, 14 ss.. De hecho, la idea de que la violación de los deberes que cada padre tiene hacia sus hijos pueda determinar, no sólo las medidas a que se refieren los arts. 330 y ss. c.c., sino también la obligación de compensar los daños causados a la descendencia ha comenzado a partir de la sentencia de la *Corte di Cassazione* del 7 de junio 2000, n. 7713 (en *Fam dir.*, 2001, 159 ss., con anotación de M. DOGLIOTTI, *La famiglia e l'"altro" diritto: responsabilitá civile, danno biologico e danno esistenziale*), con la cual los jueces de legitimidad confirmaron la decisión de mérito, que había condenado a indemnizar por el daño no patrimonial a un padre, que había pagado con mucho retraso los medios de subsistencia al hijo menor.

[83] M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario,* cit., 17; G. SALITO, *La successione dei figli nati fuori del matrimonio. Prime riflessioni*, cit., 13; R. PACIA, *Validità del testamento dal contenuto meramente diseredativo*, en *Riv. dir. civ*., 2014, II, 323; F. PIRONE, *La violazione dei doveri familiari come legittima causa di diseredazione del legittimario*, en *Notariato*, 2015, 522. *Contra* v. A. MENDOLA, *Il superamento dell'incompatibilità tra successione necessaria e diseredazione alla luce dell'art. 448*-bis *cod. civ.*, en *Nuova giur. civ. comm*., 2016, II, 1536 s..

[84] El art. 2043 c.c., rubricado "*Risarcimento per fatto illecito*", establece que: "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*".

[85] De hecho, en la doctrina, se nota la polarización de los remedios que el ordenamiento prevé para proteger los intereses involucrados en las relaciones familiares en las dos formas de la tutela preventiva y posterior (v. E. LA ROSA, *Comentario del art. 330 c.c.*, en *Della famiglia*, coordinado por L. Balestra, en *Comm. cod. civ.*, dirigido por E. Gabrielli, Torino, 2010, 1017 ss.). Las técnicas preventivas, que implican la adopción de una de las medidas a que se refieren los arts. 330 y ss. c.c., intervienen a través de un mecanismo para anticipar el nivel de protección, previniendo la ocurrencia de situaciones de peligro o eliminando la causa de perjuicio. Estos remedios han aparecido, durante mucho tiempo, exhaustivos y adecuados para ofrecer protección, por sí solos, en las relaciones familiares, ya que se consideraban absorbentes de las técnicas resarcitorias contempladas en general. Sin embargo, la doctrina notaba que la falta de conexión entre el sistema familiar y el de la responsabilidad civil, que daba lugar a la no aplicación de las reglas generales, determinaba no sólo la inmunidad para la persona responsable, sino, también, considerando la irrelevancia para el ordenamiento del hecho perjudicial, la privación de protección de la parte lesionada (v. S. PATTI, *Famiglia e responsabilitá civile*, Milano, 1984, 26 s.). Así, se ha abierto el camino hacia la revisión de las relaciones entre el régimen jurídico de la familia y la responsabilidad civil, con la consiguiente ampliación del ilícito civil también en la dimensión familiar (v. M. DOGLIOTTI, *La potestá dei genitori e l'autonomia del minore*, en *Tratt. dir. civ. comm*., coordinado por A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano, 2007, 515).

[86] Excepto que se trate de una hipótesis de "*illecito endofamiliare*", *ex* art. 709 *ter* c.p.c., que, asumiendo la existencia de una conducta antijurídica y no necesariamente de un daño injusto, ya se mueve en una lógica sancionista (v. E. LA ROSA, *Comentario del art. 330 c.c.*, cit., 1025). En particular, el art. 709 *ter*, que se ha



la privación de los derechos de sucesión, a través del ejercicio por la persona ofendida (el hijo) del instrumento de la desheredación contra el sujeto responsable (el padre).

Además, la opción de hacer efectiva la protección del hijo, que inspiró la reciente reforma en sede de filiación [87], parece justificar la introducción de un instrumento punitivo para reaccionar ante el comportamiento (pasado o presente) del padre que haya perjudicado al hijo, aunque no se haya llegado a una declaración formal de privación de la patria potestad.

Precisamente este perfil funcional del supuesto de privación de los derechos sucesorios contemplado en el art. 448 *bis* c.c., dirigido a sancionar el comportamiento del progenitor que haya incumplido los deberes de solidaridad familiar, está destinado a acreditar la idea de que el término "hechos", utilizado por el legislador, incluya todas aquellas conductas qua han resultado perjudiciales para el hijo [88].

A la luz de esta reconstrucción hermenéutica, la disposición del art. 448 *bis* podría funcionar no sólo en las hipótesis de privación de la patria potestad a las cuales no se les pueda aplicar el art. 463 c.c., sino también en aquellas hipótesis en que, a pesar de la ausencia de una declaración de privación, se haya establecido la responsabilidad extracontractual de alguno de los padres *ex* art. 2043 c.c.

**4.3.** – La facultad de desheredación prevista en el art. 448 *bis* c.c. se inserta en un camino ya trazado a través de la introducción de la causa de indignidad consiguiente a la privación de la patria potestad, según el art. 463.1, n. 3 *bis*, c.c. [89], consolidando la incorporación gradual, en virtud del derecho positivo, del sentimiento colectivo de aversión a la posibilidad de que sea

introducido en el cuerpo del código procesal civil con la l. 8 de febrero de 2006, n. 54, sobre la cuestión de la custodia compartida de los hijos, otorga al juez, en caso de incumplimiento grave o de actos que causen perjuicio al menor o que obstaculicen el buen desarrollo de las modalidades de custodia, la posibilidad de resarcimiento de los daños a cargo del padre incumplidor y en favor del menor o del otro padre.

[87] De hecho, la reciente reforma en el ámbito de la filiación, que ha resuelto una serie de controvertidas cuestiones de interpretación, también ha avanzado en el sentido de conceder una mayor concreción a los principios derivados de las fuentes europeas e internacionales, que no pueden ignorarse para los propósitos la identificación de la disciplina aplicable en el campo de la filiación. En particular, se tienen que considerar el art. 24 de la Carta de Niza, según el cual "los niños tienen derecho a la protección y los cuidados necesarios para su bienestar" y a "mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses", y el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que establece el derecho al respeto de la vida familiar.

[88] V. R. SENIGAGLIA, Status filiationis *e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, 241, según el cual la extensión del campo semántico del art. 448 *bis* c.c. revela su debilidad en el hecho de que el nivel de efectividad de la función punitiva y preventiva de las conductas perjudiciales de los padres hacia el hijo es probable que sea "proporcional" a la relevancia de la esfera patrimonial del hijo, de este modo podría ser paradójicamente útiles sólo en contextos ágiles. Esto podría implicar, en la aplicación práctica, que en presencia de un hijo que está en un estado de incomodidad, no hay un interés patrimonial significativo de los padres y por lo tanto el poder de privarlo de los derechos de sucesión sería destinado a no realizar ninguna función; por el contrario, si el hijo disfruta de algún bienestar económico, la protección atribuida por la norma sería plenamente efectiva.

[89] En este sentido v. C. LAZZARO, *La successione necessaria nella transizione verso la nuova famiglia solidale e complessa*, Roma, 2016, 242 s.



admitido en la sucesión quien se haya comportado engañosamente con respecto al testador [90]. Por lo tanto, puede considerarse que estas figuras, aunque con oportunas diferencias, están unidas por la misma *ratio* sancionadora [91], en el sentido de que el legislador, en ambos casos, intervino con el propósito específico de prever medidas punitivas para los casos de incumplimiento de las obligaciones familiares [92].

Sin embargo, sus respectivas disciplinas muestran el diferente alcance de las dos instituciones. En primer lugar, merece ser señalado que, mientras la indignidad encuentra su origen en la ley, la desheredación funciona a través de una cláusula testamentaria, cuya inclusión en el acto que recoge las últimas voluntades del testador depende exclusivamente de su voluntad. En particular, la facultad atribuida al hijo de desheredar al progenitor revela la existencia de un derecho potestativo, cuyo ejercicio adquiere un carácter negocial como expresión de la autonomía privada [93].

Además, como ya se ha indicado, el contexto de aplicación de las dos figuras de privación de los derechos sucesorios no es coincidente, ya que se trata, en el caso de la indignidad, de una sanción aplicable sólo en presencia de una declaración de privación de la patria potestad en virtud del art. 330 c.c., mientras que, en el caso de la desheredación, de una medida punitiva, potencialmente capaz de cubrir, además de unas hipótesis residuales de privación, supuestos de comprobada responsabilidad extracontractual del padre que haya violado las obligaciones familiares, incluso contra un heredero legitimario.

Con respecto a su funcionamiento, en relación con la indignidad, se discute acerca de su naturaleza jurídica y a la identificación del momento de eficacia; en cambio, con referencia a la desheredación, el orientamento prevalente afirma que el efecto privativo se produce desde el momento de la declaración de herederos [94]. En cuanto a la indignidad, una primera orientación

---

[90] Como ya se ha dicho, la elección del legislador de 1942 se aparta del modelo románico del doble remedio de la *indignitas*, como causa de exclusión de la sucesión por voluntad de la ley, otorgada en relación con los delitos graves cometidos por el heredero contra el testador, y de la *exheredatio* de los parientes prevista por la voluntad expresa del testador con referencia a hipótesis menos graves, es decir, por "justa causa", v. M. COMPORTI, *Riflessioni in tema di autonomia testamentaria, tutela dei legittimari, indegnitá a succedere e diseredazione*, cit., 36.

[91] M. PARADISO, *Decadenza dalla potestá, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione,* cit., 579, que encuentra una analogía funcional entre los dos instrumentos de exclusión de la sucesión.

[92] La necesidad de sancionar la conducta de los padres hacia el hijo en el nivel de sucesión también fue sentida por otros ordenamientos europeos, en los que el instrumento de protección del interés del hijo no es tanto la indignidad, como una disposición testamentaria de desheredación. Paradigmático, desde este punto de vista, es el código civil español que, en una pespectiva de graduación de los remedios, distingue los comportamientos que constituyen un ataque a la personalidad física o moral del testador o a su libertad de testar de aquellos que no representan violaciones de especial gravedad. Así, mientras que los primeros dan lugar a la indignidad, de conformidad con el art. 756 c.c., los segundos permiten la privación de los derechos de sucesión mediante la desheredación, lo que también puede afectar los derechos de un progenitor legítimo, *ex* arts. 848 y ss. c.c. (en particular, se vea el artículo 854).

[93] M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione,* cit., 578.

[94] V. M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento,* cit., 255, según el cual el efecto autónomo de la disposición de desheredación es impedir la vocación hereditaria, con la consiguiente apertura de la sucesión legítima (a menos que se haga una disposición testamentaria positiva).



la califica en términos de exclusión de la sucesión, destinada a producir efectos después de la sentencia que aprecia la existencia de la causa pertinente [95]. Esta reconstrucción, por lo tanto, le reconoce al indigno la posibilidad de adquirir, en principio, lo que procede de la declaración hereditaria. Se trata, sin embargo, de una adquisición sujeta a la condición resolutoria de la declaración judicial, que se realiza cuando se aprecia la concurrencia de los casos previstos en el art. 463 c.c. [96]. Esta tesis, tradicionalmente apoyada en el derecho romano – sobre la base del cual el sujeto "*indignus potest capere sed non potest retinere*" – es compartida también por la doctrina mayoritaria [97].

Otra parte de la doctrina considera, sin embargo, que la indignidad no funciona de la misma manera que una causa de exclusión de la sucesión, sino que constituye un caso de incapacidad relativa para suceder, que es una especial inaptitud para llegar a ser titulares de derechos sucesorios [98]. La aceptación de esta construcción implicaría que, al funcionar la indignidad *ipso iure*, la sentencia con la que el juez determina la causa sería meramente declarativa, en cuanto la causa que impide la adquisición de los derechos de sucesión ya se ha producido como

---

[95] S. T. MASUCCI, *Le successioni* mortis causa *in generale*, en *Diritto civile*, dirigido por N. Lipari y P. Rescigno, coordinado por A. Zoppini, II, 1, 2009, 37 s.

[96] Precisamente en referencia a la causa de la indignidad prevista por el n. 3 *bis* del apartado 1 del art. 463 c.c., es decir, a la que resulta de la privación de la patria potestad, parte de la doctrina ha compartido esta última reconstrucción, sobre la base principalmente de razones de carácter histórico (v. E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacitá di succedere e di indegnitá*, en *Familia*, 2006, 73). De hecho, desde el informe al proyecto de ley que condujo a la introducción de esta causa adicional de indignidad, parece surgir la intención del legislador de prever que la misma esté destinada a funcionar en virtud de una declaración judicial de privación. Esto porque la idea de que el efecto privativo provenía de la resolución judicial parecía más equitativa, probablemente debido a la obvia inutilidad de un nuevo pronunciamiento, en cuanto el juez ya había hecho una comprobación de la causa de indignidad y, por lo tanto, del presupuesto de hecho necesario para su aplicación. *Contra* v. R. GIAMPETRAGLIA, *Comentario de los arts. 463-465 c.c.*, en *Delle successioni*, coordinado por V. Cuffaro y F. Delfini, en *Comm. cod. civ.*, dirigido por E. Gabrielli, Torino, 2009, 107, según la cual la adhesión a esta interpretación sólo en relación con esa causa de indignidad, dado que en la versión definitiva de la disposición no se ha transpuesto la referencia al automatismo antes mencionado, daría lugar a una discriminación arbitraria en los demás casos. En el mismo sentido v. A. ALBANESE, *L'indegnitá a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137*, en *Contr. impr.*, 2006, 873, que considera que la decisión judicial de privación de la patria potestad represente el presupuesto (no suficiente, pero) necesario para que se pueda actuar con el recurso a la indignidad.

[97] Se vea, entre otros, G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, cit., 125, según el cual los argumentos contrarios caerían si sólo se considerara la historia del instituto, la letra de la norma (el artículo 463 c.c. habla literalmente de exclusión de la sucesión), así como la colocación de la disposición, aunque en el libro del código dedicado a las sucesiones, en un capítulo diferente de lo que se ocupa de la incapacidad y, en última instancia, los trabajos preparatorios, de los que resulta claramente que el legislador de 1942 quería cambiar el sistema del código anterior, que hablaba de incapacidad, y más bien seguir la tradición románica; C. RUPERTO, *Indegnitá a succedere*, en *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, 2, según el cual, aunque existan perplejidades justificadas, esta tesis es preferible, ya que la necesidad de una constatación específica por parte del juez parece ser pertinente para la calidad de los hechos previstos en el art. 463 c.c.; F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, cit., 32 s.

[98] V. L. FERRI, *Successioni in generale*, cit., 161; D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, 875 s., según el cual la indignidad, tal como la incapacidad, operaría *ope legis*, de acuerdo con las disposiciones del código de 1865, que calificaba el indigno como un sujeto incapaz de suceder.



consecuencia de la posición subjetiva del indigno [99]. Sin embargo, la doctrina tradicional se opone a esta orientación interpretativa, afirmando que, en este caso, no hay una limitación general de la posibilidad de recibir por testamento y, por lo tanto, una carencia de capacidad jurídica, sino una hipótesis específica de incompatibilidad de adquisición, calificable en términos de falta de legitimación para recibir [100].

Sin embargo, la adhesión a la primera o a la segunda tesis, a nivel práctico, parece conllevar a consecuencias diferentes sólo con referencia a la existencia de un plazo de prescripción de la acción, que, respectivamente, en un caso está sujeta al término de diez años, mientras que en el otro es imprescriptible [101].

Por lo tanto, dado que, en lo que se refiere a la protección de terceros compradores, tanto en la hipótesis de indignidad como en la desheredación, se aplica el principio de apariencia del derecho (previsto en el art. 534 c.c.) [102], las consecuencias de aplicación resultantes de ambas figuras presentan el mismo alcance.

A la luz de los argumentos expuestos, se puede afirmar que con el art. 448 *bis* c.c. el legislador ha querido introducir una medida punitiva no automática y, por lo tanto, similar a la hipótesis de la indignidad resultante de la privación de la patria potestad, considerando que la producción del efecto sancionador está mediada, en el primer caso, por una elección propia del testador y, en el segundo, por la intervención de la autoridad judicial.

El marco interpretativo, así reconstruido, parece ofrecer márgenes amplios de apreciación por parte de la jurisprudencia, llamada a pronunciarse sobre la validez de la cláusula a través de la cual el hijo priva a su progenitor de sus derechos sucesorios, y sobre su funcionamiento en la hipótesis en la que él sea un heredero legitimario, intentando, mediante criterios hermenéuticos, delimitar el ámbito de aplicación de esa facultad.

Por otra parte, sería deseable una intervención del legislador, que tenga como objetivo redefinir la estructura estilística de la norma y, además, proporcionar una contextualización más coherente dentro del código y una coordinación con las restantes disposiciones en materia de filiación, así como con el art. 463 c.c.. Se trata, de hecho, de una remodelación necesaria para evitar interpretaciones rígidas del precepto que puedan conllevar a su ilegitimidad constitucional por violación del principio de igualdad sustancial referido en el art. 3 de la Constitución, en la

---

[99] G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, 2013, 58.

[100] A. FALZEA, *Capacitá* (Teoria generale), en *Enc. dir.*, Milano, 1960, 46.

[101] R. GIAMPETRAGLIA, *Comentario de los arts. 463-465 c.c.*, cit., 108 s.; E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità di succedere e di indegnitá,* cit., 68.

[102] El art. 534 c.c., rubricado "*Diritti dei terzi*", establece que: "*L'erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo. Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede. La disposizione del comma precedente non si applica ai beni immobili e ai beni mobili iscritti nei pubblici registri, se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente*".



parte en que no prevé expresamente que se puedan perder los derechos sucesorios, en condiciones de igual gravedad de conducta activa y con las mismas consecuencias perjudiciales, no sólo el progenitor contra el que se ha declarado la privación, sino también contra aquel culpable de una conducta perjudicial para su hijo y, por lo tanto, condenado por daños al mismo.

JUS CIVILE



*DAVIDE ACHILLE*

*Assegnista di ricerca – Università L. Bocconi di Milano*

# «PER UNA RIFORMA DEL DIVIETO DEI PATTI SUCCESSORI». RILEGGENDO VINCENZO ROPPO [*]

SOMMARIO: *1. Divieto dei patti successori e modernità del diritto successorio. – 2. Atto* mortis causa*, atto con effetti* post mortem *ed interessi concreti delle parti. – 3. Rinunzia ai diritti sulla successione futura e posizione dei legittimari. – 4. Il metodo per una riforma del divieto dei patti successori.*

**1. –** In un contesto dottrinale che già da tempo manifestava la necessità di ridurre l'assolutezza del divieto contenuto nell'art. 458 c.c., con un editoriale di poche ma dense e suggestive pagine che inauguravano il primo numero della Rivista di diritto privato del 1997, Vincenzo Roppo licenziava il proprio manifesto "Per una riforma del divieto dei patti successori" [1].

Oggi, a distanza di venti anni da quelle pagine, molto si è detto e molto di nuovo c'è stato sul tema in questione ma il dibattito pur particolarmente intenso, è rimasto sostanzialmente immutato nei tratti generali e nella forma.

Nella critica all'opportunità di mantenere il divieto dei patti successori si sono registrate numerose voci che auspicano una incondizionata cancellazione del divieto e letture riduttive che ne implicano la sostanziale abrogazione in via interpretativa, sul presupposto (tutto da dimostrare) che il divieto in questione, da molti visto come un inutile orpello al libero esplicarsi dell'autonomia privata nelle successioni, costituisca il male assoluto del sistema successorio.

Nell'attuale dibattito, le pagine di Roppo continuano ad essere di indubbia attualità, non solo perché il divieto contenuto nell'art. 458 c.c. è ancora lì, pur con le note vicende che hanno condotto il legislatore ad anteporre alla formulazione originaria della norma la clausola di salvezza per il patto di famiglia, ma soprattutto perché la riflessione di Roppo, oltre a costituire l'anticipazione per certi versi premonitrice dei successivi sviluppi che ha avuto il tema che ci occupa, continua senza dubbio ad essere la fonte di interrogativi che ancora oggi rimangono quanto mai dibattuti.

L'eterogeneità delle varie forme di patto successorio vietate, in uno con il rilievo, già evidenziato da Roppo, che il tema dei patti successori coinvolge interessi trasversali che richiedono

---

[*] Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno "Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo".

[1] V. ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 5 ss.



una attenta ponderazione delle situazioni giuridiche soggettive chiamate in causa [2], rendono estremamente complesso il problema dei margini di ampliamento dell'autonomia privata in ambito successorio.

Problema che non può essere affrontato se non partendo dalle ragioni che spingerebbero verso un alleggerimento del divieto contenuto nell'art. 458 c.c. come anche, in una più ampia prospettiva, ad una riforma organica delle successioni a causa di morte.

A tale riguardo si deve rilevare, più in generale, che la materia successoria è sempre più caratterizzata da svariati pregiudizi, che già Roppo individuava nel citato scritto nella scarsa permeabilità del sistema alle influenze transnazionali e nella marcata staticità della materia successoria, refrattaria all'innovazione, pregiudizi sui quali tuttavia lo stesso Autore invitava ad una più ponderata riflessione risultando almeno in parte apparenti e meritevoli di smentita [3].

A tali pregiudizi se ne sono nel tempo aggiunti altri, più specifici per il tema che ci occupa, ma che al pari di quelli individuati da Roppo sembrano richiedere una più attenta valutazione.

Ci si riferisce alla inadeguatezza del testamento quale unico atto negoziale ammesso nel nostro ordinamento per regolare la successione secondo la volontà del disponente ed ancora agli eccessi del sistema della successione necessaria e dei conseguenti limiti alla circolazione dei beni di provenienza donativa che tale sistema, per il tramite della tutela reale riconosciuta ai legittimari, produce.

Da qui l'opportunità di soffermarsi sulle due forme di patto successorio che, oltre ad essere strettamente connesse ai profili da ultimo richiamati, costituiscono le forme del divieto maggiormente dibattute, vale a dire i patti successori istitutivi e quelli rinunziativi, i quali, è opportuno precisarlo, devono continuare ad essere considerati autonomamente non essendo possibile, nonostante qualche differente voce dottrinale anche recente, una loro *reductio ad unum* [4].

Tanto per i patti successori istitutivi quanto per quelli rinunziativi si è assistito negli ultimi anni ad importanti novità, che vanno dalla disciplina del trasferimento delle partecipazioni societarie tramite la regole contenute negli statuti societari secondo quanto previsto dalla nuova disciplina risultante dalla riforma delle società di capitali e dalla tipizzazione del patto di famiglia, passano per la disciplina dell'opposizione all'atto di donazione, arrivano sino alla legislazione europea che ha introdotto una nuova disciplina delle regole di conflitto della successione [5], novità che si arricchiscono di fondamentali interpretazioni giurisprudenziali che delineano un innovativo quadro della disciplina successoria.

---

[2] V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., p. 9.

[3] V. ROPPO, *Per una riforma*, cit., p. 5.

[4] In tal senso V. BARBA, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 20.

[5] Con specifico riguardo al tema che ci occupa, vd. V. PUTORTÌ, *Il divieto dei patti successori istitutivi alla luce del Regolamento UE 650/2012*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 845 ss. Nella prospettiva del diritto europeo vd. F.P. TRAISCI, *Il divieto di patti successori nella prospettiva di un diritto europeo delle successioni*, Napoli, 2014, *passim*.



Ciò nonostante le risposte fornite fino ad ora dal legislatore, ed in parte anche dalla giurisprudenza, non sono ritenute soddisfacenti e idonee a dare una risposta alle criticità che il sistema successorio ed il divieto dei patti successori presenterebbero, da qui l'emergere di strumenti congegnati dalla prassi che in forza del principio della libertà contrattuale ipotizzano il ricorso ad atti negoziali che rischiano tuttavia di essere inghiottiti dal "buco nero" dei patti successori, usando l'espressione di Roppo [6].

Proprio ad alcune di tali manifestazioni negoziali elaborate dalla prassi e ritenute in via interpretativa come lecite manifestazioni dell'autonomia privata in ambito successorio è opportuno rivolgere l'attenzione, anche al fine di verificare la loro compatibilità con il sistema successorio.

**2.** – Con riguardo ai patti successori istitutivi diverse, articolate e autorevoli sono state le ricostruzioni e le teorizzazioni che hanno tentato di ridimensionare in via interpretativa l'ambito applicativo del divieto [7], in ossequio ad un eccessivo paternalismo del legislatore che limiterebbe ingiustificatamente il libero esplicarsi dell'autonomia privata in ambito successorio.

Tra queste una indiscussa diffusione ha avuto quella che poggia le basi sulla distinzione tra atto *mortis causa* e negozio con effetti *post mortem* (o, meglio, negozio secondo modalità di morte, volendo utilizzare la formulazione originale) [8], ricostruzione risalente alla dottrina apparsa alla metà del secolo scorso e che a ben vedere trova il substrato già nella dottrina e nella giurisprudenza francese precedente [9].

---

[6] V. ROPPO, *Per una riforma,* cit., p. 6, il quale evoca la categoria seicentesca della «dissimulazione onesta» (p. 7).

[7] Sul punto sia consentito rinviare a D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, *passim*. Di recente, un intenso sforzo in tal senso si deve V. BARBA, *I patti successorî*, cit., *passim*, il quale lega il divieto di cui all'art. 458 c.c. all'atto dispositivo della delazione. Tale lettura sembra in realtà smentita dalla stessa lettera del dato normativo, il quale considera i patti successori istitutivi come le convenzioni con cui taluno dispone della propria successione, mentre la delazione riguarda non il profilo dispositivo ma quello del diritto a far propria l'eredità o a conseguire il legato, con ciò ponendosi su un piano differente e per certi versi minore rispetto a quello che l'art. 458 c.c. considera vietato. Ad analoghi risultati ma con percorso argomentativo diverso mira la ricostruzione di D. A. D'ALOIA, *Regolamentazione convenzionale della successione. Contributo allo studio dei patti successori istitutivi*, Napoli, 2012, *passim*, secondo il quale il divieto dei patti successori istitutivi deve essere svincolato dalla prospettiva funzionale, ritenendo determinante il profilo materiale e contenutistico, per cui un atto sarà contrario al divieto solo ove risulti che il partecipante all'atto diverso dal disponente abbia inciso sul regolamento negoziale, sul presupposto che il divieto dei patti successori avrebbe ad oggetto la proibizione di una regolamentazione cumulativa di più interessi oltre quelli successori. A ben vedere, questa tesi sembra contrastare con i principi fondamentali del diritto successorio e con lo stesso disposto dell'art. 42, co. 4, Cost., atteso che, da un lato, già la vincolatività dell'atto è di per sé idonea a produrre effetti contrastanti con i principi del diritto successorio e, dall'altro, che l'adesione della controparte al regolamento di interessi unilateralmente predisposto è sufficiente a dotare di bilateralità l'atto e, comunque, a privarlo del requisito della unilateralità.

[8] La ricostruzione si fa risalire a G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo ad una teoria dell'atto di ultima volontà*, Milano, 1954, p. 49 ss.

[9] Da ultimo Cass. 26 octobre 2011, n. 10-11894, in *Petites affiches*, 2012, n. 19, p. 5, con nota di J.-G. MAHINGA, ove si distingue tra *pacte successoral* e *pacte conditionnel*, quest'ultima intesa come la convenzione con cui si attribuisce ad una delle parti un diritto il cui esercizio è subordinato alla realizzazione della condizione sospensiva della



Come noto, la teorizzazione in questione, oltre ad essere variamente usata per fondare differenti soluzioni al problema del divieto dei patti successori [10], ha costituito una costante in dottrina, diffusamente e autorevolmente richiamata per sostenere la validità degli atti dispositivi nei quali l'effetto finale, per il tramite di una condizione o di un termine, viene differito alla morte o alla premorienza del disponente.

In particolare, secondo questa impostazione l'atto dispositivo, pur destinato a produrre effetti definitivi ed in particolare traslativi dopo la morte del donante, per effetto del verificarsi della condizione o del termine, non sarebbe un atto *mortis causa* [11], perché posto in essere in vita dal soggetto e destinato a produrre i suoi effetti vincolanti e prodromici già prima della morte dello stesso [12].

Tale impostazione ha come detto trovato ampio e diffuso riconoscimento in dottrina, mentre non ha avuto un esplicito avvallo nella giurisprudenza, quantomeno fino ad una recente pronuncia di merito, la quale, con riguardo ad atti di donazione «con clausola *si praemoriar* (ossia condizionate alla premorienza del donante) e con termine iniziale di efficacia costituito dalla morte del donante (*cum praemoriar*), ha affermato che tali contratti «non realizzano […] *donationes mortis causa* (nulle per violazione dell'art. 458 c.c.), ma rappresentano, al contrario, normali (e, quindi consentite) donazioni tra vivi sottoposte a termine e condizione, con la sola particolarità che l'evento è dato dalla morte del donante; donazioni queste ultime la cui validità va affermata ogni volta in cui la morte costituisce non già la causa dell'attribuzione, ma piuttosto un evento condizionante la produzione di effetti definitivi, senza impedire la produzione degli effetti prodromici e preliminari» [13].

Tali affermazioni, come anche la ricostruzione che ne costituisce il fondamento, non sem-

---

premorienza della controparte contrattuale. Tale indirizzo si fonda sul noto arresto Crémieux (Cass. 11 janvier 1933, in *DP*, 1933, 1, p. 10, con nota di H. Capitant), il quale definisce il patto successorio come «toute stipulation ayant pour objet d'attribuer un droit privatif sur tout ou partie d'une succession non ouverte», ma vd. già Cass. 9 mai 1894, in *D.P.*, 1894, 1, p. 546. Sul punto vd. inoltre, in dottrina, H. CAPITANT, *La prohibition des pactes sur successons non ouvertes*, in *Rev. crit. de législ. et de jurisp.*, 1933, p. 86 e spec. p. 104; in giurisprudenza Cass. 30 mai 1985, n. 84-11795, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1986, p. 391, con nota di J. PATARIN. Di recente vd. C. BAHUREL, *Les volontés des morts. Vouloir pour le temps où l'on ne sara plus*, Paris, 2014, p. 229 ss., il quale afferma che «L'acte à cause de mort ne doit pas être confondu avec les actes entre vifs qui s'exécutent au décès. […] Un acte entre vifs, qui porte sur des biens présents, peut tout à fait être affecté d'une modalité, terme ou condition, qui en reporte l'exécution au décès. […] Les actes à exécuter au décès sont de deux sortes: il y a les actes *post mortem* et les actes faits sous condition de servie».

[10] Ad esempio, per teorizzare la categoria del negozio transmorte (vd. A. PALAZZO, *Negoz*i trans mortem *e donazioni indirette nella dottrina civilistica del dopoguerra*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II.2, Milano, 1991, p. 656 ss.; ID., *Testamento e istituti alternativi*, in *Tratt. teorico-pratico di diritto privato* diretto da Alpa e Patti, Padova, 2008, p. 241 ss.; ricostruzione poi ripresa anche da M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, p. 27 ss.), sul quale sia consentito rinviare a D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 89 ss.

[11] In questo senso, espressamente, M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto (Art. 1353-1361)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1997, p. 60.

[12] Sulla distinzione tra effetti finali ed effetti prodromici in generale vd. D. CARUSI, *Condizione e termine*, in *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, III. Effetti, Milano, 2006, p. 269.

[13] Si tratta di Trib. Pordenone 6 aprile 2016, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 213 ss., con nota di L. BALLERINI, *La donazione* cum praemoriar *non è un patto successorio*.



brano del tutto condivisibili [14] se si considera il ruolo e la rilevanza riconosciuti dal moderno diritto dei contratti agli interessi concreti delle parti [15].

Ai fini che ci occupano sembra opportuno prendere le mosse da quanto affermato da una recentissima pronuncia di legittimità che, pronunciandosi in tema di responsabilità del notaio *ex* art. 28 l. not., ha affermato che «i patti successori sono vietati […] perché, vincolando il *de cuius*, privano quest'ultimo di quella libertà di disporre delle proprie sostanze, per il tempo in cui avrà cessato di vivere; libertà questa – manifestazione della più generale libertà della persona – che la legge riconosce ad ogni individuo fino al momento della sua morte» [16]. L'affermazione e la portata della decisione assumono ancor più rilevanza considerando la fattispecie negoziale oggetto del caso deciso, costituito da una convenzione tra due coniugi ove si prevedeva testualmente che «in caso di morte pressoché contemporanea i proventi predetti passeranno ad entrambi i rispettivi figli in egual misura al 50%» ed al fatto che, secondo il motivo di impugnazione in sede di legittimità, l'atto di convenzione dovesse essere qualificato non come patto successorio, ma come valido contratto a favore di terzo da eseguire dopo la morte dello stipulante.

La pronuncia richiamata è interessante sotto molteplici punti di vista, in primo luogo perché afferma che la libertà testamentaria [17], vale a dire la libertà *unilaterale* di esprimere la propria volontà successoria, è manifestazione della più generale libertà della persona, ma soprattutto perché individua come criterio fondamentale per determinare la compatibilità di una pattuizione con il divieto dei patti successori l'intenzione di regolare con un atto diverso dal testamento la successione futura [18].

Questa indicazione induce a ritenere che la valutazione dell'atto di autonomia privata posto in essere dalle parti debba essere fatta, al di là della qualificazione formale impressa, individuando la funzione concreta dell'atto e gli effetti che le parti hanno in concreto inteso produrre, con la conseguenza che qualora venga accertato che le parti abbiano voluto disporre dei beni per

---

[14] È già di per sé significativo che la distinzione tra atti *mortis causa* e atti con effetti *post mortem* risulti approfondita proprio con riguardo ai patti successori in quegli ordinamenti, come il nostro e quello francese, in cui tali patti sono vietati, mentre nei sistemi giuridici che ammettono i patti successori la distinzione perde di rilevanza, finendo per considerare la donazione condizionata sospensivamente alla premorienza del donante quale atto a causa di morte (vd. C. BAHUREL, *Les volontés*, cit., p. 231, il quale si riferisce, in particolare, al diritto svizzero; L. BELANGER, *La condition de survie et l'acte juridique*, Paris, 2007).

[15] Sul punto vd. V. ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.* diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 312, il quale afferma che «l'essenza del contratto è, infatti, la sistemazione degli interessi delle parti» e che «il regolamento contrattuale […] è […] *il modo in cui il contratto sistema gli interessi delle parti*».

[16] Si tratta di Cass. 21 novembre 2017, n. 27624, inedita.

[17] Cfr. sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 61, il quale individua la *ratio* del divieto dei patti successori proprio nella «salvaguardia della libertà di disporre a causa di morte fino all'ultimo istante della propria vita, anche in difformità da precedenti determinazioni (libertà che sarebbe lesa, se la precedente determinazione si fosse tradotta in impegno contrattuale)».

[18] La pronuncia (Cass. 21 novembre 2017, n. 27624, cit.) afferma infatti che «Sussiste […] patto successorio […] allorquando, dall'accordo negoziale tra due o più parti, risulti che il promittente *abbia inteso* provvedere in tutto o in parte alla propria successione» (c.n.).



il momento successivo alla morte del disponente, l'atto dovrà ritenersi in contrasto con il divieto dei patti successori istitutivi da intendersi quali atti strutturalmente *inter vivos* ma funzionalmente *mortis causa*.

Infatti, occorre tener presente che la morte, quale fatto giuridico, non può costituire di per sé la funzione, e quindi la causa, del contratto [19], potendosi semmai ritenere che la morte, quale fatto giuridico, è in grado di costituire un elemento determinante degli effetti contrattuali ed è per ciò stesso in grado di influenzare l'elemento causale del contratto caratterizzandone la qualificazione.

Cercando di attribuire concretezza al discorso risulta significativo proprio l'esempio della donazione condizionata alla premorienza del donante.

Al di là della perdita del diritto di disporre del bene che consegue all'atto di donazione, qualora sia dedotta come condizione o termine la premorienza o la morte del donante, non sembra realisticamente possibile disattendere l'affermazione che tali elementi accidentali, quale parte integrante ed inscindibile della produzione degli effetti contrattuali, siano in grado di mutare la funzione tipica del negozio cui accedono.

Come noto, «con la condizione, *le parti "manovrano" gli effetti del contratto*; li orientano su binari diversi da quelli normali, e più idonei a realizzare gli interessi delle parti stesse» [20]. Da tali concreti interessi e dagli effetti voluti dalle parti non sembra possibile prescindere, essendo proprio questi elementi che devono guidare l'interprete nella qualificazione del rapporto contrattuale divisato dalle parti, sul presupposto che la clausola condizionale, come anche il termine, dando rilevanza ai motivi dell'atto, «concorre ad integrare l'obiettivo profilo funzionale del contratto, cioè la sua causa» [21].

In altri termini, è difficilmente opinabile che una donazione sottoposta alla condizione della premorienza del donante, per effetto del differimento degli effetti contrattuali, sia espressione di una liberalità successoria perdendo i connotati propri della liberalità donativa, se non altro per il rilievo che il donante si spoglierà effettivamente e definitivamente, e anche materialmente in caso di condizione sospensiva, dei propri beni solo per il momento successivo alla sua morte, ossia per un momento in cui non potrà più servirsene.

Questa impostazione, da cui deriva una applicazione ampia del divieto di cui all'art. 458 c.c., non esclude l'opportunità di rivedere il perimetro applicativo del divieto dei patti successori, che tuttavia difficilmente potrà essere messo in discussione in via meramente interpretativa, essendo piuttosto necessario un intervento espresso del legislatore; intervento tuttavia settoriale, non es-

---

[19] Vd. già L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni (Art. 456-511)*, 3ª ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 112, il quale afferma che «la causa non è qui intesa in senso naturalistico di causazione, ma in quello psicologico ed etico di scopo, di funzione, di fine: ora posto ciò non si vede proprio come la morte, che è un mero fatto giuridico, possa svolgere la funzione di fine, di scopo di un negozio giuridico (a meno che di non pensare ad un negozio con causa illecita)».

[20] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 567.

[21] Così testualmente D. CARUSI, *Condizione e termine*, cit., p. 284.



sendo auspicabile una abrogazione generalizzata del divieto dei patti successori istitutivi.

In tal senso è chiaro il monito dello stesso Roppo, il quale, nel prospettare la necessità di alleggerire il vincolo insito nel divieto di cui all'art. 458 c.c., rileva che «prima della formulazione di qualunque ipotesi di riforma dovrà […] procedersi a identificare con precisione, e attentamente valutare nel loro pregio rispettivo, i diversi interessi implicati; si tratterà poi di enunciare quelli – fra quanti il divieto indiscriminato oggi sacrifica – che meritano di essere liberati; e quindi costruire le formule più idonee a tradurre normativamente questa selezioni di interessi. Ciò sul presupposto che almeno qualcosa, dell'area oggi coperta dal divieto dei patti successori, convenga lasciare coperta da divieto» [22].

Valutazione e ponderazione degli interessi quindi, che inducono ad escludere una generica ed assoluta abrogazione del divieto dei patti successori, suggerendo opportunamente di valutare i vari interessi coinvolti [23], laddove, a fronte del principio della libertà di disporre dei propri beni per il periodo successivo alla morte, da intendere quale principio di necessaria *unipersonalità* dell'atto *mortis causa* [24], al quale deve essere attribuito valore fondante dell'intero sistema successorio, si devono contrapporre interessi che nel bilanciamento con il primo giustifichino una sua deroga.

In tale prospettiva, il riconoscimento di maggiori spazi all'autonomia privata successoria potrà auspicarsi con riguardo alle persone con disabilità in vista del venir meno del sostegno familiare, interessi questi recentemente considerati dalla legge c.d. Dopo di noi, o con riguardo ai rapporti tra i coniugi, consentendo che in tale contesto siano consentiti atti che deroghino all'assolutezza del divieto dei patti successori, ammettendo il testamento congiuntivo tra gli stessi [25] o rivedendo a tal fine le norme sui regimi patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi, sul presupposto che la disciplina oggi vigente è senz'altro poco attenta ai profili

[22] V. ROPPO, *Per una riforma,* cit., p. 9.

[23] Cfr. N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione ereditaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 805, il quale suggerendo la «necessità di ricercare un nuovo punto di equilibrio tra l'esigenza di salvaguardare la necessità determinativa del defunto e quella di garantire interessi che potrebbero risultare compromessi dalla vicenda successoria», invita a riflettere «sulla necessità di coniugare il contratto con la trasmissione dei beni *mortis causa*».

[24] Sulla nozione di unipersonalità, pur con particolare riguardo al testamento ed al testamento congiuntivo, vd. A.M. BENEDETTI-S. PAGLIANTINI, *Le stagioni dell'invalidità testamentaria*, in *Profili sull'invalidità e la caducità delle disposizioni testamentarie*, a cura dei medesimi, Napoli, 2013, p. XVII.

[25] Sul punto vd. A.M. BENEDETTI, *Note sul divieto del testamento congiuntivo: sulla volontà del* mirror wills, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, Milano, 2015, p. 279 ss., il quale, pur riconducendo il divieto di cui all'art. 589 c.c. all'area della forma e non della sostanza (*i.e.* dell'accordo, altrimenti essendo detta disposizione un mero duplicato del divieto contenuto nell'art. 458 c.c.), in una prospettiva che ci pare contigua a quella delineata nel testo, afferma che «è giunto il momento di superare certe rigidità "unipersonalistiche" frutto di concezioni utopiche e distanti dalla realtà, parendo evidente che la formazione della volontà testamentaria, soprattutto in contesti familiari, è *naturaliter* soggetta a condizionamenti e influenze che lungi dal rappresentare limitazioni indebite alla libertà del singolo costituiscono, piuttosto, l'ambiente ideale in cui viene a formarsi quella volontà dispositiva, non orientata, solo, a perseguire uno scopo regolatorio patrimoniale, bensì mossa anche sul normale impulso esercitato da relazioni, sentimenti, legami» (p. 284). Al riguardo è di indubbio interesse la soluzione emersa nella giurisprudenza francese, la quale ha attribuito rilevanza centrale alla revocabilità del testamento (Cass. 28 mai 2008, n. 07-14.066, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2008, p. 711, con nota di M. GRIMALDI).



successori, regolamentando unicamente gli aspetti che presuppongono il permanere in vita dei soggetti coinvolti [26].

D'altronde, non ci si può dimenticare, salvo porsi su ideologie stratificate quanto indimostrate, che lo strumento negoziale che consente la disposizione dei beni in occasione della morte di un soggetto secondo la sua volontà è già previsto ed è costituito dal testamento, con cui il disponente può dare piena ed effettiva espressione alla propria volontà successoria.

La necessità di un diverso atto che richiede una conforme manifestazione di volontà di più soggetti, potrà ammettersi a fronte di interessi dei soggetti diversi dal disponente meritevoli di tutela, posto che – come detto – questo ha sempre e dovrà sempre avere la possibilità di manifestare la sua volontà successoria con il negozio testamentario.

**3. –** Anche il divieto dei patti successori rinunziativi è stato interessato da una prassi negoziale volta alla sua attenuazione, anche se per ragioni differenti rispetto a quelle che hanno riguardato i patti istitutivi, sostanzialmente incentrate sulla necessità di superare o comunque attenuare le tutele riconosciute ai legittimari [27], anche al fine di garantire una piena e libera circolazione agli immobili di provenienza donativa vincolati di fatto dalla scure della tutela reale nei confronti dei terzi per effetto dell'azione di restituzione esperibile dal legittimario. Istanze queste che per altri versi auspicano, ritenendola anacronistica, la rivisitazione della successione necessaria, ma che in alcuni casi superano forse troppo sbrigativamente il rilievo che la successione dei legittimari si fonda sulla solidarietà tra gli stretti congiunti, come affermato anche di recente dalla giurisprudenza costituzionale tedesca [28].

In tale contesto l'ostacolo di carattere generale è stato individuato anche, ma non solo, nel divieto dei patti successori rinunziativi, che vieta atti di rinunzia riguardanti successioni non ancora aperte [29].

Come detto non sono mancate in dottrina e nella prassi notarile le proposte di ricorrere a schemi negoziali noti per consentire nella sostanza una rinunzia preventiva a determinate prerogative attribuite ai legittimari. Si è parlato di mutuo dissenso di donazione in occasione della

---

[26] Un chiaro esempio di tali problematiche si può avere in P. SIRENA, *Cointestazione di conti correnti bancari e comunione legale dei beni: le ricadute nel trattamento successorio*, in *Familia*, 2016, p. 411 ss.

[27] Sul tema cfr. G. AMADIO, *La successione necessaria tra proposta di abrogazione ed istanze di riforma*, in *Riv. not*., 2007, p. 803 ss.; L. GATT, Memento mori. *La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 540 ss.; S. DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?*, in *Riv. not*., 2007, p. 815 ss.

[28] BVerfG 19 aprile 2005, in *JZ*, 2005, p. 1007, la quale, riferendosi agli art. 6 e 14 della Grundgesetz, ha ritenuto che la legittima sia "Ausdruck einer Familiensolidarität, die in grundsätzlich unauflösbarer Weise zwischen dem Erblasseer un seine Kindern bestehet" (espressione di una solidarietà familiare, che in modo fondamentale e inscindibile sussiste tra l'ereditando e i suoi figli).

[29] Un sostanziale annientamento del problema deriva dall'impostazione che considera vietati e rientranti nel concetto di patto successorio rinunziativi solo le rinunzie sulla «quota di patrimonio e agli altri diritti che l'ordinamento riserva ai legittimarî. Con l'intesa che l'espressione "altri diritti" […] debba riguardare […] le sole attribuzioni patrimoniali sostantive» (così V. BARBA, *I patti successorî*, cit., p. 135).



vendita del bene precedentemente donato, di fideiussione rilasciata dal legittimario o dal donante a garanzia della evizione che il terzo acquirente subirebbe per effetto dell'eventuale esperimento dell'azione di restituzione [30], ma il terreno più fertile del dibattito è senz'altro costituito dalle letture prospettate circa la portata del nuovo art. 563 c.c. che ha introdotto nel nostro ordinamento l'atto di opposizione alla donazione.

Proprio per effetto della disciplina risultante dal nuovo testo dell'art. 563 c.c., si è tratto argomento per sostenere l'ammissibilità di atti di rinunzia del legittimario già prima dell'apertura della successione [31], atteso che l'art. 563, co. 4, c.c. afferma espressamente che «il diritto dell'opponente è personale e rinunziabile».

In base a tale previsione, tra le letture cui occorre prestare maggiore attenzione, posto che ci sembra fuori discussione che tale rinunzia non possa in ogni caso riguardare l'azione di riduzione, stante la vigenza dell'art. 557 c.c. che espressamente vieta un tale atto dismissivo, parte della dottrina ha sostenuto, oltre all'ammissibilità della rinunzia e della revoca dell'opposizione, consentite dalla lettera della norma, anche l'ammissibilità di una rinunzia preventiva e diretta all'azione di restituzione del legittimario [32].

---

[30] Su tali strumenti, nella prospettiva in esame, sia consentito rinviare a D. ACHILLE, *Il divieto dei patti successori*, cit., 173 ss.

[31] In termini generali, è interessante rilevare che la giurisprudenza si è mossa controcorrente rispetto a quanto sarebbe suggerito dall'impostazione che auspica un'attenuazione dei diritti dei legittimari, giungendo addirittura ad estendere la rilevanza della posizione giuridica del futuro legittimario prima dell'aperura della successione oltre quanto previsto dal dato normativo. Ci si riferisce in particolare all'orientamento che si sta affermando nella giurisprudenza di merito circa la possibilità di proporre opposizione alla donazione non solo con riguardo alla donazione vera e propria come affermato testualmente dalla legge ma anche con riguardo alla donazione simulata e ciò, si badi bene, già prima che la simulazione sia accertata giudizialmente, come affermato da ultimo da App. Roma 13 giugno 2017, n. 5675, inedita, la quale in motivazione ha affermato che «in presenza di donazioni dissimulate, è da considerare coerente con la *ratio* della novella introdotta con la legge del 2005, i fini di una maggiore tutela dei legittimari, non solo il riconoscimento della legittimazione degli stessi ad agire in simulazione *ante mortem* del disponente, ma anche, a seguito di trascrizione della domanda di simulazione, prevedere la possibilità che gli stessi possano trascrivere atto di opposizione stragiudiziale ai sensi dell'art. 563 comma 4 c.c. in quanto sarebbe illogico attribuire ai futuri legittimari la facoltà di opposizione ad atti di liberalità prima dell'apertura della successione, salvo poi negare agli stessi la legittimazione ad esperire le azioni che si rilevano propedeutiche e strumentali all'esercizio del diritto stesso lasciando aperto il rischio di poter decadere da tale diritto per decorrenza del termine derivante da causa non imputabile al legittimario, vale a dire in ragione dei tempi del giudizio di simulazione che sono sottratti alla sfera di disponibilità de legittimario che agisce in simulazione». Nello stesso senso già Trib. Cagliari 21 maggio 2015, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 729 ss., con note di L. GHIDONI, *La tutela anticipata dei potenziali legittimari fra simulazione negoziale privata, presunzione legale di affetti e ambizioni ereditarie concrete* e di V. VERDICCHIO, *Donazione dissimulata e attualità dei «diritti» del legittimario* in pectore. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. tuttavia Cass. 9 maggio 2013, n. 11012, inedita, la quale in motivazione afferma che «per poter proporre l'opposizione, il coniuge o i parenti in linea retta del simulato alienante debbono preventivamente esperire con successo l'zione di simulazione relativa, onde far accertare che le parti abbiano effettivamente inteso realizzare una donazione, ne cui confronti è unicamente previsto l'atto di opposizione». In tale contesto non sembra superfluo ricordare che con riguardo alle donazioni indirette, la giurisprudenza di legittimità, ribaltando il precedente orientamento, ha affermato il principio della legittima per equivalente (Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1238 ss., con nota di A. TEDESCHI PREMUDA, *Le liberalità atipiche e azione di riduzione: dalla legittima in natura alla legittima come diritto di credito*), con ciò ponendo una evidente preclusione all'azione di restituzione nel caso di donazione indiretta.

[32] In tal senso vd. G. D'AMICO, *La rinunzia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente del bene*



In particolare, si è preso atto che la disponibilità cui fa riferimento l'art. 563, co. 4, c.c. consentendo di rinunziare al diritto da parte del futuro legittimario, riguarda il diritto a questi attribuito, vale a dire quello di impedire il consolidarsi dell'acquisto da parte del terzo, ossia limitare al ventennio l'instabilità dell'acquisto, decorso il quale il soggetto non potrà agire in restituzione nei confronti dell'acquirente del bene nei cui confronti ha rinunziato all'opposizione. Pur a fronte di tale lettura della norma, non si è mancato di ipotizzare – come detto – una diversa rinunzia, anche preventiva ed indipendente dall'opposizione, che avrebbe direttamente a riguardo l'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente dal donatario.

In senso adesivo alla possibilità per il legittimario di rinunziare preventivamente e autonomamente all'azione di restituzione esperibile da questi nei confronti del terzo avente causa del donatario si è espressa anche la recente giurisprudenza di merito, le cui pronunce sono state rese in seguito al rifiuto o alla riserva di trascrizione di tale atto da parte delle conservatorie territoriali.

Le decisioni in parola hanno variamente argomentato tale ammissibilità, ma, per quanto in questa sede interessa, con riguardo al rapporto tra la rinunzia in parola ed il divieto dei patti successori rinunziativi, la compatibilità viene affermata sulla base del rilievo, senz'altro errato, per cui «la rinunzia all'*azione di restituzione* ai sensi dell'art. 563 c.c. è sicuramente possibile» in quanto «tale rinunzia all'azione *ex* art. 563 c.c. non può neppure essere assimilata ad un patto successorio dispositivo, rinunciativo, nullo *ex* art. 458 c.c., visto che con la donazione il bene è fuoriuscito dal patrimonio del donante, futuro *de cuius*, prima del suo decesso e conseguente apertura della successione» [33].

In realtà, ritenuto tutt'altro che condivisibile tale argomento, posto che ciò che rileva non è il momento in cui si effettua la donazione, ma il fatto che il diritto rinunziato sia afferente ad una successione non ancora aperta, il profilo centrale di tale complessa tematica è costituito dalla natura dell'azione di restituzione in parola e del rapporto tra questa e l'azione di riduzione e, più in generale, dall'afferenza della prima allo spettro di tutele e di diritti riconosciute/i ai legittimari.

Ed infatti, parte dei sostenitori dell'ammissibilità della rinunzia all'azione di restituzione da

---

*di provenienza donativa*, in *Riv. not*., 2011, p. 1271 ss.; R. CAPRIOLI, *La circolazione dei beni immobili donati nel primo ventennio dalla trascrizione della donazione*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, I, Milano 2008, p. 475 ss., ora in ID., *Argomenti di diritto civile*, Napoli, 2014, p. 105 ss., da cui sono tratte le ulteriori citazioni; G. PERLINGIERI, *Il* «Discorso preliminare» *di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 674 testo e nota n. 6; F. PENE VIDARI-G. MARCOZ, *La mini-riforma delle donazioni immobiliari: per una tutela obbligatoria della legittima*, in *Riv. not*., 2006, p. 710; G. CARLINI-C. UNGARI TRASATTI, *La tutela degli aventi causa a titolo particolare dei donatari: considerazioni sulla l. n. 80 del 2005*, in *Riv. not.*, 2005, p. 789 ss.; V. TAGLIAFERRI, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dei donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, p. 173 ss.; G. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Notariato*, 2012, p. 397.

[33] Così testualmente Trib. Pescara (decr.) 25 maggio 2017, n. 250, inedito; in senso pressoché identico già Trib. Torino (decr.) 26 settembre 2014, n. 2298, in *Dir. succ. fam*., 2016, p. 211 ss., con nota di M. TATARANO, *Il cielo sopra Torino. A proposito di rinuncia anticipata all'azione di restituzione*. Diversamente sembra porsi Trib. Parma (decr.) 15 giugno 2006, in *Nuova giur. civ. comm*., 2007, I, p. 12 ss., con nota di A. BUSANI, *La trascrizione dell'atto di rinuncia all'atto di opposizione alla donazione*, il quale ritiene che la rinuncia all'opposizione ha l'effetto di impedire la sospensione del termine ventennale.



parte del legittimario già prima dell'apertura della successione prendono le mosse proprio dalla distinzione di tale azione rispetto a quella di riduzione, che deriverebbe dalle diversità tra le due azioni e dall'afferenza unicamente dell'azione di riduzione al sistema di tutele che l'ordinamento riconosce al legittimario.

Seppure è senz'altro indiscutibile che l'azione di riduzione e l'azione di restituzione contro il terzo acquirente siano azioni distinte, con natura, presupposti ed effetti differenti [34], è forse riduttivo sostenere che l'azione di restituzione non faccia parte del sistema di tutele accordate dalla legge al legittimario e come tale un suo atto dismissivo non rientri tra gli atti di rinunzia ai diritti su una successione non ancora aperta che sono vietati dall'art. 458 c.c.

In senso contrario a tale ultima conclusione depone in primo luogo il rilievo che condizione dell'azione di restituzione è – oltre alla vana escussione del patrimonio del donatario – la stessa sentenza di riduzione [35], ma soprattutto il fatto che l'azione di restituzione contro il terzo è assoggettata alle stesse regole fissate per l'azione di restituzione esercitata nei confronti del beneficiario delle disposizioni soggette a riduzione, nonché la circostanza che all'azione di restituzione nei confronti del terzo si applica la stessa regola di graduazione secondo l'ordine cronologico della riduzione delle donazioni, seguendo quindi il criterio del tempo dell'atto di donazione e non delle alienazioni [36].

A ben vedere, la rottura del "rapporto sinallagmatico successorio" tra azione di riduzione e azione di restituzione nei confronti del terzo non viene meno neppure dando rilevanza al requisito della preventiva escussione nei confronti del beneficiario della donazione oggetto di riduzione cui è tenuto il legittimario, in quanto il terzo acquirente che si avvale della facoltà di pagare il valore del bene in denaro in luogo della restituzione in natura non viene condannato al risarcimento del danno per equivalente, essendo questi tenuto, come il donatario, a corrispondere l'equivalente in denaro come obbligazione che ha ad oggetto il valore del bene e giammai il risarcimento del danno per la mancata restituzione in natura del bene [37].

Residuerebbe, a sostegno della rinunziabilità anticipata dell'azione di restituzione nei confronti del terzo, l'argomento della necessaria coerenza tra disponibilità del diritto al prolunga-

---

[34] Vd. L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, 4ª ed., in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo* continuato da Mengoni, Milano, 2000, p. 309 ss., il quale afferma che «l'azione di restituzione […] si distingue dall'azione di riduzione. Questa è un'azione di impugnativa, alla quale è passivamente legittimato il beneficiario della liberalità donativa. Quella è un'azione di condanna, che presuppone già pronunziata, con sentenza passata in giudicato, la riduzione a carico di colui dal quale il terzo a preso causa».

[35] Vd. U. CARNEVALI, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 131, il quale afferma che «l'azione di restituzione a favore del legittimario leso trova la sua fonte immediata e diretta esclusivamente nella stessa sentenza di riduzione».

[36] In tal senso L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 310 s., il quale precisa che la regola di apertura del 2° comma dell'art. 563 c.c. riguarda l'ipotesi di alienazioni successive fatte da un medesimo donatario, ove si attribuisce rilevanza all'ordine di data delle alienazioni (p. 314).

[37] Vd. L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 308; G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative (sulla legittima «per equivalente»)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 699 s.



mento del termine non sembra che ritenere inammissibile la seconda comporti una incoerenza nel sistema.

Si deve infatti considerare che i due atti si pongono su piani differenti e producono effetti differenti, la rinunzia alla prosecuzione del termine ventennale rende applicabile la disciplina legale ed è espressione della lettera della legge che ha inteso limitare nel tempo, salvo diversa volontà del futuro legittimario, la possibilità di esercitare l'azione di restituzione verso il terzo avente causa dal donatario, mentre la rinunzia anticipata a quest'ultima azione produrrebbe un effetto di cui non vi è traccia nel tessuto normativo, vale a dire precludere in termini assoluti e per effetto di un atto di autonomia privata, non per effetto della legge, l'esercizio dell'azione di restituzione.

Risulta quindi difficilmente superabile il rilievo che l'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente è «espressione di una pretesa fondata sulla qualità di erede» [38] e come tale insuscettibile di rinunzia prima dell'apertura della successione proprio per effetto del divieto dei patti successori, con ciò facendo venire meno anche l'argomento di portata generale costituito dalla disponibilità dei rimedi, posto che questa incontra il limite della indisponibilità nel caso in cui i rimedi abbiano ad oggetto una successione futura in quanto non ancora aperta.

**4.** – In questo contesto, la sensazione che si ingenera nell'interprete che si approccia al tema dei patti successori è, senza in ciò lasciarsi condizionare dall'affezione al divieto, di insoddisfazione, quantomeno per l'incertezza che si crea con riguardo ad una vicenda, quella successoria, che per le sue caratteristiche abbisognerebbe di quanta più certezza possibile, non fosse altro perché riguarda la vicenda traslativa del patrimonio di un soggetto la cui volontà non è per definizione ripetibile.

Se questo è il quadro che si presenta è allora possibile ribadire con estrema attualità quanto già affermato di Roppo in chiusura al citato editoriale, vale a dire che «per adesso problemi, non ancora soluzioni», con il monito che «il discorso dovrà essere ripreso» [39].

Che il discorso dovrà essere ripreso non può esservi dubbio, ma nel fare questo importante passo l'interprete non può prescindere dalla lezione di metodo e dalle preziose indicazioni fornite da Roppo nel suo manifesto "Per una riforma dei patti successori", se non altro per impedire che il discorso sul divieto dei patti successori si assesti sulla strada finora prospettata dalla prassi, con «"mezzi" troppo imperfetti – troppo spesso oscillanti fra impieghi futili e impieghi perfino un po' pericolosi – per essere tranquillamente giustificati dai "fini"» [40].

---

[38] Così L. Mengoni, *Successione necessaria*, cit., p. 317.

[39] V. Roppo, *Per una riforma,* cit., p. 10.

[40] Così, pur con riguardo a tutt'altra tematica, ma con indubbia rappresentatività ai fini che ci occupano, V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito,* in *Riv. dir. civ*., 2013, p. 987.

JUS CIVILE



*CARLOTTA DE MENECH*

*Dottore di ricerca – Università di Pavia*

# IL DIRITTO PRIVATO REGIONALE [*]

SOMMARIO: *1. Qualche parola introduttiva. – 2. Il problema del diritto privato delle Regioni: linee essenziali. – 3. L'incontro tra la scuola civilistica genovese e il diritto privato regionale. – 4. La ragionevolezza quale criterio di soluzione del conflitto tra uniformità e diversità nel diritto privato. – 5. Linee di evoluzione e futuri scenari del diritto privato regionale.*

**1.** − Non posso nascondere il senso di timore che avverto nel dover non solo esporre pensieri miei, ma anche cercare di interpretare le idee e gli intenti di Colui che in questa giornata festeggiamo [1] alla sua presenza.

Credo, però, che (almeno) la rievocazione del diritto privato regionale nell'ambito di un incontro di studi concepito – primariamente – per civilisti incontrerà il gradimento del festeggiato.

Gli scritti che Vincenzo Roppo ha dedicato a questo tema sono tre. Tra questi, fondamentale rimane il testo della relazione *Diritto privato regionale?* svolta nel maggio del 2002 in occasione del seminario torinese su *Fine del positivismo giuridico e normatività* [2]. Quelli pubblicati di lì a poco approfondiscono, correggono, e si misurano con quanto di nuovo si accumula nel diritto vigente e nel diritto vivente [3]. Costantemente però torna, in quei lavori, una nota di rammarico per il fatto che, sino ad allora, di diritto privato regionale si fossero occupati soprattutto pubblicisti. E così, sono ripetuti gli inviti che l'Autore rivolge alla propria comunità scientifica, affinché intraprenda un «dibattito corale» e, perciò, capace di «orientare il giudice delle leggi in vista degli esiti più appropriati» [4].

---

[*] Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno "Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo".

[1] «Chiamare allegramente "*Festchrift",* come fanno i tedeschi, quello che noi, in modo più paludato, usiamo chiamare "Studi in onore" ci è sempre parsa cosa simpatica. E quindi adottiamo la formula per questa raccolta di scritti, il cui scopo è precisamente far festa al nostro caro Maestro, che ha appena compiuto i 70 anni»: così esordivano Vincenzo Roppo e Guido Alpa, introducendo *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Rodotà*, Napoli, 2005; e in questa speciale occasione a quella preferenza ci si adegua.

[2] V. ROPPO, *Diritto privato regionale?,* in *Riv. dir. priv*., 2003, 11 ss.

[3] Si allude a V. ROPPO, *Il diritto privato regionale: fra nuova legislazione, giurisprudenza vecchia e nuova, e dottrina prossima ventura*, in *Corr. giur*., 2003, 5 ss.; e a V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Corr. giur*., 2005, 1301 ss., successivamente pubblicato in Global law v. local law. *Problemi di globalizzazione giuridica*, a cura di C. Amato e G. Ponzanelli, Torino, 2006, 79 ss.

[4] Le espressioni fra virgolette sono tratte da V. ROPPO, *Il diritto privato regionale: fra nuova legislazione, giurisprudenza vecchia e nuova, e dottrina prossima ventura*, cit., 5 e 8.



Trascorsi circa quindici anni dalla formulazione di quegli auspici, deve rilevarsi che le voci civilistiche sul diritto privato regionale, pur essendo divenute più assidue [5], non si articolano ancora in un dialogo intenso e sistematico. Questo incontro potrebbe rappresentare, dunque, una felice occasione per ravvivare nuovamente l'interesse verso questo tema, attribuendo maggior luce al contributo che (solo) la sensibilità culturale del civilista può dare ad esso.

**2.** − Essendo il diritto privato regionale un tema tuttora di nicchia, è opportuno muovere da una sintetica descrizione delle sue linee essenziali.

Si può cominciare col dire che le Regioni, per soddisfare bisogni emergenti dai loro luoghi o per accogliere istanze avanzate dalle rispettive comunità, emanano una congerie di disposizioni che esprimono contenuti privatistici. A volte – lo ha chiarito, primo tra tutti, Vincenzo Roppo [6] – si tratta di *norme in senso proprio* che hanno un *oggetto di diritto privato in senso proprio*: prescrizioni legislative, cioè, che disciplinano direttamente posizioni o rapporti civilistici (sono tali, per esempio, le leggi regionali che introducono deroghe alla normativa nazionale in materia di distanze minime tra edifici [7]). Altre volte, invece, si tratta di *norme in senso proprio* che hanno un *oggetto di diritto privato in senso improprio*: vale a dire prescrizioni legislative, che la Regione adotta per disciplinare una funzione pubblica e che, solo indirettamente, lambiscono situazioni civilistiche (così, ad esempio, le leggi regionali che, nel regolare l'erogazione di finanziamenti pubblici od agevolazioni, individuano i requisiti che una persona giuridica privata deve possedere per accedervi [8]). Altre volte, infine, si tratta di *norme in senso improprio* che hanno un *oggetto di diritto privato in senso proprio*: ossia, disposizioni programmatiche con cui la Regione si prefigge un obiettivo di natura civilistica (ne sono un significativo esempio le norme contemplate da alcuni statuti che, ancor prima della l. n. 76/2016, impegnavano gli enti locali a promuovere la tutela delle convivenze e delle unioni familiari [9]).

---

[5] Il che è testimoniato dalla pubblicazione di alcuni volumi collettanei in argomento (AA. VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, 2003; e AA. VV., *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, a cura di E. Calzolaio, Miano, 2006).

[6] V., in particolare, la tassonomia compiuta in V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, cit., 1302 ss.

[7] Cfr., *ex multis*, gli artt. 2, comma, 1, lett. g) ed i), e 4, comma 1, lett. g), della legge reg. Molise 14 aprile 2015, n. 7 recante «Disposizioni modificative della legge reg. 11 dicembre 2009, n. 30 (Intervento regionale straordinario volto a rilanciare il settore edilizio, a promuovere le tecniche di bioedilizia e l'utilizzo di fonti di energia alternative e rinnovabili, nonché a sostenere l'edilizia sociale da destinare alle categorie svantaggiate e l'edilizia scolastica)». Queste disposizioni, che consentono di eseguire interventi di ampliamento e ricostruzione degli edifici esistenti in deroga alle distanze legali fissate dalla normativa nazionale, sono state dichiarate illegittime da Corte cost. n. 185/2016 per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. l) Cost.

[8] Cfr., *inter alia*, l'art. 4 della legge reg. Lombardia 14 febbraio 2008, n. 1, recante «Testo unico delle leggi regionali in materia di volontariato, cooperazione sociale, associazionismo e società di mutuo soccorso», il quale delinea i requisiti strutturali e i contenuti statutari che un'organizzazione di volontariato deve possedere al fine di ottenere l'iscrizione nel registro generale regionale del volontariato e, di conseguenza, anche l'accesso ai contributi pubblici e alle agevolazioni fiscali.

[9] Cfr. l'art. 4, comma 1, lett. h) dello Statuto toscano, il quale annovera tra le «finalità prioritarie» della Regione



Dinnanzi a siffatte incursioni dei legislatori regionali nel territorio del diritto privato, lo Stato sovente si ribella, rivendicando la propria potestà esclusiva di disciplinare istituti civilistici. E la Corte costituzionale deve attendere al compito di comporre il contrasto istituzionale insorto. Un compito – occorre precisare – decisamente arduo, poiché il quadro giuridico ed assiologico di riferimento non offre criteri certi o indicazioni univoche.

Innanzi tutto, va detto che l'art. 117 Cost. non è mai parso in grado di regimentare la linea di demarcazione tra fonte nazionale e fonte regionale nel settore giusprivatistico. In particolare, la versione originaria della norma delineava il contenuto della potestà legislativa delle Regioni, dettando un elenco di materie [10], alcune delle quali dense di implicazioni civilistiche (così, ad esempio, il «turismo», la «caccia», o l'«agricoltura»), ma senza far parola di diritto privato. La riforma federalista del 2001 ha invece colmato il silenzio [11], introducendo una formulazione normativa poco limpida: infatti, il secondo comma dell'attuale art. 117 Cost. attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la materia dell'«ordinamento civile», endiadi che evoca la nozione di diritto privato, ma, al contempo, dà adito a proposte interpretative diverse [12]; e, d'altro canto, i commi successivi continuano ad assegnare alle Regioni materie intrise di profili civilistici (quali, ad esempio, «professioni», «tutela della salute», «governo del territorio»).

Il silenzio dell'art. 117 Cost. previgente e l'ambiguità del suo testo riformato hanno favorito il permeare, in seno al problema del diritto privato regionale, di argomenti ulteriori che disegnano una dialettica, all'apparenza, difficile da superare [13].

---

«il riconoscimento delle altre forme di convivenza»; e l'art. 9 dello Statuto umbro, che impegna la Regione a tutelare, oltre alla famiglia, «altre forme di convivenza»: entrambe le norme sono state ritenute costituzionalmente legittime, perché prive di valore precettivo (v., rispettivamente, Corte cost. 2 dicembre 2004, n. 372, in *Foro it*., 2005, I, 297 e Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 378, *ivi*, 295). Simile ai precedenti è l'art. 8, lett. e) dello Statuto campano, a mente del quale la Regione promuove «il riconoscimento ed il sostegno alla famiglia fondata sul matrimonio ed alle unioni familiari […] orientando a tal fine le politiche sociali, economiche e finanziarie e di organizzazione dei servizi».

[10] Più precisamente, la versione originaria dell'art. 117 Cost. enumerava – al primo comma – le materie su cui Stato e Regioni avevano competenza concorrente; ed attribuiva – al secondo comma – alle leggi della Repubblica la possibilità di demandare alle Regioni il potere di emanare norme di attuazione. Le materie non devolute, per l'una o per l'altra via, al legislatore regionale appartenevano invece residualmente allo Stato.

[11] Per assicurare *ex post* un fondamento costituzionale alla legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. Bassanini I), la legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 ha dovuto capovolgere il sistema di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Così, il nuovo art. 117 Cost. attribuisce – al secondo comma – un gruppo di materie alle competenza esclusiva statale; elenca – al terzo comma – le materie per cui «spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato»; e – al quarto comma – assegna alle Regioni «ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato».

[12] G. ALPA, *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti,* 2004, 175 ss. ha contato in letteratura tredici distinte alternative ermeneutiche. Sintomatica dello scarso nitore della formula impiegata dal costituente è l'ipotesi interpretativa avanzata, a prima lettura, da N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2001, 702, nt. 2, secondo cui il sintagma «"ordinamento civile" – collocato, com'è, tra giurisdizione e norme processuali, da un lato, e giustizia amministrativa, dall'altro – designa l'ordinamento "giudiziario"».

[13] Tanto da indurre O. ABBAMONTE, *Il diritto privato delle Regioni: una riflessione sui poteri locali nell'età repubblicana*, in *Dir. amm*., 2007, 364 a sostenere che l'*actio finium regundorum* tra fonte statale e fonte regionale nel territorio del diritto privato regionale venga, in definitiva, compiuta sulla base di «un implicito buon senso, piuttosto che [di] argomenti pienamente dimostrabili».



Così, da una parte, s'invoca il principio costituzionale di eguaglianza per affermare la necessaria uniformità delle regole privatistiche sul territorio nazionale e, correlativamente, negare che le Regioni possano adeguare alcune di esse alle peculiari esigenze dei loro luoghi [14]; e, dall'altra, si rammenta che quel principio non inibisce, ma – anzi – prescrive di riservare trattamenti giuridici differenziati a fattispecie diverse (quali, appunto, sono quelle che s'inscrivono entro contesti territoriali distinti) [15].

Oppure: per un verso, si sostiene che il principio di unità politica, sancito dall'art. 5 Cost., postula il mantenimento in capo al legislatore nazionale di tutti i settori che compongono l'ordinamento giuridico e, tra questi, il diritto privato [16]; e, per altro verso, si dà rilievo alle promesse autonomistiche che la Costituzione rivolge agli enti locali (v., ad esempio, l'art. 5 Cost. e testo attuale degli artt. 114 e 118 Cost.), per inferirne la legittimità di intrusioni delle Regioni nel campo dello *ius privatorum*, (almeno) qualora necessarie a disciplinare le materie di loro competenza [17].

Od ancora: da un canto, si paventa che l'accentuazione della potestà normativa regionale in ambito civilistico potrebbe arrecar danno alla certezza del diritto (a detrimento del funzionamento del sistema economico) [18]; e, dall'altro canto, si afferma che, in ragione della loro maggior prossimità alle persone e ai luoghi, le istituzioni regionali potrebbero legiferare meglio dello Stato, procurando un avanzamento in termini di effettività dei diritti e delle tutele (a vantaggio della funzionalità dell'ordinamento giuridico) [19].

Ed infine, ambivalente risulta il fresco riferimento costituzionale al principio di sussidiarietà, dal momento che questo, da un lato, impone di spostare le competenze verso enti più vicini al

---

[14] La salvaguardia del principio di eguaglianza costituisce il principale argomento delle pronunce che negano la legittimità costituzionale di disposizioni regionali con contenuto privatistico: cfr., tra le tante, Corte cost. n. 35/1992, Corte cost. n. 462/1995, Corte cost. n. 307/1996; e, dopo la riforma del titolo V, Corte cost. n. Corte cost. n. 369/2008 e Corte cost. n. 131/2013). Il medesimo riferimento compare anche nelle opinioni formulate dalla letteratura avversa alla normazione regionale in ambito civilistico: v., in particolare, N. LIPARI, *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, cit., 14, il quale afferma che «il limite del diritto privato al potere legislativo delle regioni riposa […] sulla garanzia del principio di eguaglianza e ne rappresenta anzi quasi un risvolto necessario».

[15] Nel senso della compatibilità tra principio di uguaglianza e singoli adattamenti locali si sono espresse, ad esempio, Corte cost. n. 352/2001, Corte cost. n. 441/1994, e Corte cost. n. 35/1992.

[16] Il riferimento al principio di unità ed indivisibilità della Repubblica compare specialmente nella giurisprudenza costituzionale degli anni '50 (v. Corte cost. n. 109/1957 e Corte cost. n. 6/1958). L'esistenza di un legame indissolubile tra disciplina dei rapporti privatistici e sovranità statuale viene asserita anche dalla dottrina pubblicistica: v. R. BIN e G. FALCON, *Diritto regionale*, Bologna, 2012, 222, e O. ABBAMONTE, *op. cit.*, 362.

[17] In giurisprudenza, la più intensa valorizzazione dell'autonomia regionale nella prospettiva della normazione privatistica si rinviene in Corte cost. n. 352/2001 (su cui v., *infra*, §4).

[18] In questo senso, tra gli altri, G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. impr.*, 2002, 606.

[19] Sul contributo che il diritto privato di fonte regionale potrebbe dare all'effettività del diritto si vedano le considerazioni e le esemplificazioni fatte da A. M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Bologna, 2008, 195, 210 e 255.



cittadino, ma, dall'altro, consente di conservare a livello centrale le funzioni che richiedono un esercizio unitario (arg. *ex* art. 118, comma 1, Cost.).

**3. –** L'incertezza dello scenario giuridico e valoriale, appena descritto, si proietta nella mutevolezza degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale.

Nei primi anni di esercizio delle sue funzioni regolatrici, la Corte adottò un approccio di moderata apertura che può essere così sintetizzato: sebbene leda il principio di uguaglianza, una legislazione regionale con contenuto privatistico può esser tollerata, *perché* necessariamente confinata nello spazio (all'epoca, ricordo, esistevano le sole regioni a statuto speciale); e *purché* programmata per spiegare efficacia per un tempo limitato, ovvero *purché* progettata per incidere su interessi di dimensione locale [20]. Inizialmente la Consulta scelse, cioè, un'impostazione che incentrava il sindacato di costituzionalità sul *carattere (eccezionale) della legge regionale*, prescindendo da qualsiasi considerazione in merito al diritto privato; e che – forse proprio per questo motivo – passò sotto lo sguardo del privatista, senza catturarne l'attenzione [21].

L'atteggiamento della Corte divenne invece di netta chiusura all'inizio degli anni Settanta, in concomitanza con l'avvio delle regioni a statuto ordinario [22]. Fu infatti la comparsa dei nuovi protagonisti locali a suscitare nel giudice delle leggi il timore di un esiziale incremento delle incursioni regionali nel territorio del diritto privato, ed a consigliargli di erigere una solida muraglia attorno a quest'ultimo [23]. Il modo in cui la Corte compì quest'opera può essere descritto mediante un sillogismo. L'art. 117 Cost. – constatarono i giudici della Consulta, osservando il testo della norma allora vigente – elenca tassativamente le materie su cui le Regioni possono legiferare; e non nomina il diritto privato. Quest'ultimo, allo stesso modo di quelle elencate, è una materia. *Ergo*, le Regioni non possono emanare leggi che in qualche modo riguardino il diritto privato. Al fine di prevenire la temuta formazione di tanti diritti civili locali, la Corte esprimeva dunque un giudizio intorno alla *natura del diritto privato*: il diritto privato – così recitava la

---

[20] Le prime pronunce in argomento furono Corte cost. 2 luglio 1956, n. 7, in *Giur. it*., 1956, I, 1, 878 ss., e Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 35, in *Giur. it*., 1957, I, 1, 667 ss., con cui vennero dichiarate costituzionalmente legittime le disposizioni, rispettivamente adottate dalla Regione Sardegna e dalla Regione Sicilia, che stabilivano una riduzione del canone convenuto per l'affitto di fondi rustici, onde far fronte a circostanze ambientali tali da incidere negativamente sulla produzione agricola isolana.

[21] Eccezion fatta per i fugaci cenni compiuti da F. VASSALLI, *Sul disegno di legge n. 175 del 1948 contenente disposizioni sui contratti di mezzadria*, in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, 645 e da P. RESCIGNO, Recensione a *E. Sailis*, in *Riv. dir. civ*., 1962, 316 ss.

[22] L'*overruling* fu compiuto da Corte cost. 27 luglio 1972, n. 154, in *Le Regioni*, 1973, 168 ss., con nota di S. Bartole, che ebbe a pronunciarsi su una legge della Regione Sicilia in materia di enfiteusi e prestazioni fondiarie perpetue.

[23] Lo ammetteva la stessa Corte Cost. n. 54/1972, cit., nell'affermare che l'orientamento precedente dovesse essere rimeditato «alla luce dell'intervenuta realizzazione dell'intero ordinamento regionale», e con l'obiettivo di evitare che la delega a legiferare in materia di diritto privato, eccezionalmente attribuita alle Regioni speciali da alcuni precedenti costituzionali, potesse in futuro «istituzionalizzarsi in un tipo di competenza concorrente».



premessa minore del ragionamento svolto dai giudici costituzionali – è una «materia a sé stante» e «ben definita» [24].

Questa immagine monolitica non corrispondeva, però, al volto frammentato che il diritto privato stava assumendo, in quegli stessi anni, per effetto di un processo di rinnovamento, indotto dalla società moderna e prontamente percepito dalla dottrina civilistica. La continua fioritura di leggi speciali; le numerose contaminazioni del diritto pubblico; l'interazione tra certe categorie civilistiche e la Costituzione: sono questi alcuni tratti del realistico volto del diritto privato, che Stefano Rodotà dipingeva, all'inizio degli anni Settanta, nelle Sue *Ipotesi sul diritto privato* [25].

A quel tempo, Stefano Rodotà insegnava all'Università di Genova; e la sua visione del diritto privato condizionava il pensiero e il metodo dei giovani studiosi che, in quell'Ateneo, si stavano formando. Non a caso, dalla comunità scientifica genovese si levò la prima voce civilistica sulla questione del diritto privato regionale. Fu la voce di Guido Alpa, il quale, in un saggio del '79 [26], utilizzò l'immagine del diritto privato, consegnata dal Maestro, per evidenziare l'erroneità dell'approccio materiale, allora, seguito dalla Corte costituzionale, al fine di paralizzare qualsiasi iniziativa civilistica dei legislatori regionali.

Accanto a tale censura, nel lavoro di Alpa compariva anche una suggestione *pro futuro*: in particolare, egli consigliava alla Consulta di adottare una soluzione che tenesse conto del fatto che in seno al diritto privato esistono situazioni e principi che necessitano unità di disciplina (come, per esempio, le regole di risoluzione del contratto e di attuazione degli scambi, i rapporti contrari al buon costume o all'ordine pubblico, il numero chiuso dei diritti reali, la tipicità della società), ma vi sono, altresì, istituti che consentono o, addirittura, postulano una regolamentazione differenziata (così, per esempio, la proprietà, la protezione dell'ambiente ed i beni culturali) [27]. Insomma, toccata nel vivo dall'equazione diritto privato = materia (preclusa alle Regioni), la sensibilità culturale del civilista mostrò subito l'utile apporto che avrebbe potuto dare al problema, suggerendo di far dipendere il giudizio di costituzionalità sulle leggi regionali dal *carattere (composito) del diritto privato*.

Un suggerimento che la Corte costituzionale parve in effetti accogliere, tornando così ad assumere, nel corso degli anni ottanta e novanta, una posizione di moderata apertura [28]. Peraltro, i

---

[24] Così Corte Cost. n. 54/1972, cit.

[25] Si tratta del saggio introduttivo al volume *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971: saggio che – come racconta A. M. BENEDETTI, *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in *juscivile.it* – può esser considerato il «"manifesto" del periodo moderno della civilistica genovese».

[26] Ci si riferisce a G. ALPA, *Diritto privato e legislazione regionale*, in *Impr. Amb. e p.a.*, 1979, 199 ss. e, specialmente, 202 s.

[27] Così G. ALPA, *op. ult. cit.*, 205.

[28] Segnatamente, il *revirement* fu realizzato dalla Consulta, accantonando l'argomentazione secondo cui il diritto privato è materia interdetta alle Regioni perché non menzionata nell'elenco contenuto nell'art. 117 Cost., ed introducendo la diversa considerazione secondo cui una legge regionale con contenuto civilistico deve ritenersi proibita se ed in quanto violi il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. (cfr., tra le molte, Corte cost. n. 35/1992, Corte cost. n. 75/1992, Corte cost. n. 462/1995, e Corte cost. n. 307/1996).



confini di questa nuova apertura risultarono alquanto nebulosi, poiché la Consulta non fu – autonomamente – capace di individuare criteri precisi od argomenti sistematici, che le consentissero di discernere, con coerenza e logicità, i profili privatistici che tollerano differenziazioni *ratione loci,* da quelli che, per contro, esigono identità di trattamento [29].

Al più, osservando il diritto vivente di quel periodo, si può notare una certa propensione della Corte a salvare leggi regionali incidenti su istituti civilistici legati al territorio (in particolare, diritti reali immobiliari) [30]. E si può scorgere un isolato tentativo di riordino in una sentenza, che spiegava *ex professo* che la conformazione contenutistica delle situazioni giuridiche soggettive ammette differenziazioni, mentre la regolamentazione dei rapporti interindividuali impone uniformità: sentenza uscita – guarda caso – dalla penna di Luigi Mengoni [31].

**4.** − L'avvio del nuovo millennio ha segnato un ulteriore rivolgimento nella vicenda del diritto privato regionale. Protagonisti di questo cambiamento sono stati in ordine di tempo: la (solita) Corte costituzionale; il (già menzionato) riformatore del titolo V; e un altro civilista genovese allievo di Rodotà: Vincenzo Roppo.

Nel novembre 2001, la Consulta [32] affermava che l'«ordinamento del diritto privato» costi-

---

[29] Sull'andamento schizofrenico della giurisprudenza di quel periodo v. le osservazioni critiche di V. ROPPO, *Diritto privato regionale?,* cit., 21 e A. M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 73 ss.

[30] A notare questa propensione fu, per primo, P. VITUCCI, *Il diritto privato e la competenza legislativa delle Regioni in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, t. II, Milano, 1999, 1718 ss., nell'ambito di un tentativo di sistematizzazione *ratione materiae* del diritto vivente costituzionale. L'Autore riporta, a mo' d'esempio, le sentenze emesse da Corte cost. 27 luglio 1995, n. 408, in *Giur. cost*., 1995, 2911 ss. e Corte cost. 7 novembre 1994, n. 379, in *Foro it*., 1995, I, 21, in favore della competenza del legislatore regionale a conformare il contenuto del diritto di proprietà. Inoltre, come perspicacemente rilevato da V. ROPPO, *Diritto privato regionale?,* cit., 24 ss. – la propensione della Consulta a salvare la legislazione regionale privatistica si estende anche ad istituti diversi dai diritti reali immobiliari, purché in qualche modo inerenti al territorio: significativa in questo senso è la giurisprudenza costituzionale sulla disciplina della successione ereditaria del maso chiuso (cfr., Corte cost. 25 maggio 1987, n. 188, in *Giur. it*., 1989, I, 1, 445 ss.; e Corte cost. 17 aprile 1985, n. 103, in *Giust. civ*., 1985, I, 1876 ss.).

[31] Corte cost. 11 luglio 1989, n. 391, in *Le Regioni*, 1990, 1594 ss., con nota di De Martin. Il giudizio verteva su di una legge della Regione Piemonte che nel creare una nuova riserva naturale ricomprendeva al suo interno delle terre precedentemente destinate all'esercizio di usi civici. Al fine di negare che la norma censurata violasse l'art. 117 Cost., la Corte argomentava che «[l]a preclusione al potere legislativo regionale di interferenze nella disciplina dei diritti soggettivi riguarda i profili civilistici dei rapporti da cui derivano, cioè i modi di acquisto e di estinzione, i modi di accertamento, le regole sull'adempimento delle obbligazioni e sulla responsabilità extracontrattuale, i limiti ai diritti di proprietà connessi ai rapporti di vicinato, e via esemplificando», mentre detta preclusione non opera «per quanto attiene alla normazione conformativa del contenuto dei diritti di proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale».

[32] Corte cost. 6 novembre 2001, n. 352, in *Foro it.*, 2001, I, 2733 ss. Oggetto del giudizio era una legge della Regione Toscana in materia di spese relative ai servizi a rimborso, dovute dagli assegnatari di alloggi di edilizia pubblica residenziale (i.e. i conduttori), con la quale si prevedeva che tali somme dovessero essere versate direttamente all'amministrazione del condominio, alla quale compete pure la legittimazione ad agire contro gli inquilini morosi: tutto ciò in deroga a quanto previsto dalla disciplina nazionale dei rapporti condominiali (artt. 1117-1139 c.c.), secondo cui il condominio ha come debitori solo i proprietari delle unità abitative, e non anche i conduttori degli alloggi.



tuisce un limite che attraversa, a tutela dell'uguaglianza, tutte le materie attribuite alla potestà legislativa regionale, ma che, a salvaguardia dell'autonomia, deve arretrare ogniqualvolta la norma emanata realizzi un adattamento ragionevole; e ragionevole – proseguiva Franco Bile, estensore della sentenza – può ritenersi l'adattamento che risulti in stretta connessione con una materia di competenza della Regione, persegua finalità apprezzabili, ed impieghi, all'uopo, strumenti necessari ed adeguati [33]. In questo modo, la Corte realizzava una nitida apertura al diritto privato regionale [34], ponendosi quindi, sotto questo profilo, in continuità con la giurisprudenza anteriore. Ma, per altro aspetto, questa decisione si discostava dai suoi immediati precedenti. Difatti, dopo aver ravvisato nella ragionevolezza il criterio di soluzione del conflitto, la Corte lo impiegava per valutare la "bontà" intrinseca della norma sotto scrutinio, senza interrogarsi sulla tollerabilità o meno della lesione da essa arrecata all'uniformità del diritto privato. Sicché, il giudizio di costituzionalità veniva focalizzato sul *carattere (ragionevole) della legge regionale*, trascurando, nuovamente, il *carattere (composito) del diritto privato.*

Appena due giorni dopo il deposito della decisione, il legislatore riscriveva l'art. 117 Cost., assegnando la materia dell'«ordinamento civile» alla competenza esclusiva dello Stato: con una formulazione ambigua; ma che, secondo una delle sue possibili letture, pareva rievocare lo schema concettuale ed operativo – diritto privato = materia (preclusa alle Regioni) – invalso nella giurisprudenza costituzionale di trent'anni prima.

Nel maggio del 2002, intuendo il rischio di un simile arretramento, Vincenzo Roppo è intervenuto sul tema del diritto privato regionale; e prima ancora che la Consulta imboccasse un nuovo corso, ha tentato di indicare la strada maestra.

Preliminarmente, Roppo consigliava di non dar troppo peso alle nomenclature o alle qualifiche impiegate dal legislatore, e di preoccuparsi, piuttosto, di non «contraddire in modo frontale il senso dell'itinerario percorso» [35] dal diritto vivente costituzionale. Consiglio che, piegato al caso di specie, suonava: il riformatore ha scritto "materia dell'ordinamento civile"; ma, utilizzando l'argomento storico, l'interprete può continuare a leggere "limite del diritto privato" [36].

Rimosso per tal modo l'elemento di possibile frattura, Roppo poteva quindi riannodarsi al passato più recente per valorizzare lo spunto innovativo contenuto nella sentenza Bile. Non si

---

[33] Tutte condizioni che – secondo Corte cost. n. 352/2001 – sono rispettate dalle disposizioni regionali sotto scrutinio, giacché esse: risultano strettamente connesse alla materia «edilizia residenziale pubblica» di esclusiva competenza regionale; perseguono l'obiettivo di «agevolare l'amministrazione dell'ente pubblico proprietario dell'alloggio»; ed assicurano al conduttore il «godimento dell'alloggio assegnato» verso il pagamento di «un canone sociale, come tale meno gravoso».

[34] O meglio – come correttamente notato da E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, 77 – la sentenza n. 352/2001, cit., realizzava «la più ampia apertura nei confronti del 'diritto privato regionale' dell'intero arco dei quarantacinque anni di attività del giudice delle leggi».

[35] L'espressione tra virgolette è tratta da V. ROPPO, *Diritto privato regionale?,* cit., 29.

[36] All'indomani della riforma costituzionale, suggerivano di impiegare l'argomento storico ai fini dell'interpretazione dell'art. 117, comma, 3, lett. l), Cost. anche P. SCHLESINGER, *Ordinamento civile*, in AA. VV., *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Milano, 2003, 28 e P. VITUCCI, *Proprietà e obbligazioni: il catalogo delle fonti dall'Europa al diritto privato regionale*, in *Europa e dir. priv*., 2002, 750 ss.



trattava, peraltro, di un'operazione meramente conservativa; bensì, più propriamente, di un progetto di perfezionamento.

Difatti se, da un canto, egli riconosceva alla Corte costituzionale il merito di aver individuato nella ragionevolezza il criterio capace di mediare tra il valore dell'autonomia e il principio di uguaglianza, d'altro canto, le rimproverava di averne fatto un uso ridotto. Per realizzare un adeguato bilanciamento tra autonomia normativa ed uguaglianza di trattamento giuridico, osservava Roppo, non basta assicurarsi che la prima venga esercitata correttamente, vagliando la "bontà" intrinseca della legge regionale; ma occorre altresì accertare che la seconda non risulti – comunque – eccessivamente compromessa, verificando che la variante localistica – sebbene di per sé ragionevole – non sacrifichi in maniera intollerabile l'esigenza di uniformità del diritto privato. Traducendo il ragionamento in un esempio: una norma regionale che, nel disciplinare la materia «tutela della salute», riconducesse *ratione loci* la responsabilità del medico dipendente nell'alveo di quella contrattuale, potrebbe passare il primo vaglio; ma difficilmente riuscirebbe a superare anche il secondo [37].

Al giudizio sulla *ragionevolezza intrinseca* della norma regionale, Roppo raccomandava, quindi, di far seguire un ulteriore giudizio teso a valutarne la *ragionevolezza estrinseca*; segnalando, in vista di questo secondo esame, la necessità di svolgere un «lavoro complicato» [38]: vale a dire, di procedere all'identificazione di quel "nucleo duro" del diritto privato che deve ritenersi ontologicamente inderogabile. E, (forse) memore della deludente prova offerta dalla Corte costituzionale sul finire del secolo scorso, esortava la dottrina civilistica a mettere la propria sensibilità culturale al servizio della giurisprudenza, sì da orientarla nel compimento di siffatto lavoro.

Per parte Sua, Roppo si limitava a fissare alcune direttrici iniziali, suggerendo in particolare: di muovere dalla consapevolezza che non tutte le aree del diritto privato sono intrise alla stessa maniera dal principio di uguaglianza, e che alcune di esse (e precisamente: quelle regolate dai primi tre libri del codice civile [39)] sono particolarmente esposte alle istanze locali; di sforzarsi di distinguere, all'interno di ciascun settore, le discipline fondanti dalle regole di dettaglio; e, da ultimo, di considerare che persino il "nucleo duro" del diritto privato può sopportare intrusioni innocue, come quelle realizzate da leggi regionali prevalentemente dirette a regolare l'azione pubblica, ovvero da disposizioni statutarie a contenuto programmatico.

---

[37] Oppure – questo l'esempio fatto da V. ROPPO, *Diritto privato regionale?,* cit., 43 – una norma regionale «che nella disciplina di qualche materia di competenza della Regione implicante obbligazioni pecuniarie (e quindi in connessione con tale materia), [stabilisse] in misura fissa il tasso dei corrispondenti interessi legali […] dovrebbe considerarsi – al primo livello di giudizio – perfettamente ragionevole [m]a essa riuscirebbe senza dubbio irragionevole al secondo livello di giudizio».

[38] Così V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, cit.

[39] In questo senso si esprime V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, cit., 1316. In un primo tempo, V. ROPPO, *Diritto privato regionale?,* cit., 44 aveva invece ipotizzato «che il diritto privato delle persone e della famiglia presenti la resistenza massima» alla legislazione regionale e che «il diritto privato patrimoniale presenti [invece] una resistenza complessivamente minore».



Sull'ordito così predisposto da Roppo, un altro privatista di scuola genovese ha successivamente tessuto la trama. Mi riferisco ad Alberto Benedetti, autore di uno studio monografico pubblicato nel 2008 ed interamente dedicato a *Il diritto privato delle Regioni*. Leggendo la seconda parte dell'opera, si assiste ad un lavoro di minuziosa mappatura dell'ordinamento privato, che alfine rivela come non esista, in seno ad esso, alcuna zona completamente impermeabile alle leggi regionali [40]. Tale non è, ad esempio, l'istituto del contratto, ancorché la «potenza planetaria della tecno-economia» [41] tenda viepiù a sradicarlo dalla dimensione concreta delle comunità locali, per condurlo entro lo spazio artificiale del mercato globale [42]; e neppure il sistema della responsabilità civile, malgrado che le sue molteplici sfumature sanzionatorie possano istintivamente far propendere per l'attribuzione di un monopolio legislativo allo Stato [43]. Conclusioni queste – ed altre, su cui non vi è il tempo di indugiare – a cui l'Autore giunge, dando ripetutamente prova dell'apporto che (soltanto) la cultura del civilista può offrire al tema del diritto privato regionale. Mi limito a citare l'intuizione, secondo cui alcune clausole generali – buona fede, diligenza, correttezza, danno ingiusto – potrebbero costituire altrettante valvole di apertura dell'ordinamento privato alle leggi regionali [44]; leggi regionali che potrebbero cioè assolvere – in virtù del principio di sussidiarietà verticale – una funzione di concretizzazione analoga a quella che, già, comunemente svolgono – in ossequio alla sussidiarietà orizzontale – fonti non legislative (quali codici deontologici e di condotta, linee guida, protocolli, e via dicendo) [45].

**5.** – Insomma, il «lavoro complicato», che Vincenzo Roppo suggeriva all'indomani della riforma del titolo V, è stato fatto. Eppure, nonostante l'impegno profuso dalla dottrina civilistica genovese, la Corte costituzionale non se l'è sentita di tradurre in pratica la proposta teorica incentrata sul duplice vaglio di ragionevolezza; e – come la riformulazione dell'art. 117 Cost. poteva lasciar presagire – ha invece preferito ripristinare il più semplice (e semplicistico) approccio materiale, già sperimentato nel corso degli anni settanta [46].

---

[40] V. A. M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 127 ss.

[41] L'espressione riportata tra virgolette è di N. IRTI, *op. cit.*, 699.

[42] Un esempio di norma regionale in tema di contratto è quella contenuta nell'art. 22 della legge Reg. Valle d'Aosta 1 aprile 2004, n. 3, recante «Nuova disciplina degli interventi a favore dello sport», la quale regola lo schema-tipo e la durata dei contratti di sponsorizzazione che la Regione intenda stipulare con atleti o altri soggetti residenti nel suo territorio.

[43] Un esempio di norma regionale in materia di responsabilità civile è quella contenuta nell'art. 55 della legge Reg. Piemonte 4 settembre 1996, n. 70, recante «Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio», che ascrive alle aziende faunistico-venatorie la responsabilità extracontrattuale per i danni cagionati dalla fauna selvatica anche se non sotto la loro custodia, realizzando per tal modo un allargamento della fattispecie contemplata dall'art. 2052 c.c.

[44] Cfr. A. M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 206, 212, e 219 s.

[45] Per approfondimenti sull'argomento, si veda AA. VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, vol. I, Torino, 2014.

[46] Così, *ex multis,* Corte cost. n. 369/2008 ha dichiarato illegittima una legge regionale lombarda, che imponeva di



Sono molteplici – al di là del dato testuale – le ragioni in grado di chiarire la scelta, compiuta dalla Consulta, di chiudere ogni spazio alla legislazione privatistica regionale, declinando la proposta genovese. Innanzi tutto, il giudice delle leggi potrebbe aver scorto nel tasso di discrezionalità immanente al giudizio di ragionevolezza un possibile incentivo alla normazione privatistica delle Regioni e, di conseguenza, il rischio di un indesiderabile incremento dei conflitti di competenza fra centro e periferia. Inoltre, la Corte si è verosimilmente lasciata trascinare dallo spirare del vento europeo, che – com'è noto – preme verso l'uniformazione delle regole giuridiche, piuttosto che verso la loro frantumazione. Ed infine, va detto che la recente giurisprudenza in tema di diritto privato regionale riflette le alterne vicende dell'entusiasmo federalista che, dopo aver condotto alla genesi ed all'approvazione della riforma del titolo V, si è progressivamente affievolito, cedendo il passo ad una nuova ondata di centralismo, principalmente, dovuta alla crisi economica e finanziaria [47].

Se quindi, per le ragioni anzidette, la ricostruzione teorica stimolata da Vincenzo Roppo non è riuscita sinora ad orientare il corso della giurisprudenza costituzionale, quell'idea sembra invece aver influenzato la letteratura giuridica successiva: per averne prova, basta leggere la voce *Diritto privato regionale* introdotta, di recente, nel *Digesto delle discipline privatistiche* [48].

---

ottenere l'autorizzazione dell'assemblea condominiale per svolgere attività di *bed & breakfast*, perché attinente all'ordinamento civile; Corte cost. n. 295/2009 ha dichiarato illegittima una legge regionale pugliese, che impediva ai privati di concordare la ripartizione delle quote di spettanza nella catena di distribuzione dei farmaci, motivando che il contratto e, specificamente, l'autonomia privata non può essere oggetto di discipline regionali; Corte cost. n. 162/2013 ha dichiarato illegittima una legge regionale laziale, che regolava la responsabilità civile dei piloti di velivoli e del gestore di avio superfici, poiché afferente alla materia dell'ordinamento civile; Corte cost. n. 290/2013 ha dichiarato illegittima perché riguardante l'ordinamento civile, la legge regionale lucana, secondo cui, qualora le strutture private accreditate dal S.s.r. risultassero inadempienti nel pagamento delle retribuzioni dovute al proprio personale, le aziende sanitarie, previa diffida a pagare, avrebbero potuto sospendere i pagamenti dovuti alle strutture private e sostituirsi alle strutture stesse. Corte cost. n. 97/2014 ha dichiarato illegittima la legge regionale umbra, che prevedeva che l'esecutore a qualsiasi titolo di lavori di ripristino di immobili di proprietà privata di importo pari o superiore a 150.000 euro dovesse essere in possesso di attestazione di qualificazione rilasciata da una società organismo di attestazione, perché incidente sull'autonomia negoziale dei privati. Corte cost. n. 228/2016 ha dichiarato illegittima la legge regionale toscana che attribuiva i beni estimati (cave delle Alpi apuane) al patrimonio indisponibile dei comuni di Massa e di Carrara, motivando che il regime proprietario dei beni, siano essi pubblici o privati, fa parte dell'ordinamento civile e, quindi, solo lo Stato può adottare norme tese a regolarlo.

Le uniche leggi regionali che la Consulta salva dalla declaratoria d'incostituzionalità sono quelle che hanno un oggetto di diritto privato in senso improprio (così, per esempio, Corte cost. n. 318/2009 ha reputato legittima la legge regionale ligure che prevede un onere di trascrizione del vincolo pertinenziale parcheggio/immobile al fine di ottenere l'esenzione dal contributo di costruzione), ovvero che hanno un contenuto privatistico programmatico (così, per esempio, Corte cost. n. 94/2011 sulla legge regionale ligure che si prefigge l'obiettivo di garantire a ciascuno la parità d'accesso ai servizi pubblici e privati, eliminando ogni potenziale fattore di discriminazione).

[47] È ben nota la correlazione esistente tra momenti di difficoltà economica e tendenze al rafforzamento del centro. Ciò è storicamente attestato ad esempio: nell'esperienza degli Stati Uniti d'America, dall'interpretazione estensiva dei poteri federali (enumerati dall'art. 1 della Costituzione) fatta dalla Corte Suprema negli anni successivi alla grande depressione del 1929; in Germania, dall'incisivo uso della *konkurrierende Gesetzgebung* (contenuta nell'art. 72 del *Grundgesetz*) fatta dal *Bund* per estendere le proprie competenze a scapito di quelle dei *Länder*, di modo da riuscire a gestire organicamente la ricostruzione del Paese negli anni del dopoguerra; e presso di noi, dal faticoso avvio delle regioni ordinarie negli anni della ripresa postbellica (v. R. BIN e G. FALCON, *op. cit.*, 14 s., 21 s., 79 s.)

[48] A. MUSIO, voce *Diritto privato regionale*, in *Dig. (disc. priv.),* Agg., Torino, 2012, 362 s. riprende pedissequamente la teorizzazione proposta da Vincenzo Roppo.



Ma soprattutto, al di là di questo (pur significativo) risultato scientifico, paiono profilarsi dall'attuale scenario politico taluni segnali di ripresa dell'anelito autonomista: alludo, segnatamente, alla reiezione popolare della riforma costituzionale del 2016, che prevedeva una ridefinizione *in pejus* delle competenze legislative regionali e l'attribuzione allo Stato di un più netto potere di supremazia [49]; alle iniziative intraprese, in questi ultimi mesi, da parte delle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna al fine di conseguire le forme e le condizioni particolari di autonomia prefigurate dall'art. 116, co. 3, Cost.; ed infine, al tentativo di secessione perpetrato dalla comunità catalana durante l'autunno appena trascorso. Inoltre, nell'odierno quadro istituzionale sembrano schiudersi alcuni nuovi spazi per l'impiego concreto della teorizzazione elaborata dai civilistici genovesi: spazi che non si collocano dentro al Palazzo della Consulta e, perciò, al cuore del conflitto tra centro e periferia; bensì, all'interno di alcune sedi di confronto tra Stato e Regioni e, quindi, a monte del procedimento legislativo. Per esempio, la topografia del diritto privato, disegnata in funzione della sua resistenza alla diversità locale, potrebbe servire alla Conferenza Stato-Regioni per concordare, in relazione a singole materie, quali profili civilistici debbano risultare necessariamente uniformi ed in quali ambiti il legislatore regionale resti invece libero di agire [50]. Oppure, quella teorizzazione potrebbe trovare qualche risvolto applicativo nel contesto dell'intesa che, a breve, lo Stato dovrà raggiungere con le Regioni intenzionate ad ottenere lo *status* di autonomia differenziata di cui all'art. 116, co. 3, Cost. [51].

Dunque, malgrado la resistenza opposta dalla Corte costituzionale, esiste il modo per evitare di disperdere la sostanza (anche) politica del contributo che la sensibilità culturale dei civilisti genovesi ha dato al tema del diritto privato regionale. Ferma restando, naturalmente, la possibilità che, nel prossimo futuro, la dottrina privatistica dia vita ad un «dibattito corale» capace di orientare anche il giudice delle leggi verso l'adozione di soluzioni che rappresentino una sintesi bilanciata tra peculiarità (locali) e uniformità (di sistema).

---

[49] Segnatamente, la riforma costituzionale prevedeva l'eliminazione delle competenze concorrenti, il trasferimento allo Stato di diverse attribuzioni normative regionali, ed una clausola c.d. di supremazia, in virtù della quale il legislatore nazionale avrebbe potuto intervenire in materie non assegnate dalla Costituzione ala competenza esclusiva dello Stato ove necessario a tutelare l'unità giuridica o economica del Paese oppure l'interesse nazionale.

[50] Sul ruolo che la Conferenza Stato-Regioni potrebbe assolvere in funzione della definizione del riparto di competenze legislative in ordine alle singole materie si veda la proposta avanzata da R. BIN, *Dopo il referendum: puntare seriamente sulla leale cooperazione*, in *Le Regioni,* 2016, 794 ss.

[51] Come, del resto, aveva preconizzato A. M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 167, nt. 74. Deve precisarsi, però, che tra le materie richiamate dall'art. 116, comma 3, Cost. non vi è l'«ordinamento civile», ma compaiono materie che possono presentare interferenze con quest'ultimo: così, ad esempio, la materia «tutela dell'ambiente» può lambire la disciplina della responsabilità extracontrattuale, la materia «tutela dei beni culturali» può intersecare l'istituto della proprietà, la materia «tutela e sicurezza del lavoro» può toccare la regolamentazione del contratto o del rapporto di lavoro.

JUS CIVILE



*ANDREA MARIA GAROFALO*

*Professore a contratto – Università di Trieste*

# LA CAUSA: UNA "STORIA DI SUCCESSO"? (A PROPOSITO DELLE OPERE DI VINCENZO ROPPO SULLA CAUSA DEL CONTRATTO)*

SOMMARIO: *1. Introduzione: dall'adesione alla critica della causa concreta? – 2. La causa del contratto nelle opere di Vincenzo Roppo. – 3. L'autonomia privata e il "senso" del contratto. – 4. La causa come "valore concreto". – 5. Una forma visibile per la causa. – 6. La causa concreta nella giurisprudenza attuale: interpretazione, ricostruzione e meritevolezza del contratto. – 7. La causa concreta nella giurisprudenza attuale: irrealizzabilità dell'assetto di interessi. – 8. Conclusione.*

**1.** – In un recente e noto saggio, apparso nel 2013 sulla *Rivista di diritto civile* e intitolato *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito?* [1], Vincenzo Roppo ha manifestato alcune perplessità circa l'attuale utilizzo giurisprudenziale della causa concreta.

I dubbi sollevati hanno suscitato negli interpreti italiani la massima attenzione, anche perché provengono da un autore che, sebbene oggi si mostri deluso dalle modalità con cui la giurisprudenza fa uso della causa in concreto, in passato è stato tra i più ferventi sostenitori della necessità di considerare, per l'appunto, la causa nella dimensione concreta di ogni singolo accordo.

Vivo è infatti il ricordo di quelle opere, elaborate in seno alla scuola genovese tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta, a firma di Bessone, Alpa e Roppo, dedicate alla causa del contratto e a vari istituti limitrofi [2]. In esse si proponeva una lettura della causa tale da collocare quest'ultima nella concretezza del singolo specifico contratto; una lettura che offriva una nuova interpretazione delle disposizioni del codice e che però, pur venendo accolta con favore dalla dottrina, ha dovuto attendere proprio sino al recente *revirement* della Corte di cassazione sulla causa concreta per fare breccia nelle motivazioni esplicite delle sentenze [3].

---

* Lo scritto riproduce con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno "Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo".

[1] V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 ss.

[2] Cfr. § 2.

[3] V. spec. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, 2203, con nota di G. BOSCHETTI, e già Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Giur. it.*, 2007, 867, con nota di S. SORRENTINO; Cass. 14 novembre 2005, n. 22932, in *Riv. dir. trib.*, 2006, II, 690, con nota di F.M. GIULIANI.



Oggi invece Roppo mette in guardia rispetto a un uso troppo disinvolto della causa in concreto. Debbo però subito precisare che, se ciò avviene, non è certo perché lo studioso ha mutato la sua opinione [4].

A esser cambiato, semmai, è il contesto giurisprudenziale, proprio a seguito del *revirement* degli anni 2005-2006 [5]. Quanto al pensiero dell'autore, si deve anzi riconoscere come tutti i suoi scritti dedicati alla causa, dai più risalenti sino a quello più recente del 2013, siano attraversati da uno stesso filo rosso: nel merito, la tesi che vi viene sviluppata è restata nel suo nucleo uguale a se stessa, venendo semmai ulteriormente arricchita; nel metodo, l'attenzione dell'autore è rimasta costantemente rivolta ad assecondare le stesse esigenze di chiarezza e, al tempo stesso, di rigore e adeguatezza.

A voler ulteriormente sintetizzare, mi pare indubitabile che la cifra di queste opere sia l'equilibrio: in esse convivono il rigore dogmatico e lo sguardo pragmatico, l'originalità nella ricostruzione della causa e il recupero dei profili più convincenti delle tesi formulate da altri autori.

Proprio per queste ragioni le opere di Roppo dedicate alla causa del contratto costituiscono un punto d'osservazione privilegiato per considerare questo istituto e l'applicazione giurisprudenziale che esso ha ricevuto negli anni, oltre che un modello di metodo per il giurista.

Conviene però, per confermare questo giudizio, procedere ora per gradi: e, in particolare, iniziare dal considerare le opere, risalenti agli anni Settanta e aventi per lo più la forma di articoli su rivista e note a sentenza, con cui Roppo prendeva per la prima volta posizione sulla causa del contratto.

**2.** – Lo sfondo su cui le opere poc'anzi richiamate si innestano è ben noto. Il codice italiano aveva accolto la teoria bettiana della causa come funzione economico-sociale, richiedendo tanto la presenza di una causa, quanto la sua "idoneità" (ossia la "meritevolezza") [6]. La giurispruden-

---

[4] Del resto, uno spunto in tal senso era già nell'opera in cui Roppo dava l'ultima e più aggiornata sistemazione alle sue tesi in materia di causa, ossia in V. ROPPO, *Il contratto*[2], in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 345.

[5] Oltre a Roppo, di recente si sono soffermati in linea generale su questo sviluppo giurisprudenziale tra gli altri C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 256 ss.; M. MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo* idolum fori, in *Corr. giur.*, 2013, 1441 ss.; F. DELFINI, *Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito: dai contratti di viaggio ai derivati sul rischio di credito*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2013, 1363 ss.; L. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione. Raccolta di studi in memoria di Antonio Brancaccio*, VII, 2013, Milano, 55 ss.; R. CATALANO, *La causa contrattuale nell'"uso" della giurisprudenza*, in *Dir. giur.*, 2011, 513 ss.; R. SGROI, sub *art. 1325 c.c.*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV Delle obbligazioni (artt. 1321-1361)*, a cura di R. Sgroi, con il coordinamento di S. Ruperto, Milano, 2011, spec. 337 ss. Cfr., infine, AA.VV., *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, a cura di F. Alcaro, Milano, 2016.

[6] Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XV, 2, Torino, 1943, 112 ss. e 234 ss. (e, poi, v. ID., *Teoria generale del negozio giuridico*[2], ristampa a cura di G. Crifò, Na-



za, dal canto suo, sin dagli anni Cinquanta aveva aggravato le conseguenze di tale tesi ben oltre i propositi del suo autore [7], escludendo almeno nelle declamazioni ogni rilievo dello "scopo pratico pattizio" e appiattendo l'indagine causale su quella del tipo [8].

Ben presto la dottrina italiana aveva avvertito la necessità di declinare diversamente la causa, affrancandola dal riferimento al tipo [9]: la tesi tralatizia, infatti, sterilizzava la causa e impediva

---

poli, 2002, 189 ss. e 372 ss., nonché ID., *Causa del negozio giuridico*, in *N.ssimo Dig.*, III, Torino, s.d. [ma 1959], 32 ss.; già ID., *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 210). Quanto al codice civile, gli articoli d'interesse sono i seguenti: 1322, comma 2; 1325, n. 2; 1343-1345; 1418, comma 2 (oltre a disposizioni più specifiche, tra cui, ad esempio, gli artt. 1234, 1876 e 1895 c.c.); v. pure la *Relazione al Codice civile*, nn. 603 e 613 ss.

[7] Solitamente s'imputa a Betti di aver, con la sua teoria della funzione economico-sociale, intirizzito la causa del contratto (cfr. proprio V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 343 s., il quale opportunamente avverte come le critiche in realtà vadano sollevate nei confronti della formula breviloquente che ha sintetizzato la complessa tesi bettiana; v. pure F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in *Ragionare per decidere*, a cura di G. Bombelli e B. Montanari, Torino, 2015, 70). Non deve però dimenticarsi come l'autore chiarisse che della causa doveva essere verificata anche la realizzabilità concreta (cfr. E. BETTI, *Teoria*[2], cit., 386 s. e 389) e come egli supplisse in vario modo alle rigidità della sua teoria: in particolare, ammettendo comunque in talune circostanze la rilevanza causale del peculiare scopo pratico pattizio (ad esempio, in sede di valutazione della liceità della causa – in presenza, peraltro, di una concezione dell'illiceità dell'oggetto volta ad ampliarne molto la latitudine: *ivi*, 232 ss., 371 s. e 386 s. –) e demandando in altri casi l'apprezzamento dell'intento pratico a istituti differenti, ma parimenti lontani dalle tesi iper-volontaristiche (ad esempio, tramite il richiamo dell'interpretazione integrativa – *ivi*, 512 ss. –, con cui lo studioso rimpiazzava tra l'altro la teoria della *Voraussetzung*, dimostrandosi in pari tempo alquanto moderno: cfr. infatti oggi sul § 313 BGB T. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung bei Individualabreden*, in *AcP*, 2013, 643 ss.). La pretesa rigidità della sistematica bettiana non stava nemmeno nella giustapposizione dell'aggettivo "sociale" al termine "funzione" (giacché, come meglio vedremo, non vi è autonomia al di fuori di categorie sociali, recepite e declinate dal diritto, che l'ammettano e ne fissino le regole, e che di conseguenza reggeranno anche i profili più peculiari e concreti del patto), ma, semmai, soprattutto nell'idea per cui la causa non poteva che essere quella social-tipica, derivante dalla ripetizione del negozio nella prassi (e – ma con questo si passa al piano delle letture che dell'opera di Betti possono offrirsi – probabilmente nella chiusura che l'operazione qualificatoria manifestava nei confronti del piano concreto, a fronte di una esplicita scelta pattizia della struttura negoziale: chiusura a sua volta derivante dalla statica distinzione teorica tra funzione economico-sociale scelta dalle parti e intento pratico delle stesse). A parte restava, ovviamente, tutto il tema della "meritevolezza" (ossia dell'idoneità della causa): su cui brevemente nt. 133.

[8] Di «funzione economico-sociale» parlavano già Cass. 28 febbraio 1946, n. 217, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 149, e Cass. 7 maggio 1955, n. 1299, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1075 (nel vigore del vecchio codice Cass. 10 aprile 1940, *Foro it. Rep.*, 1940, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 86). La rigidità traspare chiaramente da Cass. 14 marzo 1961, n. 565, in *Giust. civ.*, 1961, I, 991, e da Cass. 7 aprile 1971, n. 1025, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1796. A dire il vero, talune sentenze aprivano alla considerazione della «causa reale», dell'«interesse concreto sottostante alla causa [che] si comunica a questa», dello «scopo o intento comune», della «causa effettiva», dello «scopo pratico immediato». Rispettivamente Cass. 28 agosto 1952, n. 2781, in *Foro it. Rep.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 178; Cass. 13 giugno 1957, n. 2213, in *Foro it. Rep.*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 147; Cass. 29 aprile 1961, n. 985, in *Foro it.*, 1962, I, 765, con nota di G. CEVOLOTTO; Cass. 2 agosto 1969, n. 2913, in *Foro it.*, 1969, I, 2407, con nota di G. PERA; Cass. 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1970, I, 1367. In dottrina riferimenti in M. DI PAOLO, *Nuovi orientamenti in tema di causa del negozio giuridico*, in *Foro it.*, 1974, I, 228 (e più di recente G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, 144, nt. 2), e soprattutto in G. TAMBURRINO, *Osservazioni su un nuovo orientamento della Corte di cassazione in tema di causa del negozio giuridico, in Scritti giuridici in memoria di Barberio Corsetti*, Milano, 1965, 723 ss.

[9] In realtà, ciò avveniva secondo percorsi ben differenti: ora coniugando la causa in una dimensione molto generale e, così, legandola ai problemi della giuridicità (G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, 76 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 574 ss.), ora, invece, ponendo l'accento sulla dimensione individuale (G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 250 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 215, 228, 244, 247, 259, 261 s., 280; più di recente C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III[2], *Il contratto*, Milano, 2000, 447 s.); ora, infine, concentrando l'attenzione sulla qualificazione, al fine di spezzarne il legame con



di guardare alla concretezza del fenomeno contrattuale per il tramite di questo istituto, tanto che la giurisprudenza italiana si trovava di frequente a utilizzare, a tal fine, la teoria eccessivamente volontaristica della *Voraussetzung* [10].

È ben noto, del resto, come i giudici tedeschi, francesi e inglesi si servissero, nello stesso frangente temporale, di strumenti raffinati che permettevano di osservare con oggettività il contratto, al fine di apprezzarne tutta l'economia complessiva, ben oltre i confini del tipo: si trattava della dottrina della *Geschäftsgrundlage* [11], della *cause du contrat* francese [12] e delle *implied conditions* inglesi [13].

È merito della scuola genovese [14], e ovviamente in primo luogo di *Adempimento e rischio contrattuale* di Mario Bessone, aver sottolineato come le formule delle sentenze italiane fossero spesso mentitorie, nascondendo in frequenti occasioni una ben maggiore apertura verso la considerazione dei peculiari interessi pattizi, e come il migliore strumento per far emergere questa

---

l'idea più rigida di causa (oltre alla stessa opera di G.B. Ferri, si v. soprattutto G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 59 ss.).

[10] In altri termini, la teoria della funzione economico-sociale non si combinava con l'utilizzo di altri strumenti moderni al fine di considerare l'aspetto oggettivo-concreto dell'accordo (quali quelli suggeriti dallo stesso Betti), ma, tutt'al più, con una reviviscenza dell'originaria tesi di Windscheid sulla presupposizione. Cfr. ad esempio Cass. 10 dicembre 1976, n. 4601, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1894, su cui v. il commento di M. Bessone, *Presupposizione, "oggettività" delle circostanze e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio*, oggi in G. Alpa-M. Bessone-E. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 307 ss.; ma v. anche Cass. 8 settembre 1970, n. 1328, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1980, con nota di E. Roppo; Cass. 17 settembre 1970, n. 1512, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 211, con nota di E. Roppo, e in *Foro pad.*, 1972, I, 265, con nota di M. Bessone (quest'ultima decisione, peraltro, assai ambigua nell'alternare oggettivismo e volontarismo); Cass. 2 agosto 1977, n. 3384, in *Foro it.*, 1979, I, 1036, con nota di M. Bessone.

[11] Cfr. nt. 15.

[12] V. oggi, e comunque prima della recente riforma, spec. H. Mazeaud-L. Mazeaud-J. Mazeaud, *Leçon de droit civil*, II, 1, *Obligations théorie générale*[9], par F. Chabas, Paris, 1998, 260; J. Carbonnier, *Droit civil*, 4[22], *Les obligations*, Paris, 2000, 126; F. Terre-P. Simler-Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*[8], Paris, 2002, 338 s.; P. Malaurie-L. Aynes-P. Stoffel-Munck, *Les obligations*[4], in *Droit civil*, par P. Malaruie e L. Aynés, Paris, 2009, 314; J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, 2006, 115 ss.

[13] Cfr. in particolare G. Treitel, *The Law of Contract*[11], London, 2003, 201 ss.; E. McKendrick, *Contract Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2003, 155 s.; J. o' Sullivan-J. Hilliard, *The Law of Contract*, Oxford, 2012, 167 ss.

[14] M. Bessone, *Adempimento*, cit., spec. 270, 273 e 282 s.; Id., *Principio della presupposizione e "interpretazione" del contratto*, in *Foro pad.*, 1972, I, spec. 269, nonché Id., *"Essenzialità" dell'errore, previsioni economiche e disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 884 s.; Id., *"Causa" e "motivo" nella disciplina del testamento*, in *Giur. it.*, 1972, I, 731; Id., *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1254 e 1257 s.; Id., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli* obiter dicta *della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, 281; Id., Obiter dicta *della giurisprudenza, l'accertamento della "causa" reale dei contratti, gli equivoci sulla funzione economico-sociale del negozio*, in *Riv. not.*, 1978, 950; Id., *Causa tipica e "motivo" del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1104; E. Roppo, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, 2379 ss.; Id., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di "presupposizione"*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 218; G. Alpa, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1507 ss. Alcuni di questi scritti sono racchiusi nel volume collettaneo G. Alpa-M. Bessone-E. Roppo, *Rischio*, cit. (ove v. in particolare M. Bessone-E. Roppo, *Il problema della causa nei suoi profili attuali. [Materiali per una discussione]*, 11 s.). V. pure F. Macario, *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 158 ss.



valutazione e, quindi, per darle forma giuridica non fosse la ricerca di una volontà psichica, come invece sottinteso dalla teoria della "condizione implicita" windscheidiana [15], ma proprio la ricerca della "causa" intesa come funzione del singolo specifico contratto.

Roppo contribuì fortemente, con le sue opere pubblicate negli anni Settanta e dedicate alla causa, a diffondere questo orientamento; e ciò fece, non senza offrire diversi spunti originali, che subito passo a considerare.

Lo studioso rilevava anzitutto come la teoria della funzione economico-sociale soffrisse di rigidità, non consentendo di apprezzare la reale ragione giustificativa del contratto [16]. Essa, d'altro canto, veniva sconfessata dalla stessa giurisprudenza, che inevitabilmente finiva per guardare allo scopo pratico delle parti e per tradire un ordine concettuale che faceva derivare dagli interessi perseguiti dalle parti stesse la riconduzione del contratto a un tipo, anziché fondare sulla (formale) scelta del secondo l'ampiezza dell'*Interessenlage* rilevante [17].

Sul piano concreto, Roppo riteneva centrale la ricerca della specifica «ragione giustificativa» (che ancora non veniva chiamata «causa», termine riservato a quella che denomineremmo "causa astratta"). Del resto, anche la riconduzione del contratto al tipo avrebbe richiesto di valorizzare gli interessi pattizi concreti.

All'interrogativo circa le modalità tramite le quali individuare questa reale ragione giustificativa del contratto, lo studioso rispondeva indicando la necessità di un apprezzamento svolto *ex fide*

---

[15] È singolare come la teoria della presupposizione (B. WINDSCHEID, *Zur Lehre des* Code Napoléon *von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847, soprattutto 294) non avesse mai operato nell'ordinamento tedesco (v. fin da subito le critiche di O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung [im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches]*, in *AcP*, 1889 spec. 221 ss., cui replicava B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *AcP*, 1892, in particolare 169, e cui rispondeva nuovamente O. LENEL, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in *AcP*, 1892, spec. 51 ss.), ove era comunque (come da profezia di Windscheid) "rientrata dalla finestra" (B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., 197), per mezzo della teoria, variamente declinata, della *Geschäftsgrundlage* (in senso ancora abbastanza soggettivistico da P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, spec. 26 ss.; con maggiore oggettività da K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht*[3], München-Berlin, 1963, 17 ss. e 156 ss.; oggi, infine, nell'ambito del § 313 BGB, che taluno ritiene specificazione della *ergänzende Auslegung*: v. T. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung*, cit., 650; v. pure ID., sub *§ 313 BGB*, in *Münchener Kommentar*[7], München, 2016, Rn. 46; è interessante avvicinare questa posizione a quella più risalente di D. MEDICUS, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978*, in Gemeinschaft mit K. Ballerstedt und F.A. Mann, hrsg. von H.H. Jakobs, B. Knobbe-Keuk, E. Picker, J. Wilhelm, I, Köln, 1978, 632 s., nonché a quella sostenuta, nella letteratura italiana, da C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 147). È altrettanto singolare come oggi si parli di presupposizione, in Italia, senza alcun riferimento alla tesi volontaristica ottocentesca della *Voraussetzung*, ma solo per richiamare i problemi che essa mirava a risolvere (e, potremmo dire, per riferirsi a quelle convenzioni sociali che ne sono alla base e che regolano un peculiare ingresso dei motivi nella causa: v. §§ 3 e 5).

[16] Cfr. E. ROPPO, *Causa tipica*, cit., 2378; M. BESSONE-E. ROPPO, *Il problema*, cit., 3 ss.

[17] Le critiche alla giurisprudenza erano quindi, per lo più, dirette all'*iter* argomentativo delle sentenze, che faceva uso di un istituto (la *Voraussetzung*) poco persuasivo (attribuendo una forma troppo volontaristica a una realtà sociale di cui, nondimeno, il diritto avrebbe dovuto sicuramente tenere conto). V'era anche nella giurisprudenza (come già nella tesi di Betti: v. *supra*, nt. 7) una vera e propria rigidità: essa era inerente alla necessità perdurante di trovare un tipo in cui qualificare il contratto (per lo meno un tipo sociale). La si sarebbe potuta superare (come avveniva implicitamente nelle opere di Roppo) ritenendo imprescindibile, più che una causa tipica, una causa generica, e rimandando per ogni altro profilo alla causa concreta. V. su questo il prossimo § 5.



*bona*, che tenesse conto delle circostanze concrete dell'accordo, valorizzandole secondo regole oggettive di costruzione del contratto. Ma queste regole, a loro volta, non avrebbero potuto prescindere dall'operazione di qualificazione contrattuale, con la quale anzi esse si sarebbero integrate.

Con piena coerenza Roppo sottolineava allora l'essenzialità del riferimento al tipo, in cui l'autore rinveniva un insostituibile «modello di distribuzione di rischi tra i contraenti» [18], che avrebbe contribuito a definire l'ampiezza dell'*Interessenlage* rilevante.

All'importanza così riconosciuta al tipo si associava il nuovo volto attribuito alla funzione economico-sociale. Essa, affrancata da qualsiasi compito di controllo eteronomo sull'autonomia privata, in realtà già svolto dalla conformità alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume [19], veniva attratta proprio al piano del tipo: in essa si ravvisava «l'operazione giuridico-economica realizzata tipicamente da ciascun contratto».

Mettendo a partito le varie indicazioni, possiamo rinvenirvi le linee essenziali di un sistema a più livelli [20], ove poche generalissime cause (normalmente liberalità o scambio [21]) si ripartiscono in più cause di livello inferiore, le quali il più delle volte combaciano con quelle dei tipi (scambio di cosa con prezzo nella compravendita, tra premio e sicurezza nell'assicurazione). E sul piano più basso residua, ove il suo rilievo non sia già esaurito dalla causa del tipo, la ragione giustificativa specifica [22], chiamata ad abbracciare quei motivi che, oggettivizzandosi, cessano di essere tali e vengono elevati a quella che oggi chiameremmo causa concreta [23].

---

[18] E. ROPPO, *Orientamenti*, cit., 222 s. Il riferimento al tipo non escludeva il ricorso al criterio del prezzo, dalla cui entità si sarebbe potuta desumere l'attribuzione a una parte o all'altra di certuni rischi. A problemi differenti, seppur limitrofi, erano dedicati altri saggi apparsi nello stesso torno di anni: v. in particolare E. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e "*frustration of contract*" (In margine ad un "caso di Suez")*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1239 ss. (ma v. anche E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, già 676, poi 703 ss. e spec. 709, in cui il richiamo della buona fede come criterio per gestire i problemi della nullità parziale evoca proprio la *ergänzende Auslegung* tedesca: cfr. R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*[4], Tübingen, 2016, 482 s.).

[19] E. ROPPO, *Causa tipica*, cit., 2381.

[20] V. in particolare E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 174 ss. Lo studioso coniugava, così facendo, più aspetti della causa, evitando nel contempo le critiche che taluno (esplicitamente F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 60 s., nt. 43; implicitamente G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico [a proposito di un recente libro]*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1497 ss., e soprattutto R. SACCO, *Il contratto*, cit., 580; di recente v. anche M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, 123) avrebbe sollevato nei confronti dell'opera di G.B. FERRI, *Causa*, cit., spec. 135 ss., ove l'attenzione verso la dimensione *individuale* andava di pari passo all'abbandono di ogni riferimento a un livello più alto: quello, per così dire, connesso alla giuridicità dell'accordo e ai problemi dell'atipicità (cfr. anche la replica di G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, oggi in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 329 ss., spec. 335, nt. 21).

[21] E. ROPPO, *Il contratto*, cit., 175 («in assenza di una di queste due possibili ragioni [liberalità e scambio], l'operazione contrattuale non avrebbe senso, sarebbe incomprensibile. Ed il problema e la funzione della causa consistono proprio in ciò: nello spiegare il perché, *la ragione ed il senso dei trasferimenti di ricchezza*, che costituiscono la sostanza di ogni operazione contrattuale»).

[22] Risulta implicito nell'opera, ma evincibile dalla complessiva posizione dell'autore, che la ragione concreta avrebbe declinato direttamente la causa di livello più alto.

[23] Su questo punto deve, per vero, registrarsi un'evoluzione terminologica negli scritti dello studioso. E. ROPPO, *Il contratto*, cit., 174 ss., distingueva la causa dai motivi, anche se rilevanti; ma la ragione stava nel fatto che «causa»



La ricostruzione compendiata si arricchisce di particolari in anni a noi più vicini e, soprattutto, nelle più recenti edizioni del volume su *Il contratto* [24].

Confutata la teoria della funzione economico-sociale intesa in senso dirigistico, Roppo si avvicina al tema della causa (tra l'altro, non senza inquadrare in chiave storica il problema), trattandone anzitutto dal punto di vista astratto, nell'ottica della "giuridicità" dell'accordo tipico e atipico. Tale prospettiva ricorda taluni notissimi studi sulla causa, sviluppati secondo un metodo storico-comparatistico [25], ma se ne distanzia perché non rinuncia a un approccio unitario al tema della causa, intesa come "funzione" dell'accordo e non come "scopo" atomistico di ciascun contraente.

Lo studioso enumera le cause generiche che il nostro ordinamento conosce: lo scambio, anche sotto forma di scambio empirico; la garanzia e l'adempimento; la liberalità. Quest'ultima causa è «debole», per cui ha bisogno di essere sostenuta da elementi esterni, come la forma o la consegna di un bene. Lo stesso avviene per quelle cause che si fondano su un rapporto preesistente tra le parti, come avviene per la rinuncia o per la modificazione, le quali, pur deboli, trovano un sostegno proprio in tale rapporto preesistente.

Di nuovo, quest'angolo di visuale non esclude i problemi della causa concreta. D'altro canto, avverte Roppo, la causa di un contratto a rigore è sempre concreta: è sempre, cioè, quella ragione giustificativa specifica di un singolo contratto, quel suo senso complessivo che deriva dalla considerazione e dalla sintesi di tutti gli interessi che entrano nell'economia del contratto.

Nondimeno, nel ricostruire in concreto questa causa, si passa inevitabilmente attraverso l'individuazione della causa più generica (di scambio, di liberalità, e via dicendo) e, almeno il più delle volte, per il rinvenimento della causa del tipo, di cui quella concreta presenta i tratti e costituisce declinazione [26].

La concretezza, dunque, consente da un lato di rinvenire nel contratto, con flessibilità e accu-

---

era termine ancora riservato alla sola funzione economico-sociale (al contrario, vi è stato chi ha parlato di funzione per la causa tipica e di causa per quella concreta: v. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 2, testo e nt. 2, e G. AMADIO, *La condizione*, cit., 203 e 205). Nella seconda edizione dello scritto dedicato al contratto (seconda rispetto alla prima apparsa nel 2001 e sempre inserita nel *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti), l'autore invece ammette che un motivo rilevante «in definitiva *concorre a formare l'obiettiva ragione giustificativa del contratto*, dunque la sua "causa" (concreta)» (V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 394 s.). Al fondo di questo sviluppo del pensiero sta l'utilizzo del termine "causa" anche per la ragione "concreta", che specifica e declina nell'individualità del singolo caso la funzione astratta. Cfr. pure V. ROPPO, *Causa concreta*, cit., 974, ove l'autore si domanda retoricamente: «che cos'è il motivo comune a entrambe le parti, e così forte per entrambe da essere l'unica ragione che le ha determinate al contratto, se non causa del contratto? E che genere di "causa" è quella che si sostanzia in uno specifico "motivo" che riflette specifici interessi delle parti di quello specifico contratto, se non – quasi per definizione – causa concreta?». Cfr. allora anche nt. 27.

[24] V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 341 ss.

[25] Cfr. ancora G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, cit., 76 ss., e R. SACCO, *Il contratto*, cit., 583 ss. Lo stesso Sacco nota l'influenza di queste tesi sull'opera di Roppo: cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*[3], I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 793, nt. 1.

[26] Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 408 s. Ivi l'autore nota che sfuggono dal tipo i problemi della causa dei contratti collegati e di quelli che seguono un preliminare: su queste peculiari figure v. però meglio *infra*, §§ 5 s.



ratezza, i tratti di una causa generica o (se del caso) tipica; dall'altro di apprezzare la specifica coniugazione di queste ultime, valorizzando tutte quelle peculiarità di cui la dimensione astratta non può tenere conto. Il riferimento va qui, soprattutto, al piano dei motivi oggettivati e, per ciò stesso, entrati nella causa [27].

Ancora una volta, quindi, la causa viene collocata su più piani. La causa concreta, a sua volta, appare essere il risultato di un procedimento di qualificazione e costruzione, per forza di cose connesso anche all'interpretazione in senso proprio, seppur da esso distinto.

Una causa così intesa, oltre a essere inscindibilmente collegata ai problemi del tipo, si rivela strumento prezioso per risolvere due questioni.

Anzitutto – e qui va richiamata la causa di livello più alto – permette di individuare i contratti del tutto privi di senso, ossia le operazioni che restano mute sulla loro funzione. Queste, infatti, non sono collegabili ad alcuna causa generica: di talché, ove si presentino alle soglie della giuridicità, l'ordinamento potrà rifiutarle [28].

In secondo luogo la causa – e qui spesso non si guarda solo a quella generica o tipica, ma anche ai peculiari interessi di cui allo specifico contratto [29] – sovrintende al controllo di funzionalità del contratto, ossia alla verifica di realizzabilità dell'operazione economico-giuridica [30]. Essa è «solidale» rispetto agli interessi pattizi, di cui valuta la reale soddisfabilità: sarà nullo, perché carente di causa (o, meglio, di una causa realizzabile, veritiera rispetto alla realtà delle cose), il contratto che nel concreto non può soddisfare la sua funzione.

---

[27] L'espressione, a dire il vero, non è di Roppo (parla di «motivi … obiettivizzati», ad esempio, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III[2], cit., 461). La uso perché essa consente di apprezzare chiaramente il fenomeno di quegli interessi, pur normalmente non ricompresi nei tratti del tipo (anche colorati concretamente, alla luce delle specifiche utilità che le parti si attribuiscono), ma nondimeno rilevanti. Roppo, viceversa, non utilizza questa formula: egli contrappone motivi, come tali irrilevanti, e causa.

[28] Il tema, come si sarà inteso, è quello dell'astrazione: chiarirò però dopo (nel § 5) come si debba distinguere tra contratto muto e contratto recante elementi di astrazione da una causa e come alle due figure si colleghino, rispettivamente, l'irrilevanza giuridica dell'accordo e la sua (anche solo parziale) nullità. La distinzione, per vero, non intercetta quella tra contratto causale e contratto astratto tipica del sistema tedesco (sia esso di tipo obbligatorio o dispositivo: v. per tutti M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen* Rechts[10], München, 2012, 331 ss.), per la semplice ragione che nel nostro ordinamento non è possibile, per l'interprete, qualificare un atto come astratto (in altri termini, il problema dell'"astrazione" va risolto in sede ricostruttiva, e non già con riguardo ai profili di disciplina e di patologia: v. ampiamente nel § 5).

[29] In realtà, la realizzabilità spesso si considera a livello del tipo (si pensi alla carenza di alea in un'assicurazione). Dire se, così facendo, si resta in una dimensione causale tipica o si transita in una concreta (fermo restando che la causa è sempre considerata, qui, come realizzabilità e, quindi, come causa, *astratta o concreta che sia*, ma sempre *nel concreto*), non è facile: nondimeno, è un interrogativo anche poco utile (per quanto la risposta nel secondo senso, che appare più persuasiva, imponga di ammettere un certo grado di concretezza anche nella funzione economico-sociale bettiana: cfr. nt. 31). Sulla distinzione tra causa concreta e causa nel concreto v. *infra*, § 5 e § 7.

[30] Sul concetto di operazione economica v. E. GABRIELLI, *"Operazione economica" e teoria del contratto*, Milano, 2013, *passim*, ma spec. 69 ss. e 73 ss. (e già ID., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 131 ss., e G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 133 ss.; G.B. FERRI, *Causa*, cit., 251 ss.; M. BESSONE, *Adempimento*, cit., 269; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 1). L'aggiunta dell'aggettivo "giuridica" appare opportuna ove si voglia sottolineare il rilievo che il momento deontico (le regole) hanno sull'operazione (del resto, l'economia stessa non può ridursi alla considerazione degli interessi finali, materiali, da realizzare, dovendo abbracciare inevitabilmente anche il momento di disciplina). V. subito nel § 3.



La causa di cui Roppo ci parla è un concetto «oggettivo», ma al tempo stesso «concreto»; un concetto comunque non dimentico dei piani più astratti e generici, che sono rinvenibili anche nell'individualità dello specifico contratto.

**3.** – Giungiamo, così, al saggio del 2013. Lo sfondo su cui esso si inserisce è mutato. La giurisprudenza dal 2005-2006 non ripete più le formule mentitorie della causa in astratto [31]; ormai aderisce, quasi graniticamente, alla tesi della causa concreta. Quel che rileva Roppo non è tanto l'erroneità del concetto di causa concreta, quanto l'oscurità con cui la giurisprudenza lo adopera, finendo talvolta per abusarne (o, meglio, per usarlo in modo incauto e approssimativo oppure in ambiti in cui non è di alcuna utilità) e altre volte per dimenticarlo [32].

Prima di considerare nel merito questo contributo – e, con esso, lo stato attuale della giuri-

[31] Già da tempo la causa concreta aveva fatto ingresso nella *ratio decidendi* di varie sentenze (fermo restando che lo stesso sindacato, cui la giurisprudenza non si è mai sottratta, di realizzabilità della causa ha sempre richiesto di per sé un certo grado di concretezza della causa, anche allorché questa non fosse stata estesa sino ad abbracciare i motivi rilevanti – e cfr. allora Cass. 27 luglio 1987, n. 6492, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 365, e Cass. 23 settembre 1997, n. 9368, in *Foro amm.*, 1999, 584 –, e fermo restando che gli artt. 1344 e 1345 c.c. hanno sempre imposto di valutare l'illiceità della causa in una dimensione per vari profili concreta, come pure l'art. 1343 c.c. se ritenuto non confinato ai casi di contratti atipici secondo quanto notoriamente ipotizzato da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*[9], Napoli, 1966, 186 s., salva però allora la frequente, se non normale, sovrapposizione nei contratti tipici di oggetto illecito e causa illecita – cfr. Cass. 7 luglio 2008, n. 14769, in *Giur. it.*, 2009, con nota di A. GALATI, 1655, nonché V. ROPPO, *Causa concreta*, cit., 973 s., e *Il contratto*[2], cit., 380 s. –). Il collegamento tra presupposizione e causa, ad esempio, era palese in Cass. 11 agosto 1990, n. 8200, in *Foro it. Rep.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 261 (ma v. già Cass. 21 novembre 1983, n. 6933, in *Foro it.*, 1984, I, 456, e risalendo indietro nel tempo Cass. 17 maggio 1976, n. 1738, in *Foro it.*, 1977, I, 2339, con nota di D. SINESIO). Più in generale, sin da talune occasioni negli anni Settanta (M. CASSOTTANA, *Causa ed "economia" del contratto: tendenze dottrinali e modelli di sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 834, e M. BESSONE, *Causa tipica*, cit., 1114), e poi sempre più negli anni a seguire, la formula «funzione economico-sociale» era divenuta sinonimo di «funzione concreta socialmente apprezzabile» (anche di recente Cass. 14 settembre 2012, n. 15449, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 2063, utilizza un lessico più antiquato, di fatto però considerando proprio la causa concreta). V., su temi vari, Cass. 27 febbraio 1996, n. 1537, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1480, in tema di gravità dell'inadempimento ai fini della domanda risolutoria; Cass. 13 gennaio 1997, n. 244, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce *Vendita*, n. 58, in tema di *aliud pro alio*; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, in tema di causa illecita (ma v. pure Cass. 15 dicembre 1975, n. 4137, in *Foro it.*, 1976, I, 1605, con nota di G. NICCOLINI, a proposito di una vendita collegata a un concorso a premi la cui autorizzazione era scaduta). Talune decisioni, infine, avevano già richiamato espressamente (con maggiore o minore chiarezza) la dimensione concreta della causa: oltre alle tre citate da V. ROPPO, *Causa*, cit., 960 ss. (ossia Cass. 26 gennaio 1995, n. 975, in *Contr.*, 1995, 362, con nota di M. AMBROSOLI; Cass. 23 aprile 2001, n. 5966, in *Contr.*, 2011, 1126, con nota di P. PERROTTI; Cass. 18 luglio 2003, n. 11240, in *Contr.*, 2013, 118, con nota di F. BRAVO) vale la pena di ricordare Cass., Sez. Un., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Foro it.*, 1974, I, 227, con nota di M. DI PAOLO; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 1973, n. 68, in *Foro pad.*, 1974, I, 115, con nota di E. BALESTRINI (l'estensore di queste sentenze era il consigliere Tamburrino, di cui v. il saggio citato alla nt. 8). La tesi ivi riprodotta (specialmente nella prima decisione) era spesso richiamata adesivamente da altre sentenze (cfr. ad es. Cass. 23 maggio 1987, n. 4681, in *Foro it.*, 1987, I, 2366). V. poi anche, tra le altre, Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2481; App. Milano 3 luglio 1991, in *Giur. merito*, 1993, 1016, con nota di G. CRICENTI, e App. Milano 22 novembre 1991, in *Riv. it. leasing*, 1993, 452; Pret. Salerno 23 febbraio 1993, in *Dir. e giur.*, 1995, 261, con nota di G. DI GIOVINE. Testimonia la disaffezione verso tesi più risalenti anche Cass. 6 agosto 1997, n. 7266, in *Foro it.*, 1997, I, 3179.

[32] Cfr. F. PIRAINO, *Riflessioni*, cit., 57, nt. 86 (e v. pure E. GABRIELLI, *Causa in concreto e patti parasociali*, in *Giur. it.*, 2014, 1613 ss.). Difende, invece, in larga parte le modalità attuali di utilizzo giurisprudenziale della causa concreta C.M. BIANCA, *Causa concreta*, cit., 256 ss.



sprudenza sulla causa – vale la pena di fare un passo indietro. Se, infatti, l'obiettivo dello scritto poc'anzi menzionato è quello di evidenziare gli eccessi e le sviste in cui cadono i nostri giudici allorché sono chiamati ad adoperare la causa concreta, è bene interrogarsi ancora sulle varie sfaccettature che il concetto di causa concreta può assumere e, in particolare, chiedersi perché – secondo quanto anticipato in apertura – la tesi in materia di causa esposta da Roppo appaia convincente e, soprattutto, bilanciata. Proprio l'equilibrio, del resto, in un momento di abusi e non usi, finisce per essere la qualità più importante di una ricostruzione, rendendola uno strumento idoneo all'indagine e alla decisione giuridica ed evitando un altrimenti facile naufragio nelle, oggi più che mai, tempestose acque di quel *mare magnum* che è la causa del contratto.

La riflessione che mi avvio a svolgere trova il suo punto di partenza in una distinzione classica, da sempre centrale nello studio dell'autonomia privata, che si presta a svariate articolazioni [33]. Mi riferisco alla contrapposizione tra interpretazione, da un lato, e qualificazione [34] e integrazione contrattuale [35], dall'altro. Queste ultime, nondimeno, mi sembra possano venire raccolte in una nozione ancor più estesa della loro semplice somma: quella, cioè, di ricostruzione del contratto, il cui perimetro potrà emergere nitidamente proprio attraverso la distinzione di questo concetto rispetto a quello di interpretazione.

Per intendere correttamente la differenza – da cui trarremo numerose indicazioni per l'indagine sulla causa –, credo sia necessario contrapporre anzitutto la considerazione "statica" del contratto da quella, invece, "dinamica": la prima volta a tener conto dell'accordo giuridico già interpretato e ricostruito; la seconda, invece, relativa all'insieme delle operazioni ermeneutico-ricostruttive che a tale esito conducono.

Nell'ottica statica, il contratto appare essere – come riconosciuto da tempo dalla dottrina [36] –

---

[33] Risentendo, più in generale, dell'adesione a una delle tesi che si contendono il campo in tema di negozio giuridico (o, per chi disconosce tale figura, di contratto): *Willenstheorie*, *Erklärungstheorie*, *Geltungstheorie*, teoria precettiva e via dicendo. Non è il caso di approfondire qui questi punti: basti notare come una delle posizioni più equilibrate, nel suo connubio tra soggettività e oggettività, sembri essere ancora quella di K. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, Leipzig, 1930, 34 ss., cui peraltro si devono alcuni degli studi più convincenti in tema di *ergänzende Auslegung* (ID., *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*, in *NJW*, 1963, 737 ss.).

[34] E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 11 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 81 s., testo e nt. 68. Più di recente proprio V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 452, afferma che «fra interpretazione e qualificazione si sviluppa una dinamica biunivoca, e non unidirezionale: è vero che per qualificare occorre interpretare; ma questa regola [l'art. 1369 c.c.] ci dice che per interpretare occorre qualificare». V. pure A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, 458 s., ove anche ulteriori indicazioni bibliografiche.

[35] L'idea, che del resto è al fondo della *ergänzende Auslegung* tedesca, trova sempre più accoglimento oggi, seppur secondo toni assai diversi tra loro. Cfr. N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 726 s. (ma in un'ottica che tende più in generale a superare la distinzione tra auto-integrazione ed etero-integrazione: 734); C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., *passim* (ma ad esempio 386); V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 414.

[36] Cfr. B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, spec. 64 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*[2], Padova, 2004, 57; entrambi gli autori si riferiscono al negozio giuridico, ma nulla cambia. La dottrina tedesca dà rilievo, in tema di *ergänzende Auslegung*, al fatto che il negozio contenga una *Wertung*



un "valore" (quanto meno perché non appiattibile su un "fatto", essendo invece "contratto"). Esso è l'atto che fonda un ordinamento tra le parti, dotato di un suo "senso" e di un suo "spirito" (di una sua intrinseca razionalità): ma è anche l'insieme delle regole che contraddistinguono questo ordinamento.

Che vi sia, del resto, una piena identificazione tra il patto inteso in modo puntuale come "valore" (come accordo dotato di un suo "senso complessivo" individuale ma al tempo stesso sociale, perché apprezzabile solo nella sua dimensione sociale [37]) e il suo "svolgimento" è espresso con lucida chiarezza dalla teoria tedesca dell'*ergänzende Auslegung* (interpretazione integrativa o, ancor meglio, costruttiva) [38], in base alla quale – a voler sintetizzare – l'interprete può, entro certi limiti, ricavare dal patto, in virtù di questo suo "senso complessivo" [39], una regola di dettaglio che le parti non avevano espressamente posto.

In una prospettiva interna, il richiamo non può che andare all'integrazione *ex fide bona*: purché vi si ravvisi – come a me pare preferibile – uno "svolgimento" del patto, che si fondi e che dunque dia a sua volta per acquisito il "valore" (ripeto: il "senso complessivo" del patto inteso puntualmente). Si tratterebbe, in quest'ottica, di un *Zuendedenken* dell'accordo: di un suo sviluppo (una sorta di "srotolamento") derivante dall'intuizione del suo "senso" e, quindi, tale da porsi in totale conformità con lo stesso. In sintesi: una auto-integrazione fondata su un'intuizione del "valore" [40] (e compiuta, ovviamente, secondo convenzioni sociali recepite dal diritto

---

pattizia (ma il senso non è del tutto conforme a quello di cui al testo). V. pure A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982, 294.

[37] Il punto è essenziale: sociale non vuol dire né rigidamente tipico (il giudizio sociale è flessibile, perché si basa su convenzioni sociali che permettono sfumature), né a-giuridico (o pre-giuridico, nel senso di "sociologico"). Quanto a quest'ultimo punto, è sufficiente evidenziare come la socialità sia "recepita" e "declinata" dagli istituti giuridici. Un chiarimento ulteriore potrà essere fornito nel paragrafo successivo, là dove parlerò di "piano effettuale".

[38] Cfr. T. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung*, cit., 619 ss.; R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*[4], cit., 206 ss.; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II[3], *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidlberg-New York, 1979, 321 ss.; J. BUSCHE, sub *§ 157 BGB*, in *Münchener Kommentar*[7], 2015, Rn. 26 ss.

[39] Che, aggiungerei, è anche il suo "senso" sociale, per quanto individuale. L'*ergänzende Auslegung* opera, beninteso, entro vari limiti, individuati dagli autori prima citati, su cui non è il caso di soffermarsi.

[40] Non posso sottacere come, in Germania, interpretazione integrativa (pur sempre condotta secondo buona fede: § 157 BGB) e integrazione di buona fede (§ 242 BGB) non corrispondano interamente, venendo assegnato alla buona fede un compito, in questo senso, eteronomo (T. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung*, cit., 624). A mio avviso, però, la buona fede di cui all'art. 1375 c.c. è davvero solo volta a enucleare regole conformi allo "spirito" del patto: per quanto ciò avvenga secondo parametri sociali a partire dagli interessi che connotano il contratto (interessi che sono comunque abbracciati dalla volontà pattizia, essendo a tal fine sufficiente – anche dal punto di vista psichico e, quindi, dell'errore fonte di annullamento – che essi, tanto se veicolati dalla dichiarazione, quanto da dati fenomenici a essa esterni, siano stati intuiti dalle parti o anche solo approvati in mancanza di un intento serio volto a escluderne in concreto il rilievo). Resta inteso che l'art. 1375 c.c. riguarda la fase di "svolgimento" del patto; a monte, però, esso si proietta sulla composizione del "senso complessivo" dell'accordo. V. sul punto, da un lato, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*, e ID., *Conclusione: il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 269 s.; dall'altro L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 12; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII-4**, Torino, 2004, 230 ss.; da punti di vista peculiari M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 150 ss., e già 31, e A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 387 ss.



all'interno delle sue categorie: convenzioni sociali di cui il giudice dev'essere interprete sensibile).

Con queste riflessioni ci avviciniamo già alla dimensione dinamica, in cui trova spazio lo sforzo, richiesto all'interprete, di ricomporre il "valore" mediante interpretazione e ricostruzione. Effettivamente, tanto l'interpretazione, quanto la ricostruzione non possono ricercare direttamente la singola regola contrattuale, ma debbono sempre transitare per il "valore", per il "senso complessivo" dell'accordo. Esso non è altro che un punto, un momento ideale, un baricentro, da cui discenderanno le varie regole: ma, giacché il compito del giudice è quello di trarre dal fatto (dall'insieme di dati fenomenici reali, sottoposti alla sua attenzione) le regole, tutta l'attenzione sarà rivolta alla traduzione del fatto in "valore", ossia alla ricomposizione della *ratio contractus*[41].

Ora: interpretazione e ricostruzione appaiono entrambe dominate da criteri oggettivi, giacché nessuno ipotizzerebbe, come ormai risulta evidente, di ricercare una reale volontà psichica (che, del resto, nel contratto non esiste, essendo questo il prodotto dell'adesione di due o più parti a un regolamento)[42]. Tuttavia, è proprio la volontà – per quanto intesa secondo un concetto normativo[43] – a giocarvi un ruolo ben diverso, giacché solo l'interpretazione mantiene un legame con la stessa.

Non v'è miglior modo di chiarirlo, che passare a considerare come interpretazione e ricostruzione si svolgano.

L'interpretazione della dichiarazione (intesa in senso stretto, ossia come enunciato verbale[44]) mira a dare a questa un significato: o, meglio, un significato interlocutorio. Infatti, i risultati tratti in prima battuta dall'interpretazione della dichiarazione debbono essere inquadrati ricostruendo, per quanto in forma provvisoria, il "valore" (alla luce anche di altri dati fenomenici reali che accompagnano la dichiarazione: ad esempio, e per quanto la loro individuazione possa essere compiuta solo in concreto, spesso rileva la natura imprenditoriale di una parte o la sua rinomata

---

[41] Tradurre il fatto in valore: giacché, trattandosi di contratto, vi sarà un atto che presenta un valore deontologico tale da eccedere il valore dei singoli elementi materiali (esemplificando: una dichiarazione ingiuriosa ha un senso e produce un effetto di per sé; un contratto produce effetti grazie a questo *surplus* deontologico, ossia in tanto in quanto volto ad attivare convenzioni sociali da cui deriva la posizione di un atto di autoregolamento). Ciò avviene nonostante il contratto (e in genere il negozio, per chi ammette questa categoria) si avvalga di dati fenomenici reali. E così non potrebbe non essere: ma il ricorso a elementi materiali non elimina questo eccesso deontologico che, in quanto messo a disposizione di chiunque per il tramite di convenzioni sociali (recepite dal diritto, ovviamente) e volontariamente attivato in concreto, resta tale. Ovviamente, nel parlare di volontà (volontarietà) mi riferisco al concetto giuridico di volontà, che tendenzialmente corrisponde a quella psichica (ma non necessariamente: si pensi al caso dell'errore, anche irrilevante o difettoso di prova).

[42] V. P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 70; L. MOSCO, *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, 31 s.; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 48. V. pure W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II[3], cit., 293, 299, 302, 307 ss. e 323.

[43] Come anticipato alla nt. 41, la volontà di cui si parla nel contratto non è mai, ovviamente, quella psichica (v. prima nel testo): nondimeno, si parla di volontà, utilizzando un concetto normativo alla cui base vi è la *normalità* della volontà (della corrispondenza tra un'esteriorizzazione e la percezione interiore corrispondente). V. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II[3], cit., 49.

[44] Ossia come dato fenomenico reale, a contenuto simbolico, che difetta nei comportamenti concludenti.



esperienza nel compiere un certo servizio); ciò aprirà poi nuove fasi di interpretazione e ricostruzione, in una dialettica costante tra queste due operazioni.

Più nel dettaglio, l'interpretazione richiederà di leggere le parole nel senso che esse socialmente hanno, tenendo conto anche del co-testo e del contesto (artt. 1362 e 1366 c.c.). Si inizierà dalla considerazione delle regole che appaiono centrali (soprattutto in vista della successiva operazione qualificatoria), verificandone il contenuto (e lasciando apparire, quindi, anche i messaggi impliciti veicolati dalle parti [45], oltre gli usi peculiari dei codici linguistici, tali in certi casi da derogare al senso sociale normale delle parole nel contesto [46]).

Una particolarità [47] dell'interpretazione della dichiarazione contrattuale sta nel fatto che essa procede dal testo e va verso il contesto. Questo moto, comunque lo si declini [48], indica che

---

[45] Fino a dove si può spingere l'interpretazione, nel rinvenire l'implicito, e dove invece si tratta di ricostruzione? Il confine è labile. Probabilmente, si può parlare di interpretazione solo là dove si tratti di arricchire la dichiarazione sul piano linguistico-pragmatico, in modo da rendere palese quell'ulteriore significato implicito che inferenzialmente era stato comunicato. Si ricadrà nella ricostruzione ogniqualvolta l'arricchimento del senso della dichiarazione, secondo un criterio di normalità (psichica), non avrebbe fatto parte della comunicazione implicita delle parti (o, meglio, sarebbe stato comunicato a un livello diverso, come "senso" vagamente percepito). Per questo il portato della ricostruzione non mi pare costituisca una implicitura nel senso di cui a K. BACH, *Conversational Impliciture*, in *Mind & Language*, 1994, 124 ss. V. pure A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., 462 s. (e v. pure 505, ove si ravvisa nella presupposizione proprio un implicito comunicato inferenzialmente dalle parti).

[46] Sulla differenza tra *langue* e *parole* v. ovviamente F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, trad. it. di T. De Mauro, Bari, 1970, 17 ss. Sulla *falsa demonstratio* (che, come tale, evita l'errore) cfr. A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Milano, 2003, 36 ss.; L. MENGONI, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (note sull'art. 625 c.c.)*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992, 316 (per vero, diminuendone molto gli spazi di rilevanza); L. FERRI, *Errore ostativo e interpretazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1505 ss.

[47] Anche questa non inventata di certo a tavolino dal legislatore, ma derivante dalla stessa convenzionalità sociale che è al fondo dell'autonomia privata e che l'ordinamento giuridico recepisce e inserisce nelle sue categorie (fermo restando che il sistema giuridico può, in forme e limiti che qui non è il caso individuare, anche plasmare la socialità dell'autonomia – che poi verrà fatta oggetto di recezione –, ove il piano sociale assorba le soluzioni del diritto vivente).

[48] Una parte della dottrina ritiene che il testo prevalga sempre sul contesto; altri, invece, sostengono una tesi diversa (da un lato N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del Codice civile*, Padova, 1986, 12 ss. e 42 ss.; dall'altro C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., 281 s. e 309, e A. SCALISI, *La comune intenzione*, cit., 5 ss.; v. poi anche A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., 2015, 399 ss., 482, 492 ss., 507 ss.). Il punto è, benché sotto altre forme, discusso anche in sede linguistica, ove taluno ritiene che l'enunciato possa avere un senso anche al di fuori del ruolo pragmatico del contesto, mentre altri sostiene che la considerazione del piano pragmatico è necessaria per poter addivenire a un enunciato di senso compiuto (v. in generale C. BIANCHI, *Pragmatica del linguaggio*, Roma-Bari, 2003; più in generale, per l'importanza del contesto, di recente C. PENCO, *Anatra all'arancia: il tema del contesto*, in *Teoria*, 2005, 5 ss.). Ad ogni modo, il rapporto tra testo e contesto che sto considerando ha un duplice rilievo. Anzitutto, esso individua una regola comunicativa (e quindi, si direbbe, di interpretazione soggettiva), come tale percepita o percepibile dalle parti (quali elementi del contesto debbano essere fisiologicamente utilizzati in quella specifica operazione ermeneutica). In secondo luogo, esso tocca il tema dell'errore (ostativo o, ancora meglio, *Inhaltsirrtum*), che si avrà quando una delle parti violi in modo riconoscibile questa o altre regole comunicative, in modo però non sufficientemente vicino alla dichiarazione perché si ricada ancora nell'interpretazione. Il punto di contatto è in questo: nel caso di errore si rende rilevante (eventualmente, ma solo tramite *falsa demonstratio*, già in sede interpretativa) un elemento del contesto (quello da cui si trae l'errore) di per sé irrilevante, anzitutto perché contraddittorio rispetto agli altri. Difatti, ove l'elemento sia così vicino alla dichiarazione



l'interprete per attribuire un primo senso alla dichiarazione deve iniziare la sua indagine dalla stessa, mettendola però in connessione con gli elementi del contesto comuni alle parti. Il rilievo di questi ultimi varia in funzione di diversi fattori e può essere individuato solo in concreto, anche in connessione con la natura del contratto [49] (dal che già possiamo trarre un indizio dell'inscindibilità di interpretazione e ricostruzione e, cioè, dell'impossibilità di separarle in fasi autonome e consecutive).

Per quanto solitamente non lo si riconosca, mi pare che un identico processo ermeneutico debba toccare anche i vari altri dati fenomenici, per così dire, esterni alla dichiarazione. Si pensi, ad esempio, al fatto che il prezzo di un bene sia particolarmente elevato (ipotesi il cui possibile rilievo ai fini della distribuzione dei rischi è ben noto [50]): verificare che lo sia anche per le parti, ossia che le stesse ne riconoscessero l'ammontare superiore al normale equilibrio di mercato (o quanto meno che non supponessero il contrario), dovrebbe dar luogo comunque a una questione ermeneutica [51].

Compiuta questa prima, parziale e provvisoria interpretazione, volta alla ricerca delle regole centrali ai fini della qualificazione, si passerà subito dopo a fornirne una prima ricostruzione, in particolare proprio in funzione qualificatoria (il modello che fornisco è semplificante: difatti, il momento ricostruttivo non è tutto spostato in un tempo successivo all'interpretazione, ma è con questa frammisto).

Il rilievo di questa operazione è massimo. L'interpretazione avrà in prima battuta fornito alcune regole: ma queste debbono ora trovare ingresso nel contratto inteso come "valore". Sarà richiesto, allora, di leggere queste regole per il "valore" (la "parte di valore") che veicolano e che possono veicolare nell'ambito di tutto il contratto (alla luce, quindi, anche degli altri dati fenomenici materiali).

---

da screditarla immediatamente, avrà giocoforza rilievo interpretativo (si pensi un *lapsus* evidente, per il quale riterrei non necessario ricorrere alla *falsa demonstratio*, con quello che – probabilmente – tale istituto comporta con riferimento all'opponibilità verso i terzi del reale contenuto contrattuale).

[49] V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, *passim* (ma ad esempio 163 ss.), ma già L. MOSCO, *Principi*, cit., 55 ss.; G. CIAN, *Forma solenne*, cit., 62. Particolarmente interessanti sono poi le pagine di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*$^2$, cit., 326 ss. (spec. 328). Il problema – va sottolineato – si pone spesso dal punto di vista del rilievo già interpretativo dell'errore, come *falsa demonstratio*. I due punti di vista subiscono una crasi nei negozi *mortis causa*: ossia, nel testamento. Difatti, mentre nel contratto la valorizzazione del contesto consente di guardare allo spirito delle clausole, anziché alla lettera, pur nell'ambito di una comunicazione normale (art. 1366 c.c.) e pur nella necessità di una ulteriore successiva proiezione in un "valore" contrattuale (di per sé razionale), nel testamento esso non mira a far emergere i tratti di una comunicazione normale, ma più in generale a indagare la *voluntas testatoris*.

[50] E lo è soprattutto grazie a M. BESSONE, *Adempimento*, cit., *passim*. L'esempio più noto è quello del *coronation case*: chi paga molto la locazione di un balcone, in virtù del fatto che dallo stesso potrà assistere alla sfilata del re, addossa il rischio dell'evento (della mancanza dell'evento) alla controparte. Cfr. anche art. 1345 c.c., su cui in particolare C. SCOGNAMIGLIO, voce *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. disc. priv – Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 466 ss.

[51] V'è, nondimeno, una differenza: i dati fenomenici materiali possono avere un valore indipendentemente dalla conclusione del contratto (il balcone permetterà di assistere alla sfilata anche se non viene locato), mentre la dichiarazione ha un valore solo in tanto in quanto si proietti sul contratto (attuale o potenziale). Ciò deriva dal fatto che essa è un elemento simbolico.



Ciò dovrà condurre a rinvenire il "senso" sotteso alla regola stessa nel concorso con tutti gli altri elementi materiali che accompagnano la dichiarazione [52], i quali (oltre a essere dotati e, anzi, in quanto dotati di un loro autonomo significato altrettanto materiale [53]) recano tipicamente un "senso" in prospettiva ricostruttiva [54].

Queste operazioni coniugano interpretazione e ricostruzione. Giacché la ricostruzione dovrà far emergere un "valore" che sia anche un "senso" (e che, quindi, sia internamente sensato nella sua comprensibilità sociale [55]), inevitabilmente sarà essa a indicare le strutture di senso ammissibili (meglio: i possibili "sensi" sociali concretamente ammissibili) [56] e a individuare i vari dati fenomenici che si dovranno valorizzare in prospettiva ricostruttiva (oltre alla dichiarazione, quelli materiali che l'accompagnano); ma anzitutto dovrà essere l'interpretazione a rinvenire, per ciascuno, il "senso" vagamente percepito dalle parti.

In altri termini, si tratterà di confrontare il risultato ermeneutico provvisorio con le ricostruzioni ammissibili: in quest'ottica il primo consisterà in un "senso" vagamente intuito dalle parti da coordinare con gli altri "sensi" pure vagamente percepiti che la situazione di fatto esprime; tutti questi, poi, dovranno essere inseriti, in modo ordinato e più preciso, entro quel "valore" ("senso complessivo") che si va componendo (è ovvio che, là dove scontata, quest'operazione potrà essere compiuta in modo istantaneo e senza scindere le varie fasi). Coordinare i "sensi" vaghi e precisarne la portata è proprio il compito che spetta all'interprete in sede ricostruttiva, senza nulla aggiungere al risultato dell'interpretazione, ma armonizzandolo e specificandolo (a

---

[52] Che non ne costituiscono, in questo senso, il contesto interpretativo. Quest'ultimo, infatti, ha rilievo tutt'al più per sciogliere le ambiguità o per esplicitare il non detto, là dove una dichiarazione sia conservata nella sua prima interpretazione anche in chiave ricostruttiva. Viceversa, nell'implicito non può ritenersi che rientri tutto ciò che solo il confronto con la ricostruzione permette di evincere. È ovvio, però, che il confine sarà in varie occasioni difficile da tracciare con nettezza.

[53] Si pensi alla natura imprenditoriale di una parte, che dispone di un bene per finalità di *marketing*. Sul tema v. A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 262 ss.

[54] Nell'esempio di cui alla nt. precedente, la natura imprenditoriale vale a escludere tendenzialmente un intento liberale (quand'anche la dichiarazione parli di "regalo"), specie ove il bene sia di scarso valore e la sua promozione pubblicitaria vada a vantaggio del disponente. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 350 s., sul concetto di scambio empirico.

[55] Sulla *ratio contractus* v. N. IRTI, *Testo*, cit., 19; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., 533. Quest'ultimo autore lega i problemi di senso e *ratio* del contratto nell'ambito dell'interpretazione teleologica del contratto, ove ha un rilievo l'intento pratico pattizio. Rispetto a questa impostazione, la tesi che propongo nel testo si distingue per differenziare i momenti – pur inscindibili – interpretativo e ricostruttivo, ossia soggettivo e oggettivo, connettendo così la ricerca del "senso" a tutte le operazioni relative (come vedremo) alla causa. E questo in virtù soprattutto delle ragioni individuate alla nt. 45: ossia, non disconoscendo che anche in sede prettamente interpretativa il contesto e già il co-testo consentano di ricondurre le clausole a una complessiva razionalità, ma perfezionando questa grazie alla collocazione dei vari elementi di fatto in quell'ordine armonico che è il contratto come "valore". Quanto, poi, all'importanza da attribuire alla socialità, essa non vuole costituire un sintomo di funzionalizzazione o un limite dell'autonomia, ma semplicemente il richiamo alla "razionalità" che, nel contratto, è per forza di cose "sociale" (giacché il "valore" è tale solo in prospettiva sociale e in virtù di quella convenzionalità sociale che è alla base dell'autonomia giuridica: v. meglio nt. 47).

[56] Ciò è palese per quanto riguarda la qualificazione, nel cui ambito gli accordi vengono fatti afferire a modelli di senso sociali (v. meglio il § 5). Ma ogni profilo, come a breve dirò, anche quello di più scarsa importanza del contratto richiede di essere espressione di un complessivo "senso".



partire, più che da "regole", da "sensi" vaghi desumibili dalle regole tratte interlocutoriamente dalla dichiarazione e dagli altri elementi esterni a essa).

Potrà avvenire che la combinazione dei vari "sensi", pur vagamente intesi, sia scontata per la sua nettezza e, quindi, già evidente alle parti: nel qual caso l'interpretazione risulterà del tutto predominante (per quanto poi in chiave ricostruttiva i vari "sensi" si specifichino, arricchendosi di dettagli: si pensi proprio al rilievo che ha la qualificazione del contratto [57]). Potrà accadere, invece, che i "sensi" che l'interpretazione consente di individuare siano, per la loro vaghezza, di difficile – perché ambigua – composizione: e allora sarà prevalente, quanto a importanza, l'operazione ricostruttiva.

Ma, in ogni caso, l'una e l'altra possono comprendersi solo nella loro inscindibilità [58]: l'interpretazione permetterà di individuare, più che le vere e proprie regole finali, un "senso" vago per ogni dato fenomenico reale indicato come potenzialmente rilevante dalla ricostruzione. Quest'ultima, dal canto suo, risolverà questa vaghezza, componendo in modo ordinato e più preciso il "senso complessivo".

Quanto alle regole già tratte dalla dichiarazione, ciò richiede, da un lato, di verificare la loro possibile corrispondenza a una struttura di senso (individuale, perché corrispondente all'individualità del contratto, ma sociale, perché derivata da una comprensibilità sociale, da un apprezzamento sociale complessivo, e ovviamente giuridica, perché l'ordinamento giuridico recepisce e meglio specifica la dimensione sociale); dall'altro lato, di appurare la loro eventuale ce-

---

[57] Per quanto certi risultati ermeneutici sembrino trasferirsi immediatamente sul piano del "valore" da ricomporre (veicolando in modo evidente e non superabile un "senso", individuato peraltro in modo rigido: v. *infra* nel testo), è chiaro come la loro proiezione sul "valore" li immetta in una struttura di senso ben più ampia e, soprattutto, più analitica. Per esemplificarlo, si pensi alla dichiarazione di Tizio di comprare un bene da Caio e all'accettazione di questi: semplici parole, volte a dare l'idea di uno scambio di cosa e prezzo, vengono preservate nel "valore" finale, il quale però conterrà *in nuce* tutta la disciplina dell'accordo (anzitutto con riferimento al diritto dispositivo); in altri termini, il "valore", per quanto inteso in modo puntuale, avrà in sé tutto il "senso" dell'accordo, dovendo poi solo venire "svolto" in una pluralità di regole. Il che eccede, per forza di cose, la comprensione che le parti potevano avere di quel "senso" veicolato dalla dichiarazione volta a sancire uno scambio di cosa e prezzo ("senso" che veniva approvato solo nella sua vaghezza: salva, ovviamente, la possibilità che le parti approvassero più "sensi" vaghi, derivanti da altri dati fenomenici, così come da altre parti della dichiarazione).

[58] Nell'esempio di cui alla nt. 53 l'interpretazione permetterà in prima battuta di intendere la dichiarazione (che poniamo essere stata "ecco in regalo un campioncino di questo prodotto" e che poniamo essere stata accompagnata dalla consegna del bene) come "trasferisco la proprietà come donazione di questo bene con la sua consegna". Alla luce della possibile struttura di senso (del "senso" sociale ammissibile) l'interprete verrà chiamato a valutare anche altri dati fenomenici materiali, come la natura imprenditoriale del dante causa (poniamo, il titolare di una farmacia). E, allora, si ricaverà il "senso" di questo elemento, già percepito (o percepibile) dalle parti, ossia l'attitudine a spostare il baricentro del "valore" in virtù dell'interesse patrimoniale perseguito dal "donante". Ovviamente, ciò sarà intuito a un livello vago dalle parti: così come vago sarà il "senso" da trarre dalla dichiarazione, che varrà come "trasferimento in proprietà a titolo di donazione" (questa vaghezza corrisponde all'intuizione che ciascuna parte aveva o poteva avere del complesso di situazioni di fatto). La composizione di questi elementi di fatto avverrà in sede ricostruttiva, ove ciascuno assumerà una sua posizione: in particolare, il "senso" della dichiarazione non sarà tale da scalzare la rilevanza dell'interesse patrimoniale (in virtù del peso di quest'ultimo e della non inequivocità in senso contrario della prima). Così composti i vari elementi di fatto (armonizzati e ordinati), si potrà rinvenire nell'accordo uno scambio sorretto da un interesse patrimoniale, con quel che ne consegue in punto di responsabilità (in virtù del noto criterio dell'*utilitas contrahentium*, operante quindi già in sede di intuizione del "valore", da "srotolare" in seguito in una pluralità di regole – di rapporti giuridici –).



devolezza rispetto a un significato generale del contratto che appaia come più forte, come prioritario.

Il primo punto si spiega con facilità se si pone mente alla qualificazione: è possibile che le regole inizialmente tratte siano tra loro incoerenti o lo siano rispetto al "senso complessivo" che si va traendo dal concorso della dichiarazione con gli altri elementi materiali [59]. In questo caso non si potrà fare altro che far prevalere il loro spirito.

Ecco allora aprirsi il secondo profilo: indagare il "senso" vuol dire anche chiedersi fino a che punto una regola sia cedevole, ossia fino a che punto le parti abbiano espresso la volontà di approvare un contratto che la contenesse in tutta la sua rigidità, oppure semplicemente l'intenzione di dar vita a un contratto che fosse più vagamente influenzato nel suo "senso complessivo" da una certa clausola (o, meglio, fino a che punto il "senso" vago veicoli l'una o l'altra soluzione, in riferimento al "valore" che si va componendo [60]). Per comprenderlo, non vi è altra via che verificare la centralità della regola, in base al contenuto in prima battuta evidente e agli altri elementi linguistici da cui dedurre il connotato di fissità. Più saranno le ragioni a favore di un superamento del significato ricavato provvisoriamente (ad esempio dettate dalla necessità di evitare un'incoerenza interna al "valore" approvato dalle parti), più forti dovranno essere le ragioni testuali volte a far ritenere il "senso" della clausola coincidente nel suo centro con il significato estratto inizialmente [61].

In ogni caso, la clausola che subisce questo processo il più delle volte si arricchisce, giacché, venendo intesa come "senso" vago e venendo poi precisata in sede ricostruttiva, finisce per avere un "valore" che spesso trascende quanto espresso esplicitamente o pure implicitamente [62]. Per contro, una clausola potrà anche essere svuotata nel corso di queste operazioni, ove si appuri che essa non ha alcun "senso" ed è, dunque, da ritenere "non seria", "ineffettiva" [63]; infine, talvolta in virtù della sua portata limitata una clausola non influirà più di tanto sul "valore" e non apporterà profonde novità alla sua composizione [64].

---

[59] Un esempio è rappresentato dalla vendita *transactionis causa*, di cui mi occuperò nel § 6. È probabile che una compravendita conclusa con questa finalità vada riqualificata; la volontà di concludere una compravendita, nondimeno, avrà un suo rilievo nell'individuare il baricentro del "valore" (ad esempio, ove si preferisca rinvenire in quell'accordo una transazione, dalla stessa dovranno presumibilmente discendere le garanzie per i vizi del bene).

[60] Infatti la volontà psichica normalmente coincidente con quella normativa è rivolta semmai e solo a quel vago "senso complessivo" di cui ho detto, che a sua volta potrà essere specificato diversamente a seconda della lettura che preferisca l'interprete in sede ricostruttiva. Esso contiene, comunque, traccia (anch'essa vaga) della maggiore o minore fermezza della clausola: ossia, del fatto che l'interesse che vedremo essere veicolato dalla stessa corrisponda più o meno rigidamente alla regola ricavata in via di prima interpretazione.

[61] Il quale muta sempre, là dove incide sul "valore", quanto meno perché va inteso come "senso" (e v. allora subito nel testo).

[62] Esempio: la solita dichiarazione con cui Tizio vende a Caio un bene.

[63] Vari esempi nel § 6.

[64] Si tratterà spesso di clausole di importanza limitata nell'economia dell'affare: per le quali, anzi, spesso la ricostruzione del "valore" comporta l'attribuzione di un certo significato, implicato dalla necessità di coerenza rispetto al resto dell'accordo. E ciò dipenderà, di nuovo, dalla minore importanza del "senso" e dal suo ingresso ordinato nel "valore". V. comunque oltre nel testo.



Così, al termine di questa dialettica circolare la clausola sarà divenuta "valore": o, meglio, "porzione di valore" proiettata sul "valore" intero. Sarà allora possibile ricollegare al dato fenomenico (la parte di dichiarazione), attraverso quel medio costituito dal "senso complessivo" dell'accordo, una regola giuridica specifica [65] (tratta, a sua volta, dal "valore" tramite il suo "svolgimento").

Ricaviamo da questa descrizione alcune indicazioni.

L'interpretazione da sé non è autosufficiente, giacché per trarre dalla dichiarazione e dagli altri elementi materiali un "valore" è imprescindibile comporre in modo ordinato i vari "sensi" che tutti questi veicolano (i quali, a loro volta, possono stabilirsi in modo definitivo solo nel loro reciproco concorso e nella loro collocazione in una struttura di senso "già data" e "preesistente", perché fondata su convenzioni sociali e tale, quindi, da essere leggibile socialmente).

Ciò non toglie che l'interpretazione sia necessaria e che permetta di cogliere la volontà, intesa secondo un concetto giuridico, dei contraenti: non la loro volontà psichica, ma quella che era o comunque sarebbe potuta essere la loro volontà psichica (e che comunque trova una connessione con il soggetto agente quanto meno in via di auto-responsabilità, in virtù dell'emissione di una dichiarazione).

Se, però, l'interpretazione non è autosufficiente e abbisogna della ricostruzione, così anche la volontà, pur intesa secondo un concetto giuridico, deve risultare fisiologicamente incompleta (rispetto al contratto inteso come "valore" già ricostruito) [66]: altrimenti, dovrebbe ammettersi che l'operazione di ricostruzione finisca inevitabilmente per distorcerla (e non più di autonomia si dovrebbe parlare, ma di eteronomia). Ed effettivamente i contraenti sanno (o per lo meno non escludono [67]) che, concludendo l'accordo, approvano certi elementi di fatto, percepiti in modo

---

[65] Ovviamente, non si tratterà però di un collegamento preciso (sussistendo un'ovvia eterogeneità tra i diversi piani). Si potrà semmai evidenziare quale regola giuridica specifica è maggiormente ispirata a quella "parte di valore" rispetto a cui è stata particolarmente importante la presenza di un certo dato fenomenico. La stessa eterogeneità, si badi, è quella che impedisce di confrontare interpretazione e integrazione.

[66] La volontà non può essere contraddetta per mezzo delle operazioni ricostruttive. Essa, semmai, si ritrae; manifesta di avere ad oggetto un "senso" vago e non precisamente definito; accetta implicitamente la proiezione del voluto in un "valore". E tale accettazione, pur non essendo ovviamente un dato psichico, è quanto meno una eventualità accettata o non esclusa dalle parti (salvi i casi di incapacità delle stesse, che ridondano finanche nell'impossibilità di cogliere il significato sociale del proprio atto); un'eventualità che esse approvano con la stessa conclusione del contratto (il quale, fondandosi sull'autonomia privata, e quindi su un fenomeno sociale, verrà letto attraverso le categorie di questa).

[67] Proprio una volontà di esclusione è manifestata da chi approva una *merger clause*: su cui v. in particolare M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le* merger clauses, Torino, 2015 (ma il tema intercetta anche quello del contratto alieno: su cui v. *ivi*, 64 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto alieno*$^2$, Torino, 2010, spec. 47 ss.; ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, spec. 31 ss.). E vi è in questo anche la riprova della mia tesi: ove due soggetti provenienti da un ordinamento spiccatamente formalistico concludessero in Italia un contratto (magari pensando di ottenere l'applicazione del proprio diritto), non si potrebbe che ricostruire il patto tenendo conto – in virtù di una *falsa demonstratio* – dei loro reali interessi (il caso potrebbe farsi afferire a uno dei «conflitti esterni» di cui tratta P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, *passim*, ma già 453, pur dovendosi ammettere che, qui, il conflitto sarebbe risolvibile tramite una ricalibrazione in via ermeneutico-ricostruttiva). Viceversa, tra persone facenti parte della nostra società non sarebbero valorizzabili quelle minime differenze nella percezione degli interessi, ridotte semmai a lite sulla più adeguata ricostruzione (lite rimessa alla sen-



vago (benché dentro questa vaghezza vi sia anche una qualche percezione della maggiore rigidità degli uni a scapito degli altri [68], e benché il più delle volte questa vaghezza sia sufficiente a dar conto di tutti i lineamenti essenziali di un accordo [69]): elementi di fatto la cui esatta sistemazione entro un "valore" ordinato spetterà all'interprete giuridico [70].

Questo moto – questo andirivieni tra interpretazione e ricostruzione, che non si compie in un solo momento, ma è continuo – non è proprio solo della qualificazione (che di regola rappresenta però la prima o una delle prime operazioni cui l'interprete si rivolge). In realtà ogni lineamento dell'accordo, anche il più infimo e il più particolare, passa attraverso questo circolo; nulla vale di per sé, tutto invece richiede di divenire "senso".

Una volta concluse tali operazioni, l'intreccio tra interpretazione e ricostruzione avrà permesso, a ben vedere, di individuare – a partire dai dati fenomenici – un insieme di "elementi di fatto" aventi, ciascuno, un proprio "senso" (che, al termine delle varie operazioni, sarà ormai definitivo).

E tali "elementi di fatto" (che non saranno altro che i vari dati fenomenici, una volta che essi abbiano, in virtù di interpretazione e ricostruzione, assunto un "senso" dai contorni via via più precisi) si proietteranno proprio sul "valore" (o, meglio, si proietteranno di momento in momento in un "valore" che si va componendo, venendo apprezzati in via interpretativa e specificati, oltre che ordinati, in sede ricostruttiva). Di talché, in ultima battuta, "svolgendo" il "valore" potranno farsi emergere le singole regole contrattuali, già rientranti *in nuce* nello stesso [71].

---

sibilità del giudice, portavoce di quei valori espressi dalla società: R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*[4], Torino, 2016, 1394).

[68] In tal caso si potrà anche parlare di una percezione più precisa, ma sempre con consapevolezza (o per lo meno non esclusione) della cedevolezza rispetto a un elemento di fatto che apparisse come preminente (e però contrastante).

[69] Si pensi a una compravendita, di cui sia scontata la qualificazione anche per le parti. Viceversa, l'ambiguità, tale da rendere la ricostruzione predominante, vi potrà essere là dove la vaghezza del "senso" richieda di venire superata. Ciò può accadere per varie ragioni: ad esempio, ogni accordo dev'essere qualificato, il che non vuol dire solo attratto a un tipo (il che, per l'appunto, è spesso banale), ma anche precisato nella sua portata sociale proprio in virtù della riconduzione al tipo (il "valore" si connota di quei profili che, in sede di "svolgimento", corrisponderanno al diritto dispositivo). A fronte di questa necessaria specificazione del "senso", ve ne sono altre che non sempre ricorrono: si pensi, ad esempio, alle ipotesi di incertezza qualificatoria o a quelle di ambiguità relative a questioni normalmente interpretative, risolte però in chiave ricostruttiva (cfr. nt. 71).

[70] A mio avviso a questo fenomeno deve ricondursi l'idea (pur diversamente articolata) di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*[2], cit., 85 s., di una distinzione di ordini di competenze tra il privato e l'ordinamento.

[71] Non vi è nulla, però, che nel contratto sia solo interpretato o solo ricostruito. Ciò non toglie che l'uno o l'altro profilo possano risultare predominanti in situazioni diverse (il che ha un rilievo operativo, perché solo ove la questione sia interpretativa e resti un dubbio si potrà passare, a mio avviso, all'interpretazione oggettiva). La predominanza dell'interpretazione si ha ogni qual volta una clausola ponga in modo "più diretto" (maggiormente inequivoco, alla luce dei possibili risultati ricostruttivi) l'interesse (la "parte di valore") e si ha soprattutto per quei profili per cui questo più nettamente avviene. La ricostruzione sarà predominante là dove vi sia un'ambiguità derivante dalla vaghezza del "senso" che solo in quest'ottica può essere risolta (così, ad esempio, accadrà per quelle clausole il cui significato sia incerto e risulti però fortemente implicato dalla necessità di coerenza con il "valore" parziale già attinto: si badi, non tanto nel senso che la clausola può venire letta e intesa solo nel co-testo e nel contesto, ma in quello per cui la ricostruzione già avvenuta ne implica un "senso"; la distinzione è labile, ma sussiste ed è evidente là dove siano diversi i risultati di una interpretazione condotta quale punto di partenza e una invece già implicata dalla ricostruzione).



In tutti i casi, il significato finale – o, meglio, la regola contrattuale vera e propria – sarà solo intravista in via propriamente interpretativa, individuandosi in tale sede solo il generico orientamento di una clausola; la vera e propria regola sarà invece frutto della ricostruzione (anche per il tramite dello "svolgimento" del patto). Se ne trae un quadro vario: talvolta il "senso" finale della clausola (la "particella di senso"), e con esso pure la regola finale, dovrà essere nel suo nucleo [72] in tutto e per tutto analogo al significato ricavato inizialmente in via interpretativa; altre volte, invece, sarà in tale nocciolo uno dei possibili significati della clausola, sempre estraibili interpretativamente; infine, in ulteriori occasioni, se ne allontanerà, restando privo di un nucleo espresso (di un nucleo collimante al tenore espresso della clausola) [73].

---

Si pensi all'ipotesi in cui un contratto di appalto di servizi per il riscaldamento di un edificio preveda un prezzo calcolato in base alla metratura dell'edificio stesso. Il problema sarà: si debbono conteggiare i muri, oppure i metri quadri cui il contratto fa riferimento sono solo quelli calpestabili? La questione è interpretativa, perché il dato da rinvenire è proprio quello tramite il quale viene veicolato l'interesse pattizio: e non sarebbe possibile risolverla in via ricostruttiva, giacché la ricostruzione postula già dati gli interessi. Ecco, a mio avviso, il senso dell'interpretazione oggettiva, cui si dovrà ricorrere in ipotesi in cui l'intreccio ermeneutico-ricostruttivo non dia esito alcuno. Non posso qui soffermarmi sulla questione: mi limito a rinviare alla nt. 177 con riferimento all'art. 1369 c.c. (oltre che al ruolo interpretativo della causa in virtù degli artt. 1362 e 1363 c.c.), ove cercherò di chiarire come una interpretazione oggettiva possa servirsi proprio del circuito tra interpretazione e ricostruzione (e però restare oggettiva). Su questi profili cfr., in senso vario, C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, 19 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., 301 e 383 ss.; M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, 5 ss.; G. CIAN, *Forma solenne*, cit., 51 s., 55 e 92 ss.; L. MOSCO, *Principi*, cit., 35; N. IRTI, *Testo*, cit., 64 s. e 139 ss.; V. RIZZO, *Intepretazione*, cit., 158 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., 386 ss., 398 s., 402 e 425 ss.; in giurisprudenza Cass. 15 luglio 2016, n. 14432, in *Foro it. Rep.*, 2016, voce *Contratto in genere*, n. 295.

[72] Dico così perché, al termine di interpretazione e ricostruzione, ogni parte della dichiarazione (così come ogni elemento materiale) avrà un "senso" che si proietta già sul "valore" contrattuale (ad esempio, nel *coronation case*, il prezzo non sarà solo alto, ma "alto e tale da far ritenere assunto un rischio", sebbene questo orientamento sia per lo più percepito vagamente dalle parti). La clausola da cui desumere una qualificazione come compravendita, a sua volta, porterà con sé quell'ulteriore "senso" derivante dalla stessa qualificazione come compravendita ("senso" vagamente percepito dalle parti, e che in ottica ricostruttiva verrà definito come "inquadramento nel tipo compravendita", con tutto quel che ne consegue in sede di "svolgimento" del patto; cfr. nt. **Errore. Il segnalibro non è definito.**). Resta inteso che la composizione di tutti i singoli "sensi" (che definirò "elementi di fatto") non può che avvenire in via ricostruttiva, ove è anche ammessa la loro esatta e precisa collocazione e, successivamente, il loro "svolgimento" in regole puntuali.

[73] Talvolta perché la clausola sarà priva di ogni rilievo, non veicolando interessi rilevanti (come nell'*Hamburger Parkplatzfall*: cfr. § 6); altre volte perché (come nell'esempio della vendita *transactionis causa*: ancora § 6) ci si allontanerà drasticamente dal significato inizialmente espresso. Un esempio molto significativo è proprio quello dell'auto-qualificazione pattizia: clausola cui solitamente non viene attribuita alcuna importanza. Eppure, sottolinea V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 408, bisognerebbe chiedersi se, con essa, le parti non abbiano voluto incidere sulla disciplina applicabile al contratto. Il che, effettivamente, imporrebbe di ritenere veicolato dalla clausola un qualche "senso". Quale controprova del discorso (e anche del diverso legame della volontà giuridica con interpretazione e ricostruzione), si consideri il caso dell'errore di una parte sulla qualificazione. Ebbene: di norma anch'esso sarà ritenuto "non serio" (proprio come la clausola di auto-qualificazione), salvo che non si dimostri che tale errore riguardava davvero una differente sistemazione del complessivo assetto di interessi. Ne deriva che le parti davvero approvano "interessi", "porzioni di senso", il cui rilievo è intuito ora con più precisione, ora più vagamente, ma che costituiscono l'oggetto del voluto; ogni questione di esatta declinazione (e composizione) è rimessa all'ordinamento giuridico (che si presterà a compierla utilizzando le convenzioni sociali recepite): le parti potranno solo e soltanto discuterne con il giudice, senza lamentare di "aver voluto" qualcosa di diverso (salvo, appunto, che non dimostrino un errore "serio", nel senso che ho poc'anzi detto). Ci accorgiamo, così, che la "vaghezza" degli interessi approvati non dipende dal fatto che le parti spesso non sono esperti giuristi; piuttosto, dal fatto che non è di competenza delle parti spingersi oltre quella vaghezza



Di sicuro, via via che la ricostruzione avrà permesso di dar vita a un "valore" contrattuale più definito (sebbene ancora provvisorio), risulterà ancor più netta l'implicazione ricostruttiva: ossia, ben poco sarà il rilievo di nuove parti della dichiarazione sul "valore" (il che si tradurrà, se ci si sposta dal piano del dato fenomenico a quello della regola contrattuale individuata in sede di "svolgimento" del "senso complessivo", nella scelta del significato più coerente con l'accordo già composto). Diverso sarà però il caso in cui ci si accorga di aver tralasciato elementi prioritari che, di per sé, sbilanciano a tal punto il "valore" da indurre a riassestarlo su un baricentro totalmente diverso [74].

Le considerazioni svolte, e testé giunte a un punto d'arrivo, reggono un corollario, che ne farà intuire l'importanza nell'economia di questo lavoro.

Sin d'ora possiamo notare come le operazioni ricostruttive menzionate avvengano, *de iure condito*, in virtù del coordinarsi di più istituti: dall'applicazione del diritto dispositivo in virtù della qualificazione alla sua deroga implicita o esplicita (e all'integrazione *ex fide bona*); dalla nullità parziale alla possibile conversione del contratto.

Ma non è tutto.

Le operazioni in parola conducono a rinvenire un "valore" sulla base dell'armonico gioco di quelli che ho definito "elementi di fatto": ma che, a ben vedere, corrispondono agli "interessi". E il termine interesse qui, palesemente, non è inteso semplicemente come tensione verso un bene della vita (o come scopo [75]), ma più in generale come "valore" che, nei confronti delle parti, assume un certo dato fenomenico in un certo contesto.

Se così è, però, dobbiamo ammettere che il termine "valore", con cui ho sintetizzato il contratto, equivalga a quello di "assetto di interessi", inteso sia come plurimo concorrere di più elementi di fatto, sia come nuovo ordinamento creato dalle parti recante in sé il suo "senso complessivo", il suo "spirito".

Sennonché, la formula "assetto di interessi" è pure quella che la dottrina [76] e la giurisprudenza [77] associano alla causa concreta. Non si tratta di una mera omonimia: la causa non è e non

---

(ma semmai del giudice; salvo, per l'appunto, dimostrare che si siano voluti interessi differenti).

[74] È il caso, ad esempio, dell'interprete che qualifichi un contratto come tipico commutativo, finché non si accorge della presenza di clausole che lo rendono atipico e aleatorio.

[75] Non posso sottacere come il più noto tra gli attuali sostenitori della causa concreta (ossia C.M. Bianca) la colleghi all'idea di "scopo". Poiché a breve vedremo che "valore" e "causa" sono sinonimi, v'è subito da fare chiarezza sull'uso che farò delle parole. Se con scopo si intende il fine materiale perseguito da una parte con il contratto, esso è sicuramente rilevante come *uno* tra gli interessi di cui parlo nel testo. Tuttavia, in tal senso la causa non è "scopo" o "insieme degli scopi", essendo anche molto altro. Ma in un'ottica più complessa (causa come "valore") se si parla di "scopo", di nuovo, o di "funzione", si vuol intendere l'intero "senso" dell'accordo: infatti, giacché l'accordo è programma per il futuro, la sua causa è anche – in senso molto lato – lo "scopo" per cui le parti pongono in essere una dichiarazione (ossia, è il nuovo assetto di interessi che esse vogliono approvare).

[76] Per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III$^2$, cit., 453.

[77] La definizione di causa concreta come «sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare» è quella offerta dalla celebre sentenza 10490 del 2006. E la sintesi può essere intesa come concentrazione in un punto ideale di tutta la portata del patto: in altri termini, centrale è sempre l'idea dell'accordo come "valore" e quella del suo "senso complessivo".



può essere assetto di interessi soltanto nel senso per cui il contratto è volto a soddisfare certi interessi materiali finali; difatti, gli interessi sottesi all'espressione "assetto di interessi" sono anche quelli che attengono alla regola contrattuale in quanto tale, nella sua intensità e direzione [78], così come, più in generale, sono tutti quelli che compongono la complessiva *Interessenlage* e che, in quanto elementi dotati di un "senso" e di un'incidenza sul "valore", si proiettano su questo, mutandone il baricentro e, quindi, la causa [79].

Da questa conclusione sorgono numerosi interrogativi, che subito passo ad affrontare.

**4.** – Alla causa, specie se letta come causa concreta, è potenzialmente possibile ricondurre tutta la ricostruzione del contratto, così come pure il suo esito, ossia il contratto visto come assetto di interessi (o come "valore"): si tratta di un logico corollario delle premesse che ho posto poc'anzi [80]. In altri termini, la causa può abbracciare sia quel movimento di ricomposizione ordinata, attorno a un baricentro di "senso", dei vari dati fenomenici letti tramite l'interpretazione, sia quel "senso complessivo" definitivamente individuato dall'interprete. Si tratta delle due nozioni di contratto, dinamica e statica, che prima richiamavo: e che rappresentano quindi anche due nozioni di causa, dinamica e statica [81].

---

[78] Esemplificando: da un lato vi sono gli interessi corrispondenti alla prestazione; dall'altro quegli interessi relativi alle regole contrattuali (emblematicamente: intensità della responsabilità o clausole di esclusione della stessa). Anche quando si parla di sola "funzione" non si intende il semplice risultato materiale, ma tutto ciò che l'atto di autoregolamento approva, sottratto solo il momento di approvazione di tale nuovo assetto di interessi. La "funzione", così intesa, è quindi l'intero patto nella sua portata sociale: in cui la regola di attribuzione o configurazione (v. § 5) e il vantaggio materiale occupano, inevitabilmente, una posizione preminente, attorno a cui si ordinano tutte le altre regole. Se così non fosse, ne risulterebbe una visione distorta e artificiosa: basti considerare una fideiussione, la cui causa deriva senza dubbio anche dalla considerazione dall'aspetto deontologico (la nascita di un credito).

[79] È sufficiente por mente alla distinzione qualificatoria tra contratto d'appalto e di prestazione d'opera: se essa può venire affidata alla causa (come ritiene C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III$^2$, cit., 475) vuol dire che quest'ultima terrà conto dell'elemento discretivo (il prestatore d'opera è imprenditore medio-grande), il quale si inserirà come interesse nell'assetto di interessi, nel "valore" complessivo.

[80] Con specifico riferimento a un profilo, ossia al ruolo ermeneutico della causa, v. in dottrina già G. ALPA, *Unità*, cit., 1507 ss., e poi C.M. BIANCA, *Causa concreta*, cit., 258 (e già ID., *Diritto civile*, III$^2$, cit., 404, con richiamo dell'art. 1369 c.c.); C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., 331 ss. (che collega causa e interpretazione già *ex* artt. 1362 s., scartando invece il riferimento all'art. 1369 c.c.; v. però pure 404 ss.); E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 320 (valorizzando il richiamo al «senso» di cui all'art. 1363 c.c.); D. ACHILLE, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 155 ss.; ID., *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 37 ss. (il quale si riferisce anche all'art. 1362 c.c.). V. anche la peculiare posizione di A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., 533 e 597 ss. (il quale attribuisce all'art. 1369 c.c. un ruolo abbastanza secondario e, mentre ritiene che l'interpretazione collegata all'individuazione della causa nasconda in realtà un ragionamento «circolare», esalta il ruolo dell'interpretazione teleologica); in giurisprudenza Cass. 22 novembre 2016, n. 23701, inedita. In Germania cfr. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II$^3$, cit., 315.

[81] Quest'ultima, come anticipato, rappresenta un momento ideale, che coincide con lo "spirito" del patto e che racchiude *in nuce* tutta la disciplina del contratto (la quale, a sua volta, si può trarre automaticamente "svolgendo" tale nuova *Interessenlage*).



Entrambe, a loro volta, non possono essere che dominate da un'istanza di socialità [82], intesa non come limite dell'autonomia, ma come fondamento dell'autonomia stessa: quest'ultima, infatti, viene naturalmente esercitata adoperando strutture di senso, le quali, a loro volta, riguardano anche i profili più particolari dei contratti. Fuori da questa socialità non vi è autonomia difettosa (esercizio invalido della stessa [83]): semplicemente non vi è autonomia.

Apparirà chiaro, a questo punto, quali rischi porti con sé un concetto così ampio di causa, in cui si rinvenga tutto l'assetto di interessi visto, staticamente, come "valore" e, dinamicamente, come "valore" che si forma, ossia come insieme delle convenzioni sociali che presiedono a tale sviluppo ricostruttivo.

In prima battuta essi appaiono essere due, tra loro strettamente connessi: da un lato, v'è il pericolo che la causa finisca semplicemente per coincidere con il contratto [84]; dall'altro, v'è quello che essa si sovrapponga ad altri istituti, svuotandoli di contenuto o, più probabilmente, finendo per essere un istituto inutile [85].

Si apre allora, a ben vedere, un terzo rischio: dove vi è inutilità vi è un ulteriore pericolo, ossia quello di confusione. Questo, a sua volta, emerge chiaro, se si pensa che una nozione come quella di causa, proprio per la sua potenziale vastità – non va tra l'altro dimenticato che la causa, oltre al ruolo ricostruttivo, ha pure una funzione di controllo della realizzabilità e della liceità del patto, nonché, per chi l'ammette, di meritevolezza –, finisce per poter essere piegata ai più diversi utilizzi, permettendo di mascherare la reale operazione di volta in volta compiuta dal giudice dietro a una formula *passe-partout*.

Verrebbe fatto di chiedersi, a questo punto, quale sia la legittimità teorica di un istituto come la causa, quanto meno perché il suo spazio d'azione sembrerebbe sovrapposto a quello di altri istituti. E la risposta che a questo punto sovviene è proprio quella indicata da Roppo.

Non solo perché altri ordinamenti ne fanno a meno [86], addossando immediatamente ad altri

---

[82] Avverto sempre che non si tratta di una tensione sociologica, ma di quella socialità che informa gli istituti giuridici.

[83] Diverso è chiedersi, dopo aver individuato un contratto (un accordo giuridicamente rilevante), se esso sia realizzabile. Tale interrogativo può portare a rievocare, in un'altra prospettiva, la normalità sociale: si pensi alla vendita *nummo uno*, che come contratto di scambio è irrealizzabile.

[84] Lo nota soprattutto, con riguardo alla causa intesa come funzione, R. SACCO, *Il contratto*, cit., 577 s. (più di recente R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*[3], cit., 780 ss. e 784 ss., e R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*[4], Torino, 2016, 788 ss.). V. già E. OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 364, testo e nt. 38. V. però allora G. DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 790, secondo cui la causa va intesa «come *profilo* piuttosto che come elemento del contratto», di talché essa corrisponderebbe a «un valore che trascende la fisionomia strutturale del contratto medesimo», e già A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 234, nonché A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, 1957, 13 s., testo e nt. 14.

[85] È una delle critiche tipica degli anticausalisti, sin da M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*[2], II, Paris, 1902, 322 s., e da G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno*[7], III, *Fonti delle obbligazioni – Contratti*, Firenze, 1925, 621.

[86] Quello tedesco, come noto, parla di causa in ambito contrattuale soltanto al fine di distinguere i contratti astratti, che non sono *zweckgerichtete* (basti qui il rinvio a K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerli-*



istituti l'onere di cogliere la socialità del patto, l'interprete italiano deve abbandonarla [87]: si tratta, infatti, di uno strumento che appartiene alla nostra tradizione. Tuttavia, dev'esserne trovata una nozione equilibrata: parlare di causa nel senso vastissimo che s'è detto, senza distinguere i vari ambiti in cui essa è di un qualche rilievo, rischia di annebbiarne l'utilizzo, di rendere difficilmente controllabile (già da un punto di vista linguistico) le decisioni della giurisprudenza.

Orbene: non è difficile rendersi conto che la causa, cui mi sono riferito nel precedente paragrafo, è quella "*dinamica*", che svolge la sua funzione nel corso dell'itinerario ermeneutico-ricostruttivo volto a rinvenire il "senso complessivo" del contratto (e a trarre da questo regole specifiche) [88].

La soluzione implicitamente offerta da Roppo è, invece, quella di attribuire alla causa quella forma visibile che essa inevitabilmente assume per svolgere le funzioni di cui è caricata *dal punto di vista statico* (ossia, ad accordo già interpretato e ricostruito).

Se esiste una causa immediatamente operativa, infatti, essa non è quella dinamica, ma quella statica: solo questa causa può (eventualmente) avere un margine di operatività reale e, in quanto tale, non sovrapposto a quello di altri istituti. Parlare di causa, a monte di ciò, non è errato, ma non è nemmeno necessario, come a breve vedremo [89].

---

*chen Rechts*[7], München, 1989, 328). Sulla recente riforma del diritto francese, che ha espunto dal codice la nozione, tra l'altro non coincidente con quella di causa, di *cause* (ma di fatto sostituendola con sinonimi in tutte le ipotesi in cui essa godeva di una concreta applicazione giurisprudenziale, salvo forse per il caso dell'atto privo di *expressio causae*) cfr. G. WICKER, *La suppression de la cause et les solutions alternatives*, in *La réforme du droit des obligations en France. 5e journées franco-allemandes*, sous la direction de R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud, Paris, 2015, 19 s. e 137; D. MAZEAUD, *Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!*, in *Droit & Patrimoine*, 2014, 38 s.; C. GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots*, in *Recueil Dalloz*, 2015, 814 s.

[87] Noto il dibattito sulla causa in sede di progetti di diritto comune europeo (cfr. tra tanti V. GORLA-F. SILVA, *La causa come elemento essenziale del contratto. Assente o solo "nascosta"?*, in *Il* DCFR*: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, a cura di C. Marchetti, Torino, 2012, F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*[3], Wien-New York, 2009, 1150 s.; J. GHESTIN, *Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats?*, in *European Review of Contract Law*, 2005, 416; R. RASCIO, *I Principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 255 ss.; C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, ed. italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, XXIII ss.; A. DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, 292 s.). Quanto all'abbandono della causa in Italia, si v. per tutti M. GIROLAMI, *L'artificio della* causa contractus, Padova, 2012, *passim*; G. BROGGINI, *Causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC. Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 31. Su questi punti v. di recente R. SENIGAGLIA, *Per un'«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà "orizzontale" e contratto*, in *juscivile*, 2016, 508 ss.

[88] Rinvenire un "valore" e trarne delle regole non sono due operazioni distinte, ma due facce della stessa. In base a quanto già sostenuto, dovrebbe ammettersi che l'operazione a monte non sia solo interpretativa, ma nemmeno soltanto ricostruttiva. Compiuta l'interpretazione-ricostruzione, le regole del patto saranno implicite nel "valore". Tra esse si potranno poi distinguere quelle poste direttamente dalle parti (ossia quelle che trovano un più diretto riferimento nella dichiarazione) e quelle, invece, derivanti dalla legge o dalla buona fede (rispetto alle quali la volontà, pur posta a fondamento della qualificazione e del più generale *oportere ex fide bona*, si atteggia in modo indiretto od obliquo, approvando semmai l'insieme degli elementi di fatto da cui trarre il "valore"). Questa contrapposizione tralatizia in realtà – come si sarà inteso – appare non del tutto perspicua, o comunque non assolutizzabile (cfr. nt. 65), in virtù dell'eterogeneità dei termini del riferimento (pur in parte collegati tra loro).

[89] O, meglio, può essere utile, finché però lo si faccia in modo equilibrato e senza oscurare, tramite il generico ri-



Ci si chiederà, a questo punto, per quali profili la causa statica assuma un rilievo direttamente operativo. Se causa è assetto di interessi, e se l'assetto di interessi non è altro che un profilo del patto, potrebbe apparire forzato ritenere che una tale causa svolga una qualche funzione: una volta interpretato e ricostruito, il contratto è identificato, e con esso anche la sua causa. Questa, assumendo una portata – per così dire – definitoria, non potrebbe presentare delle patologie.

Il ragionamento è esatto, ma manchevole. La causa statica ha davvero un ruolo operativo: anzi, *solo dal punto di vista statico il concetto di causa diviene insopprimibile*, ora per ragioni logiche (finché il diritto statuale voglia seguire la socialità e, con ciò, richiedere che ogni accordo presenti un "senso"), ora per motivi positivi.

Ritornano alla mente, qui, proprio le due funzioni della causa che Roppo sottolineava: da un lato, il controllo rispetto all'atto privo di causa; dall'altro, la verifica di realizzabilità della causa. Su di esse vale la pena di spendere alcune parole.

Quanto all'atto astratto [90], effettivamente può avvenire che in via interpretativa *sembri* approvato un accordo tale, però, da non essere leggibile come "valore". La soluzione che dovrebbe darsi a tale problema, a rigore, parrebbe essere (*ancora*) interpretativa: l'atto appare comunque incompleto e, quindi, giuridicamente irrilevante o comunque non rilevante come negozio o contratto (salvo il caso dell'art. 1988 c.c.).

A dire il vero, potrebbe anche supporsi che le parti abbiano, semplicemente, voluto astrarre un effetto giuridico da un accordo più ampio. Nel qual caso, allora, ci si dovrebbero porre due interrogativi: se tale volontà abbia un rilievo per il nostro ordinamento; se, una volta correttamente qualificata, si scontri – e quindi sia nulla per violazione di una norma imperativa – con quelle disposizioni in base alle quali il giudice deve controllare (e quindi anche *poter* controllare) la realizzabilità della causa. Di tutto questo parlerò a tempo debito.

Per l'intanto, notiamo come proprio il controllo di realizzabilità tocchi la seconda dimensione operativa della causa. Si tratta di un concetto ineliminabile logicamente (fa parte dell'idea di contratto "sensato" la sua effettiva realizzabilità), ma positivamente declinabile in modi e forme diverse. Alla luce della scelta compiuta dall'ordinamento italiano, la causa, come istituto volto a

---

ferimento alla causa, la specificità dei vari momenti ricostruttivi. In questo mi pare possa trovarsi il punto di connessione dei diversi approcci al tema della causa concreta (del suo utilizzo giurisprudenziale) di Roppo e Bianca (per quest'ultimo: cfr. C.M. BIANCA, *Causa concreta*, cit., 256 ss.).

[90] I problemi dell'astrazione sono tali in tutti gli ordinamenti (e sono ontologicamente legati alla teoria della causa). I negozi astratti costituiscono, se ammessi, quella valvola di sfogo dell'ordinamento rispetto all'assorbimento pieno della socialità (della ricerca del "senso" sociale dei contratti, anche nel concreto) che, in pari tempo, conferma tale assorbimento (e così anche, *a fortiori*, ove i negozi astratti non siano invece ammessi). In altri termini, in tutti gli ordinamenti di *civil law* nel rifiuto dell'atto astratto (o nella sua ammissione pur circondata da note di specialità, anche formali) si può rinvenire l'adesione del sistema giuridico alle convenzioni sociali che reggono l'autonomia privata. Ciò vale, ovviamente, per i negozi obbligatori: quanto a quelli dispositivi, la scelta per l'astrazione va collocata nella più ampia sistemazione logica, che ogni ordinamento offre, del fenomeno del trasferimento della proprietà (che, a sua volta, può seguire il principio consensualistico, la distinzione tra *titulus* e *modus* causale, quella tra *titulus* e *modus* astratto o *Verfügungsgeschäft*).



consentire un controllo di realizzabilità del programma negoziale, è *de iure condito*[91] sicuramente insuperabile da parte dell'interprete.

Non è difficile, del resto, scorgerne l'utilità: la domanda relativa alla realizzabilità della causa (ossia del programma negoziale visto nei suoi tratti essenziali) permette di rendere solidale l'esecuzione del patto rispetto alle esigenze delle parti, anche là dove i problemi di irrealizzabilità non vengano adeguatamente coperti da istituti, per così dire, formalistici[92] (come l'impossibilità dell'oggetto o quella sopravvenuta della prestazione)[93].

Insomma, il riferimento alla causa è volto a far affiorare proprio quei profili che solo nella causa trovano espressione[94]; a sua volta, l'aggettivazione della causa (che è qui *realizzabile*) permette di renderla operativa, e non solo, per così dire, definitoria. Non si tratta infatti, qui, di *cercare la causa*, ma semmai di *verificare la sua realizzabilità*. Cosa ben diversa.

Traiamone le conclusioni.

La causa dinamica non può logicamente dar luogo a una patologia del patto, rappresentandone semmai una chiave di lettura (del resto, al di fuori della convenzionalità sociale semplicemente non v'è autonomia). La causa statica intercetta un vizio (in senso lato[95]): porti esso, per

---

[91] In Germania, infatti, non si parla mai di causa irrealizzabile (solo nel diritto dell'arricchimento i giuristi parlano di mancata realizzazione dello *Zweck*, e specialmente nell'ambito della *condictio causa data causa non secuta*: v. per tutti A. SÖLLNER, *Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritt des mit einer Leistung bezweckten Erfolges*, in *AcP*, 1963, 20 ss.; E. VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *Festschrift für Ernst Rabel*, I, *Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht*, hrsg. von H. Dölle, M. Rheinstein und K. Zweigert, Tübingen, 1954, 346 s.; K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2[13], *Besonderer Teil*, München, 1994, 151). Anche in Francia, oggi, non si parla più di *cause fausse*, ma – ad esempio – di *contrepartie illisore ou dérisoire* (art. 1169 *Code civil*). Il cambiamento è però in buona parte solo nominalistico (si consideri del resto J. GHESTIN, *Cause*, cit., 107 ss.); esso deriva forse dalle strettoie in cui la dottrina francese si era infilata accogliendo il concetto di causa dell'obbligazione (tipico e atomistico, in quanto tale difficilmente idoneo a sintetizzare tutto il patto), pur coniugato con quello di causa del contratto (come insieme dei motivi comuni: cfr. già H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, II, *Obligations théorie générale. Biens droit de propriété et ses démembrements*, Paris, 1956, 204 ss.). Tali concetti, privi di una portata definitoria dinamica e aventi solo un rilievo operativo nell'ambito dell'irrealizzabilità, sono stati sostituiti da disposizioni specifiche per il tramite della recente riforma (la quale, invece, non fa più cenno al problema dell'*instrumentum* privo di *expressio causae*, ossia del *billet non causé*: ma è probabile che i giudici francesi decideranno facendo applicazione dei vecchi orientamenti; d'altro canto, la nuova riforma è avvenuta, come si suol dire, a "giurisprudenza costante": cfr. D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 800 ss.; P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo* Code Napoléon, in Liber amicorum *Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, II, Napoli, 2018, 1887 ss.; D. ACHILLE, *Efficacia, effettività e attualità della norma: il ruolo del precedente giurisprudenziale*, in corso di pubblicazione).

[92] Rischio di formalismo che di certo la causa evita, intercettando direttamente il "senso" sociale (anche concreto: ma pur sempre oggettivo, e quindi sociale) del patto. V. *infra*, più ampiamente, sulla causa come concetto "effettuale".

[93] Non per nulla un ordinamento, come quello tedesco, le cui categorie sono probabilmente più analitiche, sente il bisogno di sindacare quelli che per un giurista italiano sono problemi di realizzabilità della causa tramite altri istituti (non ultima, ovviamente, la *Geschäftsgrundlage*).

[94] Non è un caso che la causa irrealizzabile venga invocata soprattutto per casi tipici (come quelli dell'aleatorietà o della presupposizione), che si sottraggono a una diversa considerazione. Si spiega così anche la ragione per cui la causa illecita (un'altra causa *aggettivata*) si sovrappone, in numerosi casi, all'oggetto illecito: V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 380 s.

[95] Non è propriamente un vizio l'irrilevanza dell'atto muto. E, infatti, tale soluzione non è che un riflesso diretto



ragioni tecniche, all'irrilevanza giuridica dell'atto (non considerabile quale contratto [96]) o alla nullità del contratto [97].

Sulla causa statica va, quindi, disegnata la forma visibile della causa. Giunti a questo risultato, possiamo però procedere anche oltre, al fine di verificare che rapporto vi sia tra la forma visibile della causa (plasmata sulla nozione statica) e la causa dinamica. Avvertendo però che, nel farlo, ci muoveremo in parte privandoci del saldo riferimento alle opere di Roppo [98].

La nozione così tracciata di causa potrebbe – in un certo senso ed entro particolari limiti – essere utilizzata anche nell'ambito delle operazioni relative alla progressiva ricomposizione ermeneutica dell'accordo e, quindi, per aiutare interpretazione e ricostruzione (e in particolare sovrintendere a quest'ultima). Così facendo, si restituirebbe alla causa il suo ruolo dinamico.

Ci si potrebbe però chiedere se, così postulando, non riemergerebbero i rischi di sovrapposizione già prima denunciati: e, d'altro canto, ci si dovrebbe domandare se la causa abbia davvero una qualche utilità al riguardo.

Per rispondere a tale quesito, deve prima risolversi un problema assai ostico: quello della socialità dell'autonomia privata [99]. Se, infatti, nelle pagine precedenti ho parlato di una dimensione sociale dell'autonomia, che è comunque giuridica, debbo ora sciogliere e chiarire questa espressione. Al fondo, infatti, v'è la soluzione al nostro dubbio.

È inevitabile supporre che i privati si muovano in una prospettiva sociale (se si vuole, sociogiuridica, cui cioè è immanente la rappresentazione della sanzione giuridica statuale [100]). Ma è

---

della nozione dinamica di causa (interpretazione e ricostruzione impediscono di rinvenire nei dati fenomenici reali un contratto). Nondimeno, si tratta di un profilo statico della causa, giacché è staticamente che un atto senza senso pare essere giuridicamente rilevante (benché poi la soluzione richieda di riaprire l'indagine dinamica sulla causa: v. su questo profilo l'inizio del § 7). Ovviamente, di vero e proprio vizio parleranno quanti ritengono che l'atto muto sulla causa sia considerato nullo dall'ordinamento italiano (tra questi anche V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 362).

[96] In Germania l'atto privo di *Abstraktionswille* che non presenta una causa è probabilmente inesistente per *logischer Dissens* (in realtà, ciò avviene parlando di *essentialia contractus* e ponendo, tra essi, la scelta del tipo: cfr. U. DIEDERICHSEN, *Der logische Dissens*, in *Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, hrsg. von D. Wilke, Berlin-New York, 1984, 89). In Francia l'*instrumentum* privo di *expressio causae* ha (aveva) secondo la migliore dottrina rilievo soltanto probatorio (sarà [sarebbe stato] il convenuto a provare che il contratto più ampio non è [era] stato concluso o presenta [presentava] delle patologie: cfr. F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*[8], cit., 359 s.). Dirò oltre che il riferimento normativo dell'atto muto sulla causa in Italia è l'art. 1322, comma 2, c.c. (cfr. § 5).

[97] Cfr. ovviamente gli artt. 1325, n. 2, e 1418 c.c.

[98] Al fine di non sovraccaricare la causa, Roppo non sottolinea il suo ruolo interpretativo-ricostruttivo, limitandosi a taluni brevi riferimenti (cfr. V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 452, sull'interpretazione, e 812, sulla nullità parziale, ove è richiamata anche la buona fede; a dire il vero, la stessa definizione della causa come «ragione giustificativa del contratto», ossia come «*ratio*, cioè … elemento che lo spiega razionalmente, che gli dà un senso razionale», appare vicina all'idea di causa dinamica, giacché nella *ratio* va inserito qualsivoglia elemento che può contribuire a delineare il "valore": compresi quelli che non entrano nella forma visibile della causa). L'opzione è condivisibile; nel testo, però, vorrei provare ad approfondire proprio questa nozione dinamica di causa (centrale, invece, nel ragionamento di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III[2], cit., 434 e 472 ss.).

[99] Tema notissimo. V. per tutti F. VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, 481 ss.; W. CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1929, spec. 53 ss.

[100] Effettivamente, già dal punto di vista sociale taluni rapporti, e in particolare quelli contrattuali (escluse le cortesie), appaiono richiedere una sanzione giuridica, che il diritto statuale (in tanto in quanto fenomeno sociale e in vir-



altrettanto ovvio che l'interprete giuridico – che non è certo un sociologo – debba far uso, nei suoi ragionamenti, di categorie giuridiche, al fine di ricostruire il sistema normativo (e, in particolare, di dare forma razionale agli interessi che emergono dalla realtà sociale e di trarre dalle disposizioni di legge, anche in virtù della finalità per cui sono state poste, le norme che più si confacciano a tale realtà).

Il diritto dei contratti è, a ben vedere, dominato tutto dalla socialità: del resto, sul piano sociale si formano, tramite la prassi, vere e proprie "regole" (le stesse regole secondo cui condurre l'interpretazione, come quelle relative alla rilevanza di un errore, appaiono avere un fondamento sociale). Al tempo stesso, il diritto dei contratti appartiene certo all'ordinamento giuridico statuale: il che parrebbe contraddire la prima affermazione.

Onde evitare ogni incoerenza, deve ammettersi che tanto il legislatore, quanto poi l'interprete dei testi di legge, tendano a "recepire" questa socialità (allorché, ovviamente, essa appaia idonea alla sanzione giuridica statuale). Nel farlo, il sistema normativo inevitabilmente declinerà e specificherà la dimensione sociale, che a livello giuridico si presenterà quindi tradotta in norme precise.

Difatti, benché nella dimensione sociale le "regole" presentino margini di vaghezza, risultando più sicure soltanto con riguardo a "casi semplici", dal punto di vista giuridico è necessario pervenire a una e una sola soluzione per ogni caso [101]: quella, tra l'altro, che assecondi le esigenze di razionalità (e, in pari tempo, che – pur in ossequio a una misura minima di razionalità ineludibile – assicuri anche un qualche grado di certezza).

Orbene: in un sistema di diritto giurisprudenziale (s'intende: dominato dalla scienza giuridica) la soluzione si imporrebbe tramite un esame diretto del fatto. A sua volta, la certezza nell'applicazione del diritto, oltre che la razionalità (derivante dal trattare casi simili in modo simile), la speditezza e la controllabilità della decisione del giudice sarebbero assicurate, ad esempio, dal ricorso a metodo dogmatico o dalla tecnica del precedente.

In un sistema di diritto scritto come quello italiano (pur con le attuali forti inclinazioni verso una *judge made law* [102]), risulta più complesso il processo ermeneutico: esso, infatti, si trova a investire necessariamente, oltre al piano della convenzionalità sociale (ossia al piano valoriale), anche le disposizioni di legge.

---

tù soprattutto dell'opera di razionale aggiornamento degli interpreti) non potrebbe non concedere, salve ovviamente eventuali valutazioni fondate su *rationes* diverse (come quelle al fondo del controllo eteronomo: v. *infra* nel testo). V'è comunque da precisare, da un lato, che spesso le situazioni sociali concrete appaiono rientrare in una zona grigia di ambiguità e incertezza (che spetterà al diritto, in sede di recepimento, precisare); dall'altro, che socialmente talvolta si percepiscono – a livello collettivo – le particolari, e ulteriori, condizioni a cui il diritto statuale subordina la predisposizione della sua sanzione (si pensi alla forma della donazione non di modico valore): ove così avvenga, l'interpretazione del volere terrà conto di questa normalità (da cui, però, in concreto le parti potranno discostarsi).

[101] Si pensi all'errore: è possibile annullare per errore non riconosciuto, salvo risarcire il danno, o meno? L'ordinamento italiano e quello tedesco offrono, come noto, soluzioni diverse sul punto (§ 122 II BGB e art. 1428 c.c.).

[102] N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1153 ss.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 765 ss.



Queste, a loro volta, non sono autonome rispetto alla dimensione sociale: viceversa, l'interprete dovrà interpretarle e verificare in che modo esse mirino a recepire la socialità.

Egli cercherà allora la regola entro i possibili sensi della disposizione (che lo vincolerà così entro uno steccato ermeneutico e, in tal modo, assicurerà una maggiore certezza del diritto). Nel farlo, l'interprete si avvarrà di costruzioni dogmatiche, tali da abbracciare anche le norme di legge e da inserire in un tessuto ordinato le regole sociali (di modo da concettualizzarle e da offrirne una declinazione semplice e di pratico utilizzo) [103].

Viceversa, là dove si esca dall'area di ambiguità della socialità (volendo: socio-giuridicità), la disposizione che tenda comunque a esserne mezzo di recepimento apparirà irrazionale (e, presumibilmente, incostituzionale). Resta fermo che talune disposizioni recepiscono dalla socialità le regole attinenti alla conclusione, all'interpretazione e alla ricostruzione dei contratti (più in generale, alla loro "rilevanza"); altre, invece, perseguono valori, sempre percepiti a livello sociale e di cui l'ordinamento giuridico si fa portatore, che definirei "trasversali", la cui concreta operatività richiede un intervento eteronomo sul contratto [104].

Consideriamo a questo punto più da vicino le disposizioni di legge relative ai tipi.

Le definizioni legislative dei tipi non sempre risultano concordare a pieno con il "senso" sociale delle varie operazioni economico-giuridiche che vi sono sottese [105]: di talché, per lo meno ove si ritenga che dalla semplice qualificazione in un tipo derivi l'applicazione di tutta la disciplina dispositiva prevista dalla legge, risulta necessario ovviare a questo inconveniente.

Si può, in particolare, proporre di far incontrare interpretativamente le istanze sociali, da un lato, e le disposizioni di legge poc'anzi richiamate, dall'altro, proprio nella causa [106] (il che chiarisce la necessità del precedente *excursus*). L'idea, cioè, è che l'interprete debba guardare alle disposizioni definitorie del tipo, così come a quelle che ne recano la disciplina dispositiva, ponendole a confronto con il piano sociale. Si ricava, così, per ogni contratto tipico un "tipo effettuale", ossia uno schema sociale di senso declinato e precisato dal diritto statuale [107], che costituisce il vero e proprio tipo cui ricondurre ciascun contratto concretamente concluso.

Il tipo effettuale, dunque, coincide con la portata sociale degli accordi afferenti a quel tipo,

---

[103] Così avviene, a voler esemplificare, per le regole di conclusione del contratto.

[104] A dire il vero, pure le norme relative alla patologia del contratto privo di elementi essenziali si pongono in continuità con l'autonomia dei privati. Di eteronomia può parlarsi, invece, per quanto riguarda quelle previsioni di legge che sostituiscono il contenuto del contratto in funzione della volontà ordinamentale di perseguire valori peculiari e diversi (allorché la sostituzione, invece, avviene in funzione di tutela di una parte, nella stessa può vedersi il recepimento di un'istanza sociale legata al piano precontrattuale, su cui però non v'è qui da indugiare).

[105] L'esempio classico è quello del comodato, la cui definizione non distingue tra un comodato con interesse patrimoniale del comodante e uno privo di tale interesse (mentre la disciplina dettata parrebbe adattarsi solo a questa seconda figura, soprattutto ove si considerino le mitigazioni della responsabilità del comodante che sono previste).

[106] Diversa è la soluzione di quanti (partendo tra l'altro da una concezione diversa della causa) hanno proposto di far uso del metodo tipologico (cfr. per tutti D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin, 1971, 25 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., *passim*; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, spec. 223 ss.).

[107] Non molto diversamente in G. DATTILO, *Tipicità*, cit., 797 ss.



per come essa viene concettualizzata dall'ordinamento giuridico (a tal fine si terrà conto, in particolare, della disciplina dispositiva che è abbinata a ogni contratto tipico). Dovendo consentire l'apprezzamento di questo "senso complessivo", il "tipo effettuale" non può ridursi a intercettare i problemi di struttura del contratto (meno che meno formalizzata nel lessico delle varie posizioni giuridiche), né quelli di sola funzione (intesa in senso stretto come insieme degli interessi materiali da realizzare attraverso l'esecuzione dello stesso), ma dovrà congiungerli, lasciando emergere, per l'appunto, il "senso", ossia l'assetto di interessi tipico (o la funzione tipica, ma allora intesa come tipica operazione economico-giuridica).

Spetterà all'interprete, quindi, ricostruire a partire dalle disposizioni di legge il sistema effettuale, ossia la dimensione sociale per come declinata dal diritto statuale: fermo restando che, successivamente, sarà sempre l'interprete a dover valutare se l'ordinamento in via eteronoma non si sovrapponga al "valore" privato, per disconoscerlo o per modificarlo [108]. Preciso queste osservazioni, onde evitare ogni equivoco: il livello effettuale è in tutto e per tutto giuridico, anche se non parla nel lessico delle posizioni e dei rapporti giuridici (gli effetti giuridici, in generale, appaiono in sede di "svolgimento" dell'assetto di interessi) [109]; esso, inoltre, individua il contratto "rilevante" [110], a prescindere dalle (successive) valutazioni eteronome dell'ordinamento.

Su questo stesso piano effettuale si dovranno compiere, in generale, tutte le operazioni riconducibili alla ricostruzione: ed è facile capire, allora, in che senso la causa possa essere strumento e fine di tutte queste.

Procediamo però con ordine.

La qualificazione porta con sé l'applicazione di una certa disciplina al contratto: quella contenuta nel diritto dispositivo [111]. Essa, si è detto in dottrina, non è altro che una cristallizzazione legislativa della più razionale regolamentazione prevedibile per un certo tipo contrattuale [112] (in un certo senso, si tratta di una declinazione offerta dal legislatore di quell'*oportere ex fide bona* che è connesso alla conclusione di ogni contratto [113], proprio in virtù del fatto – da più parti riconosciuto – che tutti i contratti moderni sono "di buona fede" [114]).

Ma, se così è, deve ammettersi che questo diritto dispositivo possa essere derogato sia in

---

[108] Cfr. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*$^2$, cit., 57.

[109] Così evitandosi le critiche reciproche di S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *In memoria di Giacomo Venezian*, Messina, 1934, 187 ss., ed E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*$^2$, cit., 180 s.

[110] Sulla rilevanza v. spec. N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *N.ssimo Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss.

[111] Su cui v. in particolare M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011.

[112] C.-W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, in *AcP*, 2000, 285.

[113] Già E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die* clausula rebus sic stantibus*. Rechtsphilosophische Studie zum Rechtsstaats– und Vertragsbegriffe*, Tübingen, 1911, 214.

[114] Hein. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1932, 288; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, 44.



modo espresso, sia in modo tacito: quest'ultima eventualità si porrà nel caso in cui il contratto, inteso come "valore", risulti nel suo baricentro difforme rispetto al tipo effettuale, pur in assenza di una clausola esplicita. Si richiederà allora di escludere una parte della disciplina dispositiva (o già *ex lege*, o rinvenendo una deroga tacita nell'accordo [115]).

Così come la deroga tacita al diritto dispositivo, anche la stessa integrazione *ex fide bona* del contenuto espresso del contratto si avvale della causa concreta, intesa quale "baricentro di senso" [116]. Non solo: sempre in chiave ricostruttiva, e guardando al "valore", possono risolversi le questioni per cui il legislatore richiama, implicitamente, un *Zuendedenken* del contratto [117]: il riferimento va qui soprattutto alla nullità parziale e alla conversione del contratto.

Insomma, in tutti questi casi le operazioni richieste all'interprete coinvolgono la ricerca del "senso" sociale del singolo contratto, per come recepito e declinato in seno al diritto statuale: ossia, richiedono all'interprete di porsi su un piano "effettuale", ove sia possibile "sintetizzare" le istanze della socialità e le disposizioni giuridiche statuali.

Il piano effettuale, come luogo d'incontro e di sintesi tra il dato sociale e la disposizione di legge, non è altro che il piano della causa. È la causa che tradizionalmente consente di rinvenire il "senso" sociale (pur tenendo conto anche della sua declinazione giuridica). E per tale ragione la causa può effettivamente avere una sua utilità, giacché essa pare davvero guidare sul piano effettuale le varie operazioni ricostruttive.

Giunti a questo esito, se ne scorgono di ulteriori. Sotto questo punto di vista la causa dinamica, infatti, pare vedersi attribuita anche un'altra utilità: essa può rappresentare non solo il luogo di sintesi effettuale, ma anche quello di sintesi tra i diversi istituti che tradizionalmente presiedono alla ricostruzione del contratto (su tutti: qualificazione, integrazione). Da un altro punto di vista, la causa – una volta identificata, e però sempre in tutta la sua ampiezza e complessità – è poi essa stessa sintesi: nel senso di momento ideale in cui è racchiuso tutto il patto inteso come "valore" posto dalle parti, come assetto di interessi (momento ideale da cui è cioè possibile far discendere tutte le regole di disciplina di quell'ordinamento privato che, per le parti, è il contratto) [118].

---

[115] Il duplice profilo – della deroga implicita al diritto dispositivo oppure della sua inapplicabilità al caso concreto – è ben conosciuto alla dottrina tedesca in tema di *ergänzende Auslegung* (v. K. LARENZ, *Ergänzende Vertragsauslegung*, cit., 737 ss.). Ad ogni modo, tramite questo istituto – l'osservazione è importante ai nostri fini – si richiede all'interprete di implementare il patto proprio richiamandone il "senso" (e, in particolare, guardando alle *Wertungen* e alla *Interessenlage* che vi sono sottese).

[116] Quel che non potrà avvenire, viceversa, sarà una deroga alla buona fede. Quest'ultima è imperativa non tanto nel senso che le parti non possono spostare il baricentro del loro patto: ma che, dato questo, tutto l'*oportere ex fide bona* che ne discende sarà per le parti vincolante.

[117] Sul ruolo dell'*hypothetischer Wille* in queste ipotesi v. soprattutto R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*[4], cit., 477 ss. e 484 ss.; E. ROPPO, *Nullità parziale*, cit., 707 ss. Ovviamente non si tratta di un volere psichico ipotetico, ma di un volere che oggettivamente il contratto, come "valore", esprime.

[118] Il discorso deve snodarsi, a questo punto, proprio a partire da quella definizione di causa come «sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare»: quella definizione, cioè, che si deve alla decisione cui icasticamente si fa risalire il *revirement* sulla causa concreta.



La causa, però, è sintesi anche sotto un altro e ulteriore punto di vista: la sua "forma visibile" – quella, cioè, che costituisce il nucleo della causa statica, di cui ho parlato in precedenza e sui cui tratti essenziali mi soffermerò a breve – fa affiorare e rende distinguibili solo alcuni dei profili dell'accordo inteso come "valore". Proprio questa forma, dunque, impone una "perdita di senso" nel considerare l'intero assetto di interessi: ne va a scapito la completezza, ma se ne giova la nitidezza.

Si sarà compreso, a questo punto, anche il significato dell'espressione "forma visibile": a fronte di una causa che non è altro che tutto l'assetto di interessi, colto puntualmente (ma idoneo allo "svolgimento" in singole regole), è preferibile disporre di una nozione che colga i lineamenti essenziali dello stesso, la trama fondamentale degli interessi, rendendola per l'appunto visibile grazie alla sua esplicitazione.

Questa forma visibile della causa, che poco fa dicevo essere implicitamente al centro della costruzione di Roppo della causa statica (volta a risolvere i problemi posti dall'atto privo di causa e dal contratto recante causa irrealizzabile), costituisce anche, inevitabilmente, il nucleo della causa dinamica (legata ai profili ricostruttivi). In tal senso essa finisce per risultare di utilità anche nell'ambito delle operazioni ricostruttive, permettendo alla causa di svolgere il suo ruolo di guida (sebbene la forma visibile della causa non riesca a inquadrare tutti i profili dell'assetto di interessi, inteso nel senso più ampio [119]).

Riassumendo: la causa dinamica coordina le operazioni di qualificazione [120] e di ricostruzione (in particolare sovrintendendo alle differenze tra i tipi e tra i singoli contratti riconducibili allo stesso tipo, il cui *oportere ex fide bona* è inevitabilmente sempre diverso); nel farlo, essa si serve anche della sua forma visibile, per semplificare il suo utilizzo e per rendere facilmente comunicabili i risultati ermeneutico-ricostruttivi interlocutori e finali.

Residuano, a dire il vero, due possibili obiezioni.

Anzitutto, la causa dinamica costituisce una nozione non ineliminabile, pur essendo sicuramente insuperabili le esigenze che sottende. Finanche in Italia, effettivamente, per lungo tempo non ci si è avvalsi della causa per dare risposta a tali istanze sociali (considerandosi sufficiente il richiamo di altri istituti: dalle citate qualificazione e integrazione, sino alla stessa interpretazione [121]). Ma coglie ancor più nel segno il riferimento all'ordinamento tedesco, il quale palese-

---

[119] Come si sarà inteso, tutto è dentro al "valore": l'assetto di interessi *in nuce* contiene tutte le regole del patto (sia quelle espressamente poste, sia quelle che risulteranno tramite integrazione). Viceversa, la forma visibile della causa è parecchio più riassuntiva: lo vedremo dettagliatamente a breve, nel § 5. A voler esemplificare, basterebbe notare come la soluzione di un problema di nullità parziale richieda uno sguardo sensibile che abbracci tutto il contratto (l'assetto di interessi); non sarebbe sufficiente limitarsi a considerare, in modo asettico, i lineamenti essenziali dello scambio pur individualmente considerato (scambio del bene X per il prezzo Y) o quella loro declinazione concreta, che emerge con riferimento ai problemi della presupposizione (scambio del godimento del balcone X per vedere la sfilata di Z per il prezzo Y).

[120] A tal riguardo, ci si potrebbe chiedere in che senso intendere l'affermazione moderna per cui la causa è strumento della qualificazione: lo farò oltre, nel § 5.

[121] Tutt'al più si ammetteva un legame tra la causa e il tipo, secondo la tesi della funzione economico-sociale, e un rilievo attraverso la causa dei motivi (già ai sensi dell'art. 1345 c.c.), il quale peraltro veniva – come già sottoli-



mente non si serve della causa per le operazioni ricostruttive, demandandole soprattutto alla qualificazione (anche secondo la *Typuslehre*) e alla *ergänzende Auslegung*. La ragione è presto detta: manca, in quel sistema e a livello dottrinale, un concetto volto semplicemente a sintetizzare e coordinare le operazioni predette, che sono affidate direttamente ai singoli istituti. Si può rinvenire qui probabilmente la ragione per cui, al tempo stesso, un ordinamento può fare a meno della causa (concreta) [122], mentre un altro finisce (oggi) per farvi ruotare attorno tutta l'autonomia privata [123].

In secondo luogo, la causa dinamica rischia di indurre confusione. Da un lato, essa può essere facilmente (ma indebitamente) sovrapposta a operazioni schiettamente interpretative (e non prevalentemente ricostruttive); dall'altro lato, essa si presta comunque a confondersi con gli istituti cui sovrintende. I pericoli sono reali, specie se si tiene conto della contiguità della causa dinamica a quella statica, pur nell'insopprimibile differenza tra il momento definitorio (perché interpretativo-ricostruttivo) e quello invece valutativo (perché informato a un controllo: lì, soprattutto di realizzabilità).

Nondimeno, mi sembra che i benefici derivanti dal ricorso alla causa in funzione ricostruttiva restino maggiori dei rischi: purché, per la stessa, si adotti comunque il riferimento a una sua forma visibile (relativa al nucleo dell'assetto di interessi) e purché di volta in volta si espliciti il procedimento ermeneutico-ricostruttivo condotto anche tramite il riferimento alla causa [124].

Non resta, ora, che verificare come vada composta la forma visibile della causa, che ne rappresenta il perno operativo in chiave statica e il fulcro ricostruttivo in chiave dinamica. Lo farò sempre riprendendo le opere di Roppo: in questo modo, d'altro canto, potremo apprezzare ancor più da vicino le ragioni per cui la tesi in tema di causa dello studioso appare tanto semplice, quanto, al contempo, raffinata.

Proprio indagando questi profili ci potremo avvedere, infatti, di come la causa disegnata da Roppo possa essere identificata in modo semplice e nitido, venendo quindi a essere uno strumento agile per rispondere in modo chiaro, logicamente ineccepibile e altamente controllabile ai problemi dell'atto astratto e dell'irrealizzabilità del programma negoziale [125]: oltre che, volendo ammettere questo ulteriore (e differente) ruolo, per coordinare le operazioni di ricostruzione del contratto.

---

neato – in larga parte occultato dalla giurisprudenza precedente al 2005-2006.

[122] Rendendo "invisibile" la causa: ossia, a mio avviso, rendendo "invisibile" quella riconduzione a un "senso" sociale, che è proprio della causa dinamica in tutte le sue dimensioni. Cfr. G.B. FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 897 ss.

[123] Mi riferisco, ovviamente, al nostro sistema giuridico e alla "stagione di successo" che la causa oggi vive. V. pure le conclusioni cui giunge R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 253 ss.

[124] La risposta immediata, che già trapela dalle precedenti osservazioni, per cui alla causa va attribuito un ruolo di sintesi e coordinamento, può essere accettata, a patto che si tenga conto di quell'autonomia concettuale della causa rispetto alle altre figure che parzialmente le si sovrappongono. Il rischio, di nuovo, è che questo compito, di sovrintendere alle operazioni ricostruttive, finisca ora per far sparire la causa, ora per farla espandere a dismisura (confondendone lo spazio di rilevanza con quello concesso ad altri istituti).

[125] Quanto a questi ultimi, con peculiare riferimento al tema della presupposizione.



**5.** – Quella che ho definito "forma visibile" della causa, e che richiama la tesi di Roppo sulla causa, costituisce quindi il nocciolo di "senso" del contratto: la sua *ratio* sintetica. Vediamo in cosa essa consista.

In ogni accordo, come si ricorderà, Roppo proponeva di rinvenire in pari tempo una causa generica, una tipica e una concreta; ciascuna poi, veniva a essere specificazione del modello più generale (quella tipica, di quella generica; quella concreta, di quella tipica o direttamente di quella generica).

Effettivamente, le operazioni di interpretazione e ricostruzione portano, inevitabilmente, a individuare anzitutto la causa astratta del singolo accordo: la quale, a sua volta, dovrà ripetere uno degli schemi astratti di "senso" sociale [126] previsti dall'ordinamento statuale. Come nota Roppo, essi non sono in numero infinito: anzi, sono abbastanza scarsi.

Cause generiche sono lo scambio (anche empirico), la liberalità, la garanzia, l'adempimento, e via dicendo: e, si può aggiungere, l'enumerazione delle stesse è resa possibile dallo studio dei contratti tipici, giacché, accostandoli (accostando i vari tipi effettuali), è possibile trarre indicazione di tutte le cause generiche [127].

Così, a partire dalla fideiussione si potrà ricavare la sussistenza di una causa generica di garanzia, al cui interno troverà spazio anche il contratto autonomo di garanzia; dalla remissione, in tanto in quanto ritenuta causale [128], si appurerà l'esistenza di una causa generica di rinuncia (il che è particolarmente importante, giacché, invece, in Germania nelle rinunce si rinvengono altrettanti *Verfügungsgeschäfte* astratti).

Varie precisazioni risultano necessarie.

Anzitutto, v'è da ribadire – ma non ve ne sarà bisogno – che una causa così intesa non è certo un requisito di validità dell'accordo: essa, infatti, ne è semmai un elemento definitorio. La necessità che il patto presenti una causa generica, infatti, non costituisce un limite dell'autonomia: viceversa, rappresenta una chiave di lettura dell'autonomia.

---

[126] Ripeto: il riferimento non va alla funzione economico-sociale. La socialità, viceversa, a mio avviso non preclude la considerazione della dimensione concreta: anzi, il "senso" concreto è rinvenibile solo utilizzando convenzioni sociali.

[127] Di tutte le cause generiche sociali per come declinate dall'ordinamento giuridico. Ho parlato prima di "recepimento" da parte dell'ordinamento: potrebbe, in realtà, essere meno ambiguo il termine "declinazione", giacché l'ordinamento giuridico non si trova di fronte a una dimensione sociale del tutto avulsa dalla giuridicità statuale, ma semmai a una socialità che in sé appare essere idonea alla sanzione giuridica statuale e che anzi si autopercepisce come giuridicamente rilevante (per cui, per quanto vi sia necessariamente un "recepimento" dal punto di vista tecnico, non è da pensare che esso costituisca una concessione generosa del sistema giuridico che muta qualitativamente un accordo, riducendosi piuttosto a un atto del tutto e per tutto in linea con la preesistente dimensione sociale, che viene semmai declinata e precisata). In altri termini, la causa dei contratti di cui parliamo è già socialmente sentita come giuridica (anche perché proiettata alla sanzione statuale, perfino nei casi di nullità noti alle parti e salvo che, allora, l'accordo non appaia, in base all'interpretazione-ricostruzione, mantenuto su un piano solo sociale). Compiuta questa precisazione terminologica, continuerò a usare le espressioni "recepimento" e "declinazione" indifferentemente, benché esse pongano l'accento su aspetti diversi del fenomeno in parola.

[128] Non quale causa parziale (v. *infra* nel testo). L'interprete si trova a dover decidere se la remissione, ossia l'intento di rinunciare, basta a se stesso oppure se deve emergere (dev'essere reso rilevante) un ulteriore scopo del remittente. La prima soluzione è quella tradizionale in Italia, anche in base al dato positivo.



Proprio la causa generica permetterà una prima, generale, qualificazione dell'atto [129]: ovviamente poco utile là dove si tratti di contratto tipico, e ben più importante dove esso sia atipico, specialmente ove sia anche socialmente atipico. Quanto ai contratti facenti parte di quest'ultima classe, essi debbono considerarsi sicuramente esistenti e pienamente validi ed efficaci: semplicemente, saranno privi di una causa tipica (ossia rinvenuta a livello del tipo).

L'individuazione della causa generica, come già anticipato, costituisce un riferimento essenziale per il trattamento normativo dell'atto privo di causa: difatti, le cause generiche coprono tutto il sistema della contrattualità, lasciando fuori soltanto l'atto privo di "senso" sociale [130]. Sul punto è bene, però, compiere una distinzione.

L'atto privo di menzione della causa solitamente non appare nemmeno corrispondente a un contratto: e, ciò, già in via interpretativa. Taluni problemi si possono porre là dove sembri in prima battuta esservi una volontà contrattuale (evidentemente, avente ad oggetto la disposizione di beni, e non la costituzione di un'obbligazione: in tale ultimo caso si ricadrebbe nella fattispecie di cui all'art. 1988 c.c. [131]). Probabilmente, è da preferire l'idea che vi rinviene comunque un atto incompleto [132], adducendo che la mancanza di un "senso" sociale (l'inidoneità dell'atto a rientrare in uno schema di senso) impedisca di ritenere il contrario.

Quanto al trattamento normativo, si potrebbe ritenere che sia proprio la meritevolezza [133] di

---

[129] A tal riguardo, conviene subito sottolineare come il richiamo alla causa sottinteso a Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Banca borsa*, 2010, II, con nota di G.B. BARILLÀ, 257, pur espressamente rivolto alla causa concreta, in realtà andasse alla generica funzione di garanzia: entro la quale si pongono tanto la fideiussione, quanto il contratto autonomo di garanzia, pur con le loro evidenti differenze (parlare di causa concreta, in quel contesto, poteva avere tutt'al più il ruolo di ribadire che la qualificazione contrattuale richiede di considerare tutti gli elementi di fatto). Cfr., sul punto, M. MARTINO, *L'*expressio causae, Torino, 2011, 169

[130] Su questi temi v. soprattutto, di recente, M. MARTINO, *L'*expressio causae, cit.; cfr. poi V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 373 ss., e P. SPADA, Cautio quae indiscrete loquitur*: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 673 ss.

[131] Gli atti promissori privi di causa, infatti, valgono come promesse di pagamento: le quali, a mio avviso, presentano un loro "senso" come negozi volti a invertire l'onere della prova. Si tratta – ritengo – della qualificazione che l'ordinamento italiano propone, specificando e declinando in questo modo le istanze sociali sottese al problema del *billet non causé*. Istanze che, come noto, in Francia prendevano tradizionalmente la forma dell'*instrumentum* privo di *expressio causae*, avente valore probatorio (testo dell'art. 1132 *Code civil* vigente sino al 2016), e che in Germania vengono soddisfatte ricercando in capo alle parti un *Abstraktionswille*, che permette di qualificare la promessa come *Schuldversprechen* (o, se si tratta di riconoscimento di debito, come *Schuldanerkenntnis*: §§ 780 s. BGB). V. rispettivamente J. CREUTZIG, *Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite*, in *Rev. int. droit comp.*, 1969, 373 ss.; J. HAAS, *Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis*, Berlin, 2011, 53 ss.; W. BAUMANN, *Das Schuldanerkenntnis*, Berlin, 1992, 55 ss.

[132] È l'idea, a mio avviso, di *sufficient agreement* di cui all'art. II-4:101 del *Draft Commmon Frame of Reference.*

[133] La meritevolezza, come noto, ha vissuto più stagioni: emancipatasi dal modello bettiano (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*[2], cit., 389 ss.) si è voluto rinvenirvi nulla più che un richiamo dell'art. 1343 c.c. (è la tesi di G.B. FERRI, *Causa*, cit., 406, e dello stesso V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 346) o dei problemi di giuridicità dell'accordo (F. GAZZONI, *Atipicità*, cit., 62). A più riprese, invece, si è proposta un'interpretazione dell'art. 1322, comma 2, c.c. che permettesse di svolgere, tramite esso, un controllo dell'autonomia privata, ora ispirato a un certo dirigismo economico (F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 168 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 87 ss.), ora alla protezione del contraente debole (U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 496 s.), ora alle disposizioni della Costituzione (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 121, 151 e 386). Da ultimo, cfr. C.M.



cui all'art. 1322, comma 2, c.c. a richiedere di leggere il patto secondo la convenzionalità sociale, per come recepita e declinata dall'ordinamento positivo [134], imponendo di considerare irrilevante l'atto incompleto (privo di un "senso").

Così facendo, si potrebbe evitare di fare dell'art. 1322, comma 2, c.c. un doppione dell'art. 1343 c.c. [135] e, in pari tempo, se ne potrebbero prevenire interpretazioni funzionalizzatrici [136]. La meritevolezza verrebbe quindi intesa come "rispetto" delle convenzioni sociali (attinenti al "senso" degli accordi), ovviamente secondo i tratti che esse assumono in chiave giuridico-statuale. In altri termini, l'art. 1322, comma 2, c.c. impedirebbe semplicemente alle parti di basare il loro accordo su un "senso" da loro stesse attribuito: ossia, non tanto di scegliere un dato "senso", ma di creare anche le convenzioni e le regole che permettono di rinvenirvi un "senso", distaccandosi da quelle sociali cui si rifà l'ordinamento giuridico.

Non sarebbe facile, comunque, rinvenire ipotesi di violazione di queste regole di "senso": e la ragione è evidente. È scontato che i privati vi si adeguino, nei limiti di quanto, nell'approvazione di un nuovo assetto di interessi, è di loro competenza [137] (e infatti l'apparente insensatezza viene di norma risolta semplicemente in via interpretativo-ricostruttiva, ricomponendo i vari interessi in modo ordinato) [138].

E, in effetti, l'ipotesi dell'atto totalmente privo di causa è considerata dalla dottrina irreale [139]: la si può immaginare solo come opera di un folle. Viceversa, nella quasi totalità dei casi

---

BIANCA, *Causa concreta*, cit., 253. In giurisprudenza, a fronte di un orientamento che non attribuiva valore autonomo all'art. 1322, comma 2, c.c. (cfr. le decisioni riportate in E. PAOLINI, *La causa del contratto*, Padova, 1999, 199 ss.), se n'è sviluppato uno, più recente, che lo collega soprattutto agli artt. 2, 3 e 41 Cost. e mira a farne uno strumento di controllo per lo meno dei contratti atipici (cfr. per tutte Cass. 1 aprile 2011, n. 7557, in *Foro pad.*, I, 357, con nota di M. QUAGLIERI).

[134] V. più ampiamente nel § 6.

[135] Cfr. A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970, 254.

[136] Tanto più se orientate a una generica "giustizia" contrattuale. Su quest'ultimo tema cfr. V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 451 ss.; di recente M. PENNASILICO, *Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni. Famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, III, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, 279 ss.

[137] V. meglio *supra*, § 3.

[138] Ma v. nuovamente § 6, per ipotesi in cui, tra l'altro, la "violazione" attiene a profili particolari (e non all'assenza di una causa generica).

[139] Il fatto che la mancanza totale di senso dia luogo a un'irrazionalità è un *topos* degli studi in tema di causa: sostengono che solo il folle si obblighi senza motivo, tra tanti, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*[6] II, Frankfurt am Main, 1887, 233, testo e nt. 1, a parer del quale «einen Vertrag ohne Verpflichtungsgrund nicht gibt», «von dem Falle der Geistesstörung wird hier natürlich abgesehen»; F. FERRARA, *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 282; in Francia, C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 3, Bruxelles, 1847, 301; H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*[3], Paris, 1927, 17, per cui «s'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou»; F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*[8], cit., 341, secondo i quali «à moins d'altération grave de ses facultés mentales, toute personne, lorsqu'elle souscrit une obligation, le fait en considération d'un certain but». V., infine, le interessanti considerazioni di U. BRECCIA, *Recensione a* I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, 1997, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 626.



l'atto senza causa entrerà nelle aule dei Tribunali come atto di cui non è dato (o non si è riusciti a) provare la causa (o, meglio ancora, come atto che non dà prova della causa e quindi non ha alcun rilievo, salvo che non si rientri nella fattispecie disegnata dall'art. 1988 c.c.). Di conseguenza, stando a quanto si è detto, esso sarà inevitabilmente inesistente.

Non del tutto sovrapponibile all'atto muto, invece, è l'atto astratto inteso nell'unico senso ammissibile per l'interprete italiano (in virtù delle forme qualificatorie di cui egli dispone e cui è tenuto ad adeguarsi).

Ora: con atto astratto ci si riferisce, di norma, a quell'atto che intenzionalmente si emancipa da ogni causa, o in via assoluta, o rimandandone a valle il rilievo (per mezzo dell'operare delle *condictiones*). Tale volontà – ossia l'*Abstraktionswille* – può però essere rinvenuta nel concreto solo se il sistema giuridico di riferimento ne ammetta il rilievo: così avviene ad esempio in Germania, ove l'ordinamento accetta la scissione (in sede di trasferimento e costituzione di diritti) tra *titulus* e *modus*, collegando quest'ultimo a un *Verfügungsgeschäft* di regola astratto [140], e consente di creare obblighi puri perfezionando un *Schuldversprechen* (la cui efficacia non è quindi solo probatoria, ma costitutiva [141]).

---

[140] Queste forme di comprensione che l'ordinamento predispone (e che non mutano di certo la realtà sociale, ma la inseriscono in categorie diverse, declinandola in modo differente) fanno sì che il negozio causale (quello che fornisce il programma eseguito dal negozio dispositivo) non inglobi il momento di trasferimento, ma comunque debba essere adoperato per la prova di un successivo negozio di trasferimento (pur restandone estraneo quanto ad efficacia). A dire il vero, né il modello consensualistico italiano, né quello tedesco, né quello austriaco costituiscono altro che una modalità qualificatoria – di declinazione tecnica – di una realtà sociale vaga (quella che dovrebbe altrimenti individuare il momento di trasferimento e costituzione dei diritti). V. A. STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion: eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*, Tübingen, 1996, 8.

[141] Anche da questo punto di vista la scelta tedesca pare, in larga parte, costituire semplice declinazione differente di una realtà sociale, che – emersa sin dal tempo delle *cautiones indiscretae* medievali (cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 242 ss.) – si può così sintetizzare: l'atto promissorio muto sulla causa reca prova implicita della stessa? La risposta francese, collegata alla tradizione dei Grandi Tribunali, è stata sin dal 1804 positiva: l'atto privo di *expressio causae* è valido (ma, verrebbe da dire, non è autonomamente costitutivo, ossia non è una promessa causalmente sostenuta dall'impegno già sorto, bensì è la stessa promessa causale o lo stesso atto causale, tutt'al più ripetuto), ma la controparte può provare l'accordo più generale (o quello che sarebbe dovuto essere l'accordo, tuttavia non concluso o invalidamente concluso). La soluzione tedesca, invece, è diversa: in un primo tempo (sino a metà Ottocento) negativa; poi positiva, ma basata sulla predisposizione legale di una forma astratta (lo *Schuldversprechen*). Quest'ultima in larga parte sovviene a quella esigenza, di offrire una presunzione probatoria, di cui ho già detto (in altra parte, invece, dà risposta a quei problemi della prassi che davvero richiedono un atto astratto costitutivo e cui sovvengono, nel nostro ordinamento, istituti quali la cambiale; in questa parte non si tratta di recepire forme sociali, ma di predisporne di nuove, immediatamente giuridiche). Lo fa in modo peculiare – in linea con le premesse metodologiche analitiche e dogmatiche della Pandettistica –, rinvenendo nell'atto promissorio muto una promessa voluta come astratta, costitutiva, rispetto alla quale è dato rinvenire una causa esterna che la indirizza; tale causa, a sua volta, non sarà quella dell'eventuale negozio principale, ma un diverso negozio (in senso lato configurativo-causale: spesso un *Sicherungsabrede*: cfr. N. WIELANDT, *Die einseitig Verpflichtende Schuldzusage*, Frankfurt am Main, 2010, 32 ss.). In generale, su questi temi, v. C. DELOMBE, *Cours de Code civil*, edition augmentée, XII, *Des contrats*, 1, Bruxelles, 1868, 124 ss.; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, Paris, 1930, 65; O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*$^2$, Kassel-Göttingen, 1867, 165 ss.; H. KIEFNER, *Der abstrakte obligatorische Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft*



Viceversa, la soluzione offerta dal sistema italiano per il problema dell'atto muto e, soprattutto, l'assenza nell'ordinamento italiano di una forma di comprensione e di qualificazione dell'atto astratto (salvo, a tutto voler concedere, per la cambiale e per altri istituti analoghi) esclude che l'interprete autoctono sia legittimato a rinvenire in concreto un *Abstraktionswille*.

Potrebbe però accadere che le parti di un processo diano prova della causa voluta dalle stesse e, in pari tempo, emergano elementi volti a comprovare l'astrazione, ossia l'intenzione dei contraenti di rendere taluni effetti del patto indipendenti dalla realizzabilità dell'intero programma. In tal caso, allora, non resterebbe al giudice che pronunciarsi sulla serietà (effettività) di tale intento ed eventualmente sulla sua validità, potendosi probabilmente applicare la sanzione della nullità per mancanza di causa, qui intesa come illegittima esclusione del controllo di realizzabilità della causa stessa [142]. A sua volta tale nullità potrebbe anche ritenersi parziale, benché con frequente ricaduta sull'intero atto.

Così facendo, non si ammetterebbe in alcun modo la qualificazione dell'atto come astratto e, di conseguenza, la sua nullità; piuttosto, lo si qualificherebbe nel modo più corretto [143] – non, ripeto, come atto astratto compiuto per una certa causa che non tocca l'efficacia dell'atto, ma come atto causale recante elementi di astrazione – fino a ritenerne la parziale (e, di qui, se del caso totale) nullità.

Non è tutto.

La causa generica, così intesa, si collega anche al problema della giuridicità della volontà. Tale connessione si coglie se si considera che certe cause pongono tipicamente maggiori problemi allorché si sia chiamati a rinvenire un possibile intento delle parti di produrre un vincolo (e, tra l'altro, un vincolo percepito già in chiave sociale come giuridico).

Si tratta di quelle che Roppo denomina, con espressione icastica, «cause deboli» [144]. E in queste ipotesi l'ordinamento giuridico effettivamente viene incontro all'interprete, fissando un punto di rilevanza minima della giuridicità veicolata dal "senso" sociale del patto: al di sotto di

---

*und Kodifikation der Privatrechts im 19. Jahrhundert*, II, *Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin*, hrsg. von H. Coing und W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1977, 82.

[142] L'esito sarebbe quello di assottigliamento della causa, non dissimile da quello che proponeva, per le prestazioni isolate (e pur imponendo il requisito dell'espressione della causa, non desumibile da altre circostanze esterne rispetto alla dichiarazione), M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 566 ss.

[143] Più che di una riqualificazione, si tratta dell'unica qualificazione accettabile (salvo quanto già precisato sull'art. 1988 c.c. e salvo non optare per una drastica irrilevanza giuridica), non ammettendosi il rilievo giuridico dell'atto astratto, neppure se esternamente indirizzato (come atto puro di trasferimento o di costituzione di pretesa) al soddisfacimento di certi interessi (come avviene invece per il *dinglicher Vertrag* compiuto ad esempio *donandi* o *adquirendi* causa, o per lo *Schuldversprechen* posto in essere ad esempio *schenkweise*: cfr. rispettivamente K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderer Teil*, $1^{13}$, München, 1986, 200, e il § 518 II BGB, su cui v. J. KOCH, sub *§ 518 BGB*, in *Münchener Kommentar*[7], München, 2016, Rn. 5).

[144] Tra l'altro, la debolezza di cause come quella di donazione si riconosce anche dal punto di vista della disciplina applicabile (che in vario modo è ispirata dal criterio di un ammorbidimento della responsabilità gravante sul donatario) e della stabilità del vincolo (si pensi a tutto quanto attinente alla revocazione). Di *causa minor* parla W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, $II^3$, cit., 172. V. anche oggi (sebbene trattandone dal punto di vista dell'irrazionalità di mercato) M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., 357 ss.



questa linea non vi può essere intenzione di vincolarsi (e di vincolarsi giuridicamente) o, comunque, risulta invalida l'eventuale intenzione espressa (di regola in modo confuso, ambiguo e variamente interpretabile) [145]. In altri termini – senza addentrarci oltre in tale intricato problema – il legislatore si fa carico delle richiamate ambiguità e, per tali e pure per altre ragioni, finisce per richiedere peculiari "segni di giuridicità" per questi accordi [146]: rinviando, ad esempio, la conclusione del comodato al momento della consegna del bene oppure imponendo una peculiare forma per la donazione.

V'è ancora dell'altro.

Sempre indugiando su quella che ho definito causa generica – e che è la causa astratta di più alto livello, i cui tratti sono sempre rinvenibili in ciascun accordo concreto – si può verificare se sussista e, anzi, in che termini vada ricostruita una formula capace di descrivere il nucleo della causa: esattamente quella formula che consenta di attribuire alla stessa una forma visibile.

Mi pare possibile – coltivando uno spunto dello stesso Roppo [147] – ritenere che la stilizzazione della causa richieda di porre l'attenzione su quelle attribuzioni di vantaggi patrimoniali o su quella soddisfazione di interessi non patrimoniali che costituiscono il centro dell'assetto di interessi. Di talché, ad esempio, si potrà supporre che in una compravendita causa tipica sia l'attribuzione di un vantaggio (proprietà del bene) in rapporto di scambio con l'attribuzione di un altro vantaggio (prezzo), o che in una donazione a effetti reali essa consista nella soddisfazione di un interesse non patrimoniale posta in essere tramite l'attribuzione di un vantaggio.

---

[145] Basti considerare, in questa sede, la donazione, con i suoi requisiti materiali-formali (a seconda del valore del bene). Quanto alle ipotesi in cui è richiesto l'atto pubblico, generalmente i privati ne hanno una vaga consapevolezza (cfr. nt. 100), che incide sulla normalità ermeneutica e, quindi, sull'interpretazione dell'accordo. Ma proviamo a pensare cosa accadrebbe là dove non fosse richiesto un requisito di forma: e, per comprenderlo, è sufficiente considerare la donazione manuale. In tal caso è evidente che, sino al momento della consegna, un eventuale accordo appaia non irretrattabile o per lo meno di ardua interpretazione: là dove tale difficoltà è, per così dire, intrinseca al tipo di atto, che già socialmente non è di facile decifrazione. Se ne deduce che rinvenire una volontà delle parti di impegnarsi si rivelerebbe, in molti casi, una *fictio*: non tanto perché la volontà giuridica debba corrispondere sempre a quella psichica (così sappiamo non è), ma piuttosto perché la volontà giuridica deve poter corrispondere a quella psichica (come in questo caso non sarebbe). Per la donazione manuale il legislatore interviene elevando la consegna a segno di giuridicità. Per quella formale, invece, la scelta va al requisito di forma: il quale, da un lato, venendo socialmente assorbito (o essendo già socialmente assorbito allorché il legislatore lo pone) finisce anche per aiutare l'interpretazione del volere; dall'altro lato, fa sì che il giudice, anche ove si trovi a dover interpretare un accordo che sembri una donazione ma che sia sfornito della forma, possa attribuire senza timori un certo volere al donante, ben sapendo che, comunque, il contratto sarà invalido. In questo senso, allora, la forma mi pare che svolga non solo una *Warnfunktion*, una *Beweisfunktion* e una *Beratungsfunktion*, ma anche, a ben vedere, una *Seriositätfunktion* (v. tra i tanti P. MANKOWSKI, *Formzwecke*, in *JZ*, 2010, 665), precludendo all'interprete la possibilità di argomentare per la sussistenza di una donazione (valida) ogni qual volta la forma non sia stata soddisfatta. Il che, per l'appunto, evita in radice ogni questione interpretativo-ricostruttiva (non si tratta di un vero e proprio segno di giuridicità, ma di un modo per evitare che una qualificazione – quella di contratto già concluso – sia addossata a un soggetto che difficilmente poteva rendersene conto, proprio per l'ambiguità linguistica che connota la donazione, ove non sia accompagnata da peculiari segni di giuridicità).

[146] Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III$^2$, cit., 243; P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 134 ss.

[147] Si parla di "vantaggi" (e "sacrifici") in V. ROPPO, *Il contratto*$^2$, cit., 349.



Queste due cause [148], ossia lo scambio e la liberalità (intesa in senso amplissimo), sono per così dire "integrali" e "di primo grado"; accanto a esse ve ne sono poi altre, da tenere separate.

Alcune sono cause (sempre "di primo grado", ma) "parziali", giacché non lasciano emergere tutti gli interessi pattizi indirettamente implicati in un'operazione economica [149]. Non voglio dire che, in questi casi, la causa assumerà tratti d'astrazione: già su un piano sociale, semmai, essa corrisponderà a un "senso", in sé e per sé pieno, indipendentemente dalla considerazione di questi diversi interessi [150]. Basti pensare alla garanzia o all'atto di pagamento del terzo (su cui oltre indugerò ancora): entrambi questi schemi nulla dicono a proposito della ragione per cui un soggetto garantisce o dispone, benché sia evidente che ciò, il più delle volte [151], avvenga in virtù di un ulteriore accordo tra questo soggetto e un terzo (il debitore principale).

Altre sono cause ("integrali", ma) "di secondo grado". Si pensi, in linea generale, ai contratti che si collocano nella fase prodromica all'instaurazione del vincolo principale (siano essi normativi, interpretativi, d'opzione e più latamente configurativo-procedimentali [152], preliminari e via dicendo), così come ai contratti che modificano o estinguono gli accordi che il vincolo principale ha posto (modificativi o estintivi – mutuo dissenso –). La loro causa, in effetti, indirettamente richiama quella degli accordi principali: solo rispetto a questa si può comprendere nella sua interezza la *ratio* di tali accordi, che in un certo senso appaiono "trasversali" rispetto a quelli di primo grado [153].

Non posso soffermarmi su questi profili che, per quanto importanti, rischiano di far deviare la trattazione: mi limito a indicare come tra gli accordi "di primo grado" dovrebbero farsi rientrare anche quelli che si limitano a configurare una causa, ossia a dettare una regola di equivalenza tra vantaggi o tra vantaggi e interessi non patrimoniali (contratti configurativo-causali [154]).

---

[148] Tra l'altro, le uniche cui E. ROPPO, *Il contratto*, cit., 175, faceva riferimento.

[149] La discrepanza tra questi piani corrisponde, di regola, a una non convergenza dei problemi del contratto (della sua esecuzione, in particolare) e dell'arricchimento. Su questi temi non posso qui soffermarmi; rinvio alla lettura di P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 11 ss.

[150] Si tratta, spesso, dell'*Abwicklungszweck* tedesco. Cfr. già H. KREß, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, 35 ss.

[151] Ove così non sia, residuerà comunque un possibile problema di arricchimento: evidente nel pagamento del terzo e, a dire il vero, sussistente anche nel caso di garanzia, perfino prima del momento dell'eventuale pagamento del garante (un beneficio del debitore principale, cui corrisponde un detrimento del garante stesso, vi è già dal momento stesso della conclusione del negozio).

[152] Cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2003, 237 ss.; L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1155 ss.

[153] Ciò non toglie che – ad esempio – un contratto d'opzione possa a sua volta combinare una causa di scambio a quella sua propria (e altrimenti sufficiente; si tratterà di un'opzione acquistata a titolo oneroso) o che un contratto definitivo, oltre alla sua causa, possa recarne una solutoria (V. ROPPO, *Il contratto*$^2$, cit., 352).

[154] Si tratta di un negozio che ricorda, nei suoi tratti, quella *bloße Rechtsgrundabrede* che una parte della dottrina tedesca (v. ad esempio K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2$^{13}$, cit., 137) ritiene fornire di causa il *Verfügungsgeschäft*, specialmente ove questo avvenga non *solvendi*, ma *adquirendi* o *donandi causa*. In Italia la dottrina ha parlato di negozio configurativo della causa nell'ambito della liberalità non negoziali (V. CAREDDA,



Mi riferisco, cioè, a quegli accordi che si limitano a configurare uno scambio o una liberalità, lasciando le parti libere di eseguirli [155].

Lo schema individuato per ciascuna causa generica consente di rinvenire quei tratti essenziali, quell'impalcatura su cui dovrà venire ordinato l'assetto di interessi di ogni contratto concretamente concluso. Si parlerà, oltre che di attribuzione di vantaggi in rapporto di scambio o volti alla soddisfazione di un interesse non patrimoniale, di attribuzione di un vantaggio di garanzia, o di un vantaggio di liberazione (nella rinuncia), e così via.

Appare semplice, a questo punto, completare il discorso, passando a trattare della causa del tipo e di quella concreta (o, meglio, di quegli aspetti della causa concreta di cui la forma visibile della causa può tenere conto). Mi riservo di tornare oltre, invece, sul tema della compresenza di più cause generiche in concreto (contratti collegati, contratti che adempiono un preliminare).

La causa generica solitamente si pone a un livello più elevato, e meno dettagliato, rispetto alla causa del tipo (benché questo esito non sia imprescindibile: è probabile, ad esempio, che la causa liberale in Italia sia occupata interamente dal tipo donazione – a effetti reali od obbligatori –, salvo gli spazi che ivi si ritaglino altri accordi gratuiti tipici, ove conclusi non in virtù di un interesse patrimoniale del prestatore). Se così è, appare possibile, una volta individuata la causa generica, scendere al piano del tipo, proprio al fine di specificare la causa, che si va componendo, tramite quei riferimenti essenziali che si traggono dalla riconduzione del contratto a un tipo.

Sul punto v'è da intendersi: normalmente la ricerca di una causa generica è resa superflua dalla stessa afferenza di un contratto a un tipo (effettuale), risultando allora sufficiente il riferimento a una causa tipica (anche solo socialmente tipica) per ricondurre il contratto anche a una causa generica. In caso contrario (ove difettasse una causa anche solo socialmente tipica), sarebbe sicuramente necessario individuare la causa generica del contratto concreto [156]. Se ne de-

---

*Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, spec. 266 ss.; G. AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2008, 10 ss.); viceversa, si è ritenuto che la stessa costruzione non sia necessaria per le liberalità indirette che avvengono tramite un negozio mezzo (così G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative [sulla legittima per equivalente]*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 704, in critica a F. MAGLIUOLO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Not.*, 2002, 93 ss.). A me pare, però, che anche in questi casi l'idea di un negozio configurativo possa risultare persuasiva: e, così, in tutti i casi di negozi indiretti (la prestazione solo configurata e quindi da compiersi liberamente, in questi casi, sarà costituita dal perfezionamento del negozio mezzo e dalla sua esecuzione).

[155] Lo schema dunque dovrebbe intendersi in modo peculiare: ad esempio, non come attribuzione di peculiari vantaggi in rapporto di scambio, ma come configurazione dell'equipollenza tra vantaggi.

[156] In altri termini, anche nell'ambito dell'atipicità sarà possibile rinvenire i tratti di una causa per così dire astratta. Ciò è facilmente ipotizzabile là dove si rinvenga, comunque, una tipicità sociale; ma lo stesso avviene pure al di fuori di questa, giacché in ogni caso si potrà individuare per lo meno una causa generica. A mancare sarà quel primo modello di distribuzione dei rischi che è rappresentato dal tipo, ma non mancherà una causa "astratta". V'è di più: anche in questo caso il riferimento ai tipi non è inutile. In casi del genere sarà ovvio, per l'interprete, guardare con più profondità al piano concreto per ricostruire l'assetto di interessi, senza potersi limitare a ricondurre l'accordo a un tipo e a verificare se i lineamenti normali di questo siano derogati. Nondimeno, sarà solo guardando ai tipi che si ricaverà la causa generica; questa, a sua volta, potrà indicare quali "porzioni" di disciplina di contratti tipici possono, in concreto, applicarsi allo specifico contratto concluso. Insomma: anche l'atipicità va letta tramite la tipicità. Ed è questo il senso, a mio avviso, dell'art. 1322, comma 2, c.c.: tutto il sistema dei contratti è dominato dal "senso" sociale per come declinato in modo diffuso dall'ordinamento giuridico (ora con una norma espressa, ora con una norma che dovrà essere il giudice a ricavare). In



duce che, in ogni singolo e concreto contratto, almeno una delle due "cause astratte" debba palesarsi (quella generica o quella tipica, a sua volta schiacciata o meno sulla prima): e attorno a essa vada ricostruito l'accordo in tutta la sua concretezza [157].

Non sarà inutile, prima di passare a considerare la causa concreta, chiedersi in che senso oggi si ripeta che non è più l'accertamento della causa un portato della qualificazione nel tipo, ma è la causa concreta strumento per tale qualificazione [158]. Il fatto è che ancora oggi la qualificazione aiuta nella ricerca della causa: ma, al tempo stesso, la qualificazione stessa deve servirsi della causa.

Per sciogliere questo intreccio diremo: quanto alla causa statica, sul piano più astratto la qualificazione risolve ovviamente i problemi dell'atto muto in punto di causa. Con riferimento alla causa dinamica, la qualificazione aiuta nella ricerca della causa concreta, costituendo un primo modello di distribuzione dei rischi; al tempo stesso, la qualificazione non può che avvenire sul piano effettuale, valorizzando i dati fenomenici per il tramite dell'applicazione di quelle convenzioni sociali, di quell'attribuzione di "senso", che proprio la causa dinamica richiama.

A ben vedere, la formula per cui non è il tipo che manifesta la causa, ma è dalla causa che si ricava il tipo [159] deriva probabilmente dalla consapevolezza attuale che la qualificazione non può formalmente basarsi sulla scelta del tipo che appare dalla dichiarazione (non nel senso dell'autoqualificazione, ma di quella struttura contrattuale che a prima vista sembra approvata dalle parti); essa, viceversa [160], deve tenere conto di ogni altro elemento di fatto, sia esso desumibile dalla dichiarazione o ne sia esterno [161].

---

questo senso – specie se si tiene a mente l'idea per cui il "senso" sociale è sempre tipico, basandosi sulla preesistenza di convenzioni sociali che lo rendono comprensibile – la tesi di Betti appare interamente accettabile: essa, dunque, abbisogna solo di essere slegata dal riferimento alla causa del tipo, che alternativamente può andare alla causa generica (cfr. ntt. 157 e 161; v. pure N. IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 52).

[157] In tal modo mi pare che, da un lato, si salvi l'istanza di socialità propria delle opere di Betti (istanza che è in realtà necessità della presenza concreta di un "senso" sociale) e, dall'altro, si fornisca alla causa tutta la duttilità che essa richiede (evitando le rigidità in cui la tesi di Betti cadeva: cfr. nt. 7). Per altre precisazioni v. subito *infra* nel testo, nonché, con riferimento al peculiare problema dei contratti collegati, nel § 6. L'idea di cui al testo mi pare possa dare ragione anche della rilevanza giuridica di contratti come quello sottoposto all'attenzione di Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, con nota di F. CARINGELLA (mentre, a fronte di un'attribuzione di un bene a titolo gratuito per realizzare un vantaggio del disponente, la Cassazione aveva ritenuto difettasse la causa: sebbene, probabilmente, la Suprema Corte intendesse rilevare la mancanza di un equilibrio minimo tra i vantaggi relativi allo scambio empirico, che sarebbe addivenuto in un certo senso "a prezzo vile"). Ad ogni modo, è scontato che la presenza di una causa generica o tipica vada controllata in concreto, ossia sulla base di tutti i dati fenomenici reali che possono assumere rilievo come interessi (v. *supra*, § 3).

[158] La tesi di una funzione economico-individuale di G.B. Ferri o quella che proponeva di ricorrere a criteri vari per la qualificazione contrattuale e non, quindi, soltanto alla causa di G. De Nova in realtà non sono riuscite a scalzare l'idea (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III$^2$, cit., 472 s.) di una causa del tipo, pur intesa con ampiezza in sé e nel procedimento che permette la qualificazione (che dovrà valorizzare tutti gli elementi di fatto, di per sé abbracciati dalla volontà o quanto meno dalla consapevolezza delle parti).

[159] G. AMADIO, *La condizione*, cit., 200 s.

[160] Anche in ciò si esprime quella tendenza alla deformalizzazione su cui v. oltre, nt. 187. Un esempio palese è fornito dalla vendita *transactionis causa*, su cui v. § 6. Anche l'idea di un negozio fiduciario, unitariamente considerato, mi sembra un portato di questo progresso moderno, i cui primi fermenti risalgono agli anni Sessanta (cfr. spec. N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, *passim*, ma ad esempio 145).

[161] In altri termini, attualmente si riconosce che la causa del tipo tiene conto di tutto ciò che distingue un tipo (ef-



In ultimo, non v'è che da considerare il piano della causa concreta, nel cui ambito si pone tutto ciò che dà specificità al singolo accordo: e che, però, là dove si voglia individuare la sola forma visibile della causa statica, presuppone una selezione del materiale rinvenuto in esito alle operazioni ermeneutico-ricostruttive. Vale la pena di ribadire perché.

Già sappiamo che individuare la causa concreta in tutta la sua complessità presuppone, giocoforza, di aver trovato quella astratta (nelle due forme che essa eventualmente assume: generica e tipica): fermo restando che l'identificazione della causa astratta passa per gli elementi di fatto concreti, senza nessuna esclusione che non sia giustificata dalla ricerca del "senso" sociale e pur nell'eventuale necessità di un andirivieni ermeneutico tra interpretazione e ricostruzione (giacché il procedimento dell'interprete non è lineare in senso logico, procedendo semmai per giustapposizioni legate tra loro da sufficienti motivazioni) [162]. La causa concreta, di per sé, è "valore" che *in nuce* racchiude tutte le regole che dal patto discendono e che conformano quell'ordinamento che le parti, concludendo il contratto, pongono a se stesse.

Sennonché, là dove si voglia abbracciare l'intera causa concreta (tanto nel suo dinamico comporsi interpretativo-ricostruttivo, quanto nel suo statico manifestarsi come già individuata) [163], è evidente – secondo quanto già anticipato – che nessuna formula si rivela suffi-

---

fettuale) da un altro, giacché coincide con la sua portata sociale tipica. Per di più, oggi si ammette che nell'ambito della qualificazione sono da soppesare tutti gli elementi di fatto, senza fermarsi in modo formalistico a quanto si può trarre in via di prima approssimazione dalla dichiarazione. Quest'esito rappresenta il superamento di quell'elemento di rigidità della tesi di Betti (cfr. nt. 7), pur sempre collegato alla ricerca di una causa almeno social-tipica (giacché l'ampia libertà di cui attualmente gode l'interprete può portare in certi casi a ritenere assente una causa tipica – a livello del tipo –). Ma, al tempo stesso, tale risultato non elimina la qualificazione nel tipo: semplicemente, fonda la qualificazione sulla causa, intesa come somma dei concreti elementi di fatto e delle singole convenzioni sociali che permettono di ordinarli in modo sensato, e dalla qualificazione fa derivare un aspetto della causa, giacché la causa concreta – come esito, e non come procedimento, ricostruttivo – ha in sé anche tutto quanto riguarda il tipo (v. Trib. Ravenna 8 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*, nonché B. IZZI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 498). In altri termini, il gioco di parole tra causa e tipo sembra superarsi là dove si ricordi che tutto ciò che attiene alla causa deriva da una convenzionalità sociale già data e solo attivata in concreto e che tutto quanto riguarda il tipo si distingue solo per il livello a cui si situa (il piano, cioè, del tipo), oltre che per il momento della sua emersione nel procedimento ermeneutico-ricostruttivo (la qualificazione, svolta pur sempre in chiave effettuale). Là dove, poi, non si tratti di contratto tipico (nemmeno socialmente), resta comunque quello spazio (quei lineamenti essenziali del patto) astratto, che verrà occupato dalla sola causa generica.

[162] In questo senso, a mio avviso, può sostenersi che la causa è intreccio di struttura e interessi (ad A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti [Intorno alla nozione di causa]*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 229 ss., ma spec. 241 ss.): si tratta, cioè, di un rapporto che emerge nel corso del procedimento ricostruttivo, in cui il «modello astratto utilizzato» può essere superato dalla «funzione individuale» (cfr. la massima di Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 451, con nota di C. DI LEO, reperibile in *Foro it. Rep.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 342), nel senso che la prima e interlocutoria qualificazione potrà essere rivista in virtù della valorizzazione di altri elementi di fatto (siano essi rientranti tutti in quello dichiarativo-simbolico, oppure ne siano al di fuori). All'esito della ricostruzione, però, la causa sarà semplicemente la portata sociale dell'accordo e, in essa, i vari piani (da quelli più generali a quelli più specifici, da quelli generici e tipici – o atipici, ma pur sempre propri del "livello del tipo" – a quelli particolari che specificano i primi) saranno pienamente coordinati. In ultimo, v'è da dire che causa potrà dirsi funzione, se intesa come "valore complessivo e concreto"; non, invece, ove con questo termine si obliterino altri profili che solitamente si dicono di struttura (ma su questo v. meglio *infra*, § 5).

[163] Il suo epifenomeno normativo non è l'art. 1322, comma 2, c.c., ma è semmai disperso in più disposizioni, tra cui soprattutto l'art. 1375 c.c. (oltre che gli artt. 1419, 1424; le previsioni che danno per scontate le deroghe implicite al diritto dispositivo; lo stesso art. 1369 c.c., pur nella sua particolare posizione, su cui v. nt. 177). Con riferimento al



ciente: di talché la causa concreta finisce per essere un concetto solo ideale.

Al fine di delineare la nozione operativa di causa statica, viceversa, è necessario limitarsi a considerare alcuni profili.

Tra questi, vi saranno anzitutto e di sicuro quelli che tingono di concreto i vantaggi propri dello schema generico e tipico (dello schema letto a livello di causa generica e tipica). Così, per fare un esempio, la singola compravendita avrà ad oggetto l'attribuzione di uno specifico vantaggio a fronte di un diverso e altrettanto specifico vantaggio (consistente nella proprietà di una somma di denaro).

Ancora: sempre in quest'ottica dev'essere considerata la valorizzazione, entro lo schema contrattuale, di un peculiare aspetto del contratto: quello relativo all'esatta individuazione dei motivi delle parti che si oggettivizzano ed entrano nel regolamento contrattuale.

Tale riferimento – che sottende ovviamente i ben noti casi di presupposizione – è a una serie di convenzioni sociali che si comportano in modo ricorrente: esse permettono di rinvenire, di regola nei contratti di scambio e in virtù di un certo ammontare del corrispettivo, l'assunzione da parte di un contraente di uno specifico rischio. Un siffatto fenomeno, in un certo senso, attiene ancora all'ambito di quelli che si sono denominati vantaggi: il motivo oggettivato infatti pare proprio divenire un vantaggio secondario rilevante, idoneo a declinare quello primario attribuito contrattualmente (pur senza costituire in sé e per sé un risultato dovuto).

A tal riguardo, si può proporre di esprimere tali ipotesi (che sono poi quelle cui si riferisce l'art. 1345 c.c., sebbene dal lato dell'illiceità del motivo) tramite una peculiare forma linguistica: ritenendo – prendo ad esempio il famoso *coronation case* – che ivi, nell'ambito dello schema causale concreto, l'attribuzione di un compenso si ponga in rapporto di scambio con l'attribuzione del godimento temporaneo di uno specifico bene *per* una certa ulteriore finalità. Riservandosi questa specifica dicitura ai presupposti esterni che entrano nel regolamento contrattuale, si potrebbe evidenziarne la sussistenza e tenerne conto facilmente nel caso di irrealizzabilità sopravvenuta (o anche originaria).

Le considerazioni che precedono hanno condotto ormai a rinvenire la forma visibile della causa: quella, cioè, che assume i tratti di uno "schema causale concreto".

Se avevamo visto la causa dinamica richiamare *tutto* il contratto, visto in una particolare angolazione (ossia nella sua portata sociale), così come *l'insieme* delle convenzioni che ne regolavano (dal lato oggettivo) la ricostruzione, appuriamo ora l'esistenza di una formula riassuntiva che consente alla causa statica di svolgere un ruolo operativo: una formula per mezzo della quale è dato sintetizzare il *nucleo* del contratto visto nella sua portata sociale.

L'interprete si trova così a disporre di una causa schematica e semplice (benché non estesa a tutti i problemi dell'accordo come "valore" che pur attengono – e restano attinenti – alla dimen-

---

piano del motivo oggettivato, v. poi in particolare gli artt. 787 (che ne determina una peculiare forma di rilevanza, in un certo senso escludendolo dalla causa per consentirgli di essere invocato ai fini dell'annullamento del contratto), 788 e 1345 c.c.



sione causale intesa nel senso più lato [164]). Quanto ai problemi cui la causa statica direttamente sovrintende, quelli dell'atto astratto interessano soprattutto la causa generica; quelli della realizzabilità dell'assetto di interessi, invece, la causa tipica e quella concreta.

La causa, in quest'ultima versione, è davvero requisito di validità del contratto: o, meglio, lo è la sua realizzabilità, la presenza di una causa – più che *concreta – in (o nel) concreto* [165]. I problemi di realizzabilità che sovvengono, possiamo aggiungere, sono vari: tutti, in un certo senso, sono però legati all'effettiva fattibilità del programma negoziale, ossia alla corrispondenza di quanto approvato dalle parti alla realtà delle cose. Ciò può difettare, ad esempio, dove sia carente l'alea di un contratto di rendita vitalizia oppure dove sia concluso un contratto di scambio *nummo uno* (in tal caso secondo un giudizio sociale mancherà del tutto, stando al programma approvato dalle parti, un prezzo: né si potrà proporre una riqualificazione del contratto, giacché la questione non atterrà all'incomprensibilità e all'illeggibilità sociale dell'accordo voluto, ma semmai all'assenza nella realtà delle cose di un prezzo [166]).

In tutti i casi, la mancanza di causa nel concreto attiene solo e soltanto a quei lineamenti essenziali (vantaggi primari e secondari) che proprio la forma visibile della causa consente di far emergere e di evidenziare in modo chiaro.

In questa prospettiva, ma non solo in questa, è facile appurare come le indicazioni di Roppo – che passo ora a commentare più specificamente – consentano di dare alla causa una forma facile e al tempo stesso adeguata.

Ciò deriva, in particolare, dalla chiarezza con cui l'autore distingue profili diversi della causa, riducendo a due soltanto i ruoli davvero operativi. Attorno a questi viene creata una nozione di causa – che nelle pagine precedenti ho cercato di sviluppare, provando a raccogliere le indicazioni dell'autore –, *semplice*, ma al tempo stesso fondata su un precisissimo gioco di equilibri, in cui i vari livelli della causa collaborano tra loro (causa generica, tipica, concreta).

Non v'è il rischio di semplicismi, giacché la ricchezza della causa è mantenuta, ma nemme-

---

[164] Guardando alla sola formula sintetica proposta non si può rinvenire (nel "valore") una deroga implicita al diritto dispositivo, né la soluzione a un problema di nullità parziale: ma ciò richiede per forza di cose uno sguardo sintetico di tutto il contratto nella complessità di tutti i suoi elementi di fatto, aggregati secondo regole sociali entro il complessivo assetto di interessi, che nulla lascia fuori.

[165] La distinzione non è comune in dottrina; già E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*[2], cit., 389, però, distingueva la causa presente e quella irraggiungibile. Ammesso che la causa non può mai essere assente da un contratto, la differenza tra causa concreta (concetto definitorio) e in concreto (causa aggettivata avente una funzione di controllo) emerge evidente, giacché solo la seconda è un requisito di validità del contratto (essendo, tra l'altro, richiesta non tanto una causa, quanto una causa "realizzabile" o, da un altro punto di vista, "lecita"). V. pure E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 273, nt. 271.

[166] Semmai v'è da chiedersi se la questione non sia di irrazionalità interna all'assetto di interessi: e, così, se la sua soluzione tramite l'art. 1325, n. 2, c.c. non imponga di utilizzare la stessa disposizione per valutare i casi di immeritevolezza di cui parlerò nel prossimo paragrafo (e in cui appare esservi davvero una irrazionalità intrinseca al contratto). La risposta è, a mio avviso, negativa: la contraddittorietà non è qui interna al voluto delle parti, ma deriva da un elemento esterno (rientrante "nella realtà delle cose"), ossia il normale ammontare del prezzo. In altri termini, l'ordinamento non può giudicare intrinsecamente irrazionale la previsione di un prezzo vile o simbolico, dopo aver attribuito alle parti la facoltà di stabilire soggettivamente l'equivalenza delle prestazioni; può, semmai, considerare venuta meno, da un punto di vista esterno rispetto al contratto ("la realtà delle cose"), la causa di scambio.



no il pericolo di scivolare in quella confusione (o vaga indistinzione) che solitamente s'accompagna alle formule troppo breviloquenti. La riflessione sulla causa di Roppo differenzia con precisione ambiti diversi, dando vita a un istituto non sovraccarico. Il nucleo della causa, che ne rappresenta la forma visibile, consente di individuare con chiarezza e precisione il contratto nel suo "senso"; esso ha un ruolo operativo e, al tempo stesso, non soffoca gli impieghi dinamici della causa (che pur afferiscono a una differente dimensione della causa stessa).

È implicita, nel testo di Roppo, una consapevolezza: lo studioso, nel collegare tra loro le varie dimensioni e le varie funzioni della causa, sa bene che una formula magica [167] che descriva il nostro istituto non potrebbe risolvere tutti i problemi cui esso sovrintende [168]. Al tempo stesso, una causa che non si differenzi a seconda dei vari livelli e spazi in cui viene richiamata e che, parimenti, non assuma una forma semplice e immediatamente operativa là dove ciò sia richiesto [169], finisce per risultare un concetto confuso, con il rischio di un suo ipertrofismo e di una incontrollata espansione o (il che, in fin dei conti, è lo stesso) di un suo abbandono [170].

**6.** – Su queste basi passo ora a considerare il contributo più recente di Roppo [171], vera e propria rassegna della giurisprudenza attuale in tema di causa e delle fallacie argomentative in cui essa è caduta. Quest'analisi, d'altro canto, potrà confermare gli esiti cui si è giunti, oltre che permetterne un'applicazione pratica.

Le prime decisioni su cui è d'uopo soffermarsi sono quelle che richiamano la causa dinamica, in funzione ricostruttiva e qualificatoria (e, quindi, anche di complemento dell'interpretazione).

La più saliente riguarda un contratto di assicurazione [172], nel cui testo figurava una clausola di limitazione dell'oggetto (del rischio assicurato). L'impresa assicuratrice convenuta faceva leva su tale clausola per escludere il suo debito. Secondo la Cassazione i giudici di merito avrebbero dovuto considerare l'interesse dell'assicurato per cogliere il reale significato della clausola in parola. Roppo avverte invece dei «pericoli di un uso poco sorvegliato della categoria»: la

---

[167] La nota espressione di R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, trad. it. di L.R. Amirante, Bari, 1975, è stata accostata alla causa da G. ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC. Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 258. Cfr. pure M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. mer.*, 1978, IV, 1328.

[168] Sulla molteplicità dei «problemi della causa» v. per tutti A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 2.

[169] Là dove cioè – lo ripeto – vi sia da sbarrare la via della giuridicità all'atto totalmente privo di un "senso complessivo" (atto astratto) o da assicurare che l'esecuzione del patto sia solidale rispetto alla sua *ratio*.

[170] Proprio per questa ragione, nonostante la scarsa importanza che Roppo attribuisce a una causa con valenza qualificatorio-ricostruttiva, non è difficile completare la nozione che egli offre integrandovi queste funzioni (come ho proposto nel testo): è semplicemente necessario distinguere in modo preciso tra loro i vari ambiti della causa.

[171] Tutte le citazioni proverranno quindi da V. ROPPO, *Causa*, cit., 963 ss.

[172] Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, cit.



questione, sottolinea, qui era solo interpretativa, e non aveva nulla a che vedere con la causa; per di più, se anche si ritenesse diversamente, gli interessi del solo assicurato avrebbero costituito semplici motivi e come tali presumibilmente non sarebbero rientrati nella causa [173].

Effettivamente, in questo caso l'ambiguità della dichiarazione si sarebbe dovuta sciogliere, anzitutto, in chiave interpretativa: a fronte di un testo non chiaro, infatti, è possibile allargare lo sguardo al fine di ricercare materiale ermeneutico tale da superare il dubbio. Nell'ambito dell'individuazione dell'accordo nella sua portata sociale, quindi, sarebbe stata predominante – *in parte qua* – un'interpretazione vera e propria.

A dire il vero, però, si sarebbe potuto supporre che la questione involgesse sotto certi aspetti anche, e soprattutto, un problema di ricostruzione. Si ipotizzi, ad esempio, che l'assicurato (com'è probabile) avesse comunicato il suo intento alla controparte e questa gli avesse proposto un articolato non oggetto di discussione nei suoi singoli termini. Effettivamente, potrebbe affermarsi che il complessivo assetto di interessi richiedesse di essere ricostruito anche sulla base della prima dichiarazione (certamente non negoziale) e che, in virtù di questo, il testo contrattuale andasse inteso nel senso corrispondente alla *ratio contractus* così ricavata.

La questione, così impostata, diviene prevalentemente ricostruttiva proprio perché l'accento non verrebbe posto sull'interpretazione dei vari dati fenomenici in sé e per sé considerati (comunque inevitabile), ma sul loro esatto coordinamento (non solo inevitabile, ma soprattutto qui d'importanza preponderante): in altri termini, solo sul piano della causa si sarebbe potuto comprendere il rilievo esatto di quegli interessi sicuramente approvati, ma vagamente compresi dalle parti (il loro peso reciproco, il loro rapporto, la loro penetrazione nell'assetto di interessi secondo un certo ordine gerarchico) [174].

Questa seconda idea si fonda sui seguenti presupposti. Anzitutto, essa richiede di ritenere che la causa del contratto – la sua complessiva economia – vada tratta anche da dati fenomenici estranei alla dichiarazione o alla sua interpretazione, pur sempre veicolati da enunciati verbali delle parti, perfino quando questi sono in disaccordo con il testo contrattuale o comunque quando vi è una clausola del testo che pare superarli [175]. In secondo luogo, essa presuppone che il so-

---

[173] V. anche M. GIROLAMI, *L'artificio*, cit., 119, nonché, con posizione opposta (e coerente con le tesi da sempre sostenute: v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III[2], cit., 404), ID., *Causa concreta*, cit., 265.

[174] In fondo, il problema si riduce a questo: si tratterà di (prevalente) interpretazione se si ritiene che la dichiarazione precontrattuale costituisca (o costituisca potenzialmente, ma non in concreto) il contesto della dichiarazione; di ricostruzione se si ritiene che sia, invece, un altro e diverso elemento di fatto, veicolante il suo proprio "senso". Il caso è davvero limite (e, a dire il vero, rispondere alla domanda non è nemmeno così importante). Il criterio, comunque, è a mio avviso questo: ci si chiederà se un soggetto normale e razionale, in quella situazione, avrebbe potuto supporre di rinvenire nella dichiarazione contrattuale un implicito rinvio all'altra dichiarazione precontrattuale o se vi avrebbe visto un elemento da congiungere con essa. Con tutta probabilità, a far propendere per la ricostruzione è proprio il fatto che il caso in esame riguardava una dichiarazione scritta (quasi sicuramente) non discussa analiticamente, rispetto alla quale sarebbe arduo ritenere "contesto interpretativo" una dichiarazione precontrattuale (del contraente debole).

[175] Nel caso di specie, una dichiarazione volta a rivelare lo scopo dell'accordo. Non si deve pensare che valga l'equazione tra "causa" e "scopo" in modo rigido: semmai, gli elementi di fatto da cui si desume lo scopo (solitamente, quelli che individuano anche la struttura; in taluni casi, altri elementi) entrano nell'assetto di interessi, plasmando-



lo motivo dell'assicurato entri nell'assetto d'interessi, probabilmente in virtù del fatto che la rassicurazione prestata dalla parte forte a quella debole si inserisce immediatamente nella complessiva *Interessenlage* pattizia.

Entrambe queste idee si prestano a critiche: ma è soprattutto la prima che lascia spazio ad alcune perplessità. Effettivamente, la causa dovrebbe essere ricavata dal testo contrattuale, anzitutto, e non da elementi esterni, in modo da adattare a questi il testo: così facendo si farebbe iniziare l'operazione ermeneutica dalla coda, in modo poco razionale [176]. È però anche vero che, in ipotesi come quella in discussione, un intento delle parti palese e condiviso avrebbe potuto effettivamente superare, per il suo rilievo, la dichiarazione negoziale: e ciò soprattutto nell'ambito di rapporti fortemente asimmetrici, quasi come reazione al tecnicismo del testo contrattuale e alla differenza di potere delle parti.

Ad ogni modo, le operazioni che si sono richiamate si arrestavano a una interpretazione o a una ricostruzione, non richiedendo né valutazioni relative all'atipicità contrattuale, né di realizzabilità della causa in concreto. Richiamare la causa, qui, voleva dire semplicemente additare la possibile sussistenza (o, meglio, la potenziale preponderanza) di un problema ricostruttivo.

Di conseguenza, v'è spazio per supporre che effettivamente la causa concreta avesse un rilievo, a patto che si escludesse la prevalenza di una semplice interpretazione e purché fosse chiaro che tale rilevanza era tutta interna al procedimento ermeneutico-ricostruttivo [177], alla se-

---

lo. Lo scopo che coincide con la causa è, invece, un concetto più complesso: è la funzione di tutto il patto, ossia l'assetto di interessi posto (il contratto visto come assetto di interessi e privato solo della sua "accensione", della sua approvazione). In esso ogni regola che la dichiarazione pone ha un ruolo (e la sua mancanza sposterebbe il baricentro dell'accordo) e, a sua volta, deriva dal complessivo procedimento ermeneutico-ricostruttivo più volte considerato. Cfr. nt. 75.

[176] Stando a questa critica, ci si sarebbe dovuti attenere al testo, escludendo il rilievo di quello scopo rimasto unilaterale ed estraneo all'assetto di interessi. L'interpretazione della dichiarazione avrebbe, poi, richiesto di per sé di sciogliere l'ambiguità guardando al contesto. Ove lo scopo in parola, espresso verbalmente, fosse sembrato troppo distante (o non condiviso), non vi sarebbe stata altra via che quella di una disambiguazione fondata sui criteri di interpretazione oggettiva (restando il dubbio nonostante il tentativo di scioglierlo in via di interpretazione soggettiva).

[177] Non si tratterebbe di predominanza dell'interpretazione, proprio perché lo scopo divenuto comune non costituirebbe il contesto della dichiarazione, ma di un ulteriore elemento di fatto, il cui esatto rilievo resterebbe dubbio sino alla ricostruzione ordinata dell'assetto di interessi (del resto, non essendo palese o immediato comprendere come avvenga tale composizione ordinata, si dovrebbe sciogliere la questione proprio in via ricostruttiva: e da qui apparirebbe la preponderanza di questo profilo). Ci si potrebbe allora chiedere se il ruolo (indirettamente) ermeneutico della causa sia qui proprio quello veicolato dall'art. 1369 c.c. (rispondo con questo anche alla questione del rapporto tra tale disposizione e la causa: cfr. nt. **Errore. Il segnalibro non è definito.**). A mio avviso la risposta è negativa: tale disposizione, in effetti, pare richiamare un fenomeno in parte diverso, così sintetizzabile: vi è una questione che, pur essendo normalmente interpretativa (normalmente di competenza dei contraenti, secondo l'espressione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*[2], cit., 85 s.), è risolta in chiave ricostruttiva. Vero è, però, che allorché si richiama la ricostruzione (come a ben vedere accade anche per l'art. 1367 c.c. e, forse, anche per l'art. 1371 c.c.) sfuma la distinzione: nel senso che se la questione, pur originariamente interpretativa (perché normalmente tale), viene spostata in sede soprattutto ricostruttiva, essa finisce per perdere i suoi normali connotati. Di talché, mi pare che nell'art. 1369 c.c. non possa essere rinvenuta la norma che fonda il ruolo indirettamente ermeneutico della causa, nemmeno in casi come quello di cui al testo (in cui, ammesso il rilievo dell'elemento di fatto esterno alla dichiarazione, non v'è alcun dubbio ermeneutico da sciogliere con riguardo alla dichiarazione). Ciò non toglie che l'art. 1369 c.c. riguardi un peculiare caso di rilievo indirettamente ermeneutico della causa: quello in cui una questione normalmente interpretativa viene risolta eccezionalmente (a causa del dubbio residuo) in via ricostruttiva. Allo stesso modo (e passo qui a



quenza delle operazioni compiute dall'interprete per ricavare in via di successive approssimazioni lo "spirito" del contratto. La causa che così veniva adoperata doveva allora essere quella dinamica, ossia quella intesa come strumento per ordinare l'*Interessenlage* e per indirizzare l'interpretazione [178].

Proprio per tali ragioni la decisione della Corte può sembrare, alternativamente, banale o rivoluzionaria.

Non dice molto di nuovo, se ci si sofferma sull'indicazione rivolta al giudice di merito, secondo cui v'è necessità in pari tempo di interpretare e ricostruire, tenendo conto di tutti gli elementi di fatto rilevanti (in base a quelle stesse convenzioni sociali, per come declinate dal diritto statuale, idonee a dare forma all'assetto di interessi) [179].

Lo stesso arresto, però, è estremamente innovativo [180], là dove amplia il novero degli elementi di fatto da considerare, rendendone preminente uno esterno a quello simbolico-dichiarativo, il cui rilievo peraltro può apparire abbastanza dubbio sia per il suo carattere, per così dire, unilaterale, sia per la sussistenza di un testo contrattuale.

E lungo quest'ultimo itinerario di pensiero (che non è semplicemente quello dei rapporti tra interpretazione e causa, ma quello relativo a un certo modo di intendere questi rapporti) si è mossa la giurisprudenza più recente, arricchendolo di profili di novità ancora più profondi, su cui è bene soffermarsi, in virtù della loro forza dirompente.

Nel caso poc'anzi riportato, il dubbio riguardava l'ingresso, tra gli elementi di fatto (tra gli interessi), di un'indicazione di scopo unilaterale ed esterna alla dichiarazione, laddove quest'ultima avrebbe potuto, di per sé, essere interpretata al di fuori delle implicazioni di quell'elemento di fatto (o utilizzandolo, a monte, per disambiguarla in via – principalmente – interpretativa).

Viceversa, in altre ipotesi taluni interpreti hanno ritenuto di compiere un'operazione ancora più estrema: ossia, ricostruire l'assetto di interessi tramite coordinate di senso che si ponevano in chiaro contrasto con il tenore della dichiarazione. Si è, in particolare, voluto dedurre da dati fenomenici esterni a quest'ultima un "senso" del patto in (parziale) contraddittorietà con quello veicolato dalla dichiarazione: il quale, lungi dal poter essere ricalibrato, è stato cancellato. Per

---

rispondere all'altra questione rimasta aperta) il generico ruolo indirettamente ermeneutico della causa può ritenersi, come non ritenersi, veicolato dagli artt. 1362 s. c.c. E la ragione è presto detta: ove si supponga che queste disposizioni si interessino, oltre che dell'interpretazione (delle questioni normalmente interpretative), dei suoi riflessi sulla ricostruzione, si propenderà per la prima tesi; ove, invece, si ipotizzi il contrario (le disposizioni menzionate riguardano solo il lato prettamente ermeneutico), si preferirà una soluzione differente.

[178] In virtù di quanto si è detto, apparirà chiaro perché Roppo tendesse comunque a escludere, nel caso deciso dalla sentenza in commento, il ruolo della causa (V. Roppo, *Causa*, cit., 971): la questione poteva essere facilmente fatta afferire (con prevalenza) all'interpretazione. Ma ciò non contraddice gli utilizzi della causa dinamica, cui comunque Roppo non dà molto rilievo nelle sue opere al fine di non appesantire il concetto di causa (v. già nt. 98), ma che comunque non sono dall'autore radicalmente esclusi (essendo collegate causa, *ratio contractus*, interpretazione, nullità parziale). Non è allora così difficile far convivere la tesi dell'autore con quelle di Bianca, che appare essere molto più propenso a valorizzare la causa dinamica.

[179] Anzi, è finanche poco accettabile qualora si ritenesse prevalente, nel caso a giudizio, il momento schiettamente interpretativo.

[180] V. C. Di Leo, *Contratto di assicurazione e causa concreta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 451 ss.



tale via si è assistito a una prevalenza assoluta dello "spirito" sulla "lettera".

Ora: anche così descritto, questo esito non è inedito; appare esserlo, però, ove si consideri la casistica in cui, a mio avviso, si è voluta applicare questa argomentazione (per vero, nascondendola sotto un diverso riferimento normativo).

La predominanza di certi elementi di fatto rispetto alla dichiarazione, infatti, in taluni casi è scontata e del tutto accettabile, rispondendo pianamente alla convenzionalità sociale: si pensi al noto *Hamburger Parkplatzfall* [181], in cui un soggetto, posteggiata la sua vettura in uno spazio a pagamento, si rivolgeva al titolare dello stesso affermando di non voler concludere alcun contratto di parcheggio e, successivamente, si allontanava, lasciando ivi l'auto. In tale ipotesi l'insieme di elementi di fatto materiali conduce senza dubbio a rinvenire l'approvazione di un nuovo assetto di interessi (l'atto di volontà è qui veicolato anch'esso da un elemento materiale, posto per l'appunto volontariamente). La dichiarazione, viceversa, si può ritenere "non seria" [182]: una *protestatio contra factum* che *non valet* [183], non avendo la forza di scardinare il "valore" che promana dagli altri elementi di fatto.

Un'idea non dissimile è, per quanto implicitamente, alla base delle decisioni che poc'anzi richiamavo: solo che, in esse, la predominanza di taluni elementi di fatto su altri non assume tratti altrettanto chiari e, anzi, è fortemente dubitabile.

La prima decisione che sovviene non è di un giudice italiano, ma della Cour de cassation francese. Si tratta del noto caso *Chronopost* [184]: un soggetto si rivolgeva a un noto vettore francese, e cioè alla società Chronopost, per la spedizione di un plico, il cui arrivo a destinazione senza ritardi era necessario per rispettare i termini previsti da una gara d'appalto. La prestazione

---

[181] V. BGH 14 Juli 1956, V ZR 223/54, in *NJW*, 1956, 1475. Non è un caso che J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen, 1999, 5 s., lo colleghi alla *ergänzende Auslegung*.

[182] Ma la mancanza di serietà si può ravvisare anche in altri casi, tutti accomunati dal fatto che il tenore apparente di una dichiarazione è svuotato in virtù della sua considerazione pragmatica (e, quindi, del suo andare a comporre un "senso" ordinato e più compiuto). Oltre, ovviamente, alla dichiarazione *ioci causa*, basti pensare alle ipotesi di cortesie assistite da una dichiarazione di vincolatività ritenuta "non seria" (anche qui, a ben vedere, si dà un problema di ricostruzione dell'assetto di interessi) o a quelle in cui una dichiarazione, che potrebbe in astratto fondare un vincolo giuridico, lascia percepire un intento non ancora risoluto e fermo e, quindi, appare "non seria".

[183] Di recente N. MUCCIOLI, *Studio sul contegno concludente*, Torino, 2012, 100, e R. GIAMPETRAGLIA, Protestatio contra factum non valet, Napoli, 2000, 94. Sui comportamenti concludenti v. qui, per tutti, G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir., proc. civ.*, 1961, spec. ai nostri fini 781 e 789, nonché E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*$^2$, cit., in particolare 139 s., e M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, spec. 218 (e già, per un esempio ulteriore, H. ISAY, *Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1899, 82 s.).

[184] Cass. com. 22 octobre 1996, in *Bull. civ.*, 261, IV, 223; per un elenco dei commenti apparsi v. J. GHESTIN, *Cause*, cit., 181, nt. 54; in realtà gli *arrêts* Chronopost si sono susseguiti, a ritmo sostenuto, fino a tempi recenti, suggerendo a un autore di parlare di una vera e propria "saga", con *revirement* continui della Suprema Corte francese: cfr. D. MAZEAUD, *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga?*, in *Recueil Dalloz*, 2010, 1832 ss., e già ID., *Saga "Chronopost": les maîtres du temps perdent une manche*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 2288 ss.; ID., *Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 1776 ss.; sempre sulla prima decisione cfr. J. GHESTIN, *Cause*, cit., 180 ss.; A. SÉRIAUX, *L'affaire* Chronopost*: arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle*, in *Recueil Dalloz*, 1997, 122 s.; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, 1999, 439 ss.



non era eseguita correttamente (il plico giungeva oltre i suddetti termini) e il creditore chiedeva allora un risarcimento del danno; Chronopost si difendeva facendo valere una clausola di limitazione di responsabilità. La Corte francese riteneva che il contratto, per essere stato concluso proprio e soltanto perché il termine venisse rispettato, doveva essere privato di tale clausola.

Effettivamente, ove ritenessimo che, per il prezzo pagato o per i servizi normalmente offerti da Chronopost, sussistesse un elemento di fatto materiale tale da far ritenere acquisita una prestazione del tipo "spedizione garantita dai ritardi", la limitazione di responsabilità si sarebbe posta in insanabile contrasto. Essa, però, era scritta: di qui la difficoltà a ricostruire il contratto in un senso o nell'altro.

L'idea, direi quasi intuitiva (e comunque, come norma per il giudice francese, non motivata), di ricorrere alla causa per cancellare la clausola richiama il ragionamento sopra svolto: tanto più che, a ben vedere, la Cour de cassation (come oggi il *Code civil* dopo la riforma [185]) parlava di "clausola da reputare non scritta", quasi che essa fosse "non seria" e quindi da espungere.

L'idea della Corte è, da un lato, raffinata (come ogni percorso ermeneutico-ricostruttivo complesso, a partire da quella rivoluzionaria, e non così dissimile, idea romana volta a rendere negozi astratti solo in senso debole la *mancipatio* e la *sponsio* [186]) [187]; dall'altro, pericolosa. Difficile è comprendere, a questo punto, quale sia il confine tra elementi di fatto rilevanti e non rilevanti: solo un interprete molto sensibile può compiere una tale valutazione.

Verrebbe poi fatto di chiedersi se una *ratio decidendi* simile non sia al fondo di un certo utilizzo, da parte dei giudici italiani, della clausola di meritevolezza.

Già ho detto di come essa potrebbe essere utilizzata per privare di sanzione giuridico-statuale l'atto muto sulla causa, in quanto socialmente privo di "senso". Questa funzione – sostenevo [188]

---

[185] Sulla contraddittorietà tra l'obbligazione essenziale e una clausola che, per l'appunto, si reputerà "non scritta" (ciò che evoca – intuitivamente? – la "non serietà") v. oggi l'art. 1170 *Code civil*.

[186] Mi riferisco a quell'idea, sviluppatasi nell'età repubblicana romana, in virtù della quale si ritenne che negozi considerati astratti in senso forte – come la *mancipatio* e la *sponsio* – dovessero esserlo solo in senso debole: e ciò si fece ammettendo la rilevanza giuridica dell'accordo, esterno a tali negozi, volto a dare causa all'attribuzione economica (rilevanza che si esprimeva, a sua volta, tramite la concessione di una *condictio* o di una *exceptio doli generalis*). V. spec. A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994, 81 ss.

[187] È, questo, forse un ulteriore aspetto dell'attuale *Materialisierung* del diritto privato (C.-W. CANARIS, *Wandlungen*, cit., 273 ss.; in Italia A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) procedura*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 797 ss.). Infatti, il sempre più ampio riferimento alla causa in funzione ricostruttivo-qualificatoria si può probabilmente collegare alla sempre maggiore de-formalizzazione del diritto privato contrattuale, tanto nel rapporto con le disposizioni di legge, quanto in quello con la dichiarazione pattizia. Se le prime, tramontato ormai il positivismo, vengono intese in modo sempre più flessibile, nel rapporto con il "valore" sottostante (e talvolta perfino sovvertendo il dato espresso, in nome della preminenza del "valore" pur sempre recepito positivamente), lo stesso vale per la seconda, che concorre a chiarire il "valore" contrattuale, ma da esso è poi implicata (finendosi, in taluni casi, finanche per ritenere che una parte della dichiarazione non sia "seria" e per ciò stesso sia "inefficace"). L'ampio rilievo del piano degli interessi – del "valore" – si collega, con tutta probabilità, a un cambiamento sociale, che influenza le categorie giuridiche, spostando l'angolo prospettico da cui l'interprete guarda al sistema giuridico. Ma, a ben vedere, si tratta pur sempre delle convenzioni sociali che presiedono l'individuazione dell'assetto di interessi approvato: le quali vedono oggi depotenziata la singola dichiarazione contrattuale (intesa in senso stretto) rispetto agli interessi che gli altri dati fenomenici concreti esprimono.

[188] Cfr. § 5.



– potrebbe evitare sia di rinvenire nell'art. 1322, comma 2, c.c. un doppione di altre disposizioni (su tutte, l'art. 1343 c.c.), sia di rintracciarvi uno strumento volto alla funzionalizzazione dell'autonomia privata.

L'art. 1322, comma 2, c.c. contiene, in questa prospettiva, proprio quella norma che ricorda all'interprete la recezione giuridico-statuale delle forme sociali e che, nel farlo, sancisce che esse vanno declinate secondo le categorie giuridico-statuali, anche ove manchino previsioni espresse (per mezzo del coordinamento, anzitutto sul piano "effettuale", tra il dato sociale e il sistema normativo intero [189]).

Nei casi limite (in cui le parti sembrano davvero creare un accordo senza senso o parzialmente senza senso), la meritevolezza impone ora di ritenere "incompleto" o "insufficiente" un atto muto sulla causa, ora – e qui veniamo al tema di nostro interesse – di leggere in modo socialmente razionale contratti il cui assetto di interessi all'apparenza sembra internamente contraddittorio, consentendo di eliminare le parti del regolamento incoerenti e recessive (l'alternativa sarebbe, tutt'al più, quella di ricorrere alla sanzione della nullità per mancanza di causa – di una causa razionale [190] –). Così, la necessità di restare aderenti alle forme sociali declinate dal diritto resterebbe valida non solo nei casi fisiologici, ma anche in quelli patologici: quando, cioè, in prima battuta paia sussistere un atto giuridicamente vincolante (e anzitutto, quindi, rilevante) o un atto vincolante (e rilevante) ma contraddittorio.

Orbene: non è in parte questo ciò che la Cassazione propone, allorché valuta, ad esempio, la meritevolezza del contratto di assicurazione *claims made* [191] – meglio: di sue singole clausole –

---

[189] E, così, per mezzo di un gioco di incastri e di distinzioni, volti a permettere al giudice di ottenere – ad esempio – una disciplina anche per i contratti non corrispondenti ad alcun tipo. In questo senso parlerei di una "normatività diffusa" nel diritto dei contratti, non sempre veicolata da disposizioni espresse: del resto, l'art. 1322, comma 2, c.c. si riferisce al perseguire interessi meritevoli «secondo l'ordinamento giuridico».

[190] Come già per l'atto muto sulla causa, vi è senza dubbio chi potrebbe ritenere preferibile risolvere la questione dal punto di vista della validità e non dell'irrilevanza (beninteso: ove si ritenga che una contraddittorietà da superare vi sia). Del resto, l'art. 1229 c.c. (ove il problema è proprio di contraddittorietà, a mio avviso, derivante da uno "svuotamento" del "senso") parla di "nullità". Ma, in assenza di indicazioni positive, credo sia preferibile avvalersi del circuito interpretativo-ricostruttivo e, quindi, far afferire l'argomentazione al tema della rilevanza del contratto (dell'individuazione dell'assetto di interessi approvato). Del resto l'art. 1325, n. 2, c.c. risulta difficilmente applicabile ai casi in esame (che non riguardano la forma visibile della causa); per di più, anche quando tale disposizione finisce per valutare la "razionalità" della causa (vendita *nummo uno*), lo fa, come già ho affermato, sulla base di considerazioni non intrinseche all'assetto di interessi (cfr. nt. 166).

[191] Cfr. soprattutto Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 2014. A tal proposito v. tra tanti i recenti interventi di M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso* claims made, in *Foro it.*, 2017, I, 3115 ss.; M. FRANZONI, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *juscivile*, 2017, 417 ss.). Di pochi giorni fa è una nuova ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite relativa ai problemi che la clausola *claims made* pone (Cass. 19 gennaio 2018, n. 1465, in *www.dirittobancario.it*): e, scorrendo il testo, sorge effettivamente l'impressione che la Cassazione reputi "immeritevole" il contratto "intrinsecamente contraddittorio" (soprattutto ove si richiama la presenza di un vantaggio senza contropartita o la soggezione indeterminata di una parte all'altra; su questi punti mi permetto di rinviare al mio *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1210 ss.). Resta semmai da vedere se, in sé, la clausola *claims made* produca sempre e comunque una contraddittorietà interna all'assetto di interessi: ciò che, peraltro, escluderei, non sembrandomi fondati gli argomenti addotti nell'ordinanza, che si basano in generale sull'incompatibilità tra i tratti del tipo assicurazione come tradizionalmente inteso e la clausola in parola e che, dunque, non tengono conto dell'eventualità che i primi siano mutati



alla luce dell'interesse dell'assicurato e, soprattutto, della presenza di lacune assicurative? I frequenti richiami alla buona fede e alla Costituzione si spiegherebbero, in tal senso, come richiamo del piano sociale: meglio ancora, come recepimento di quel piano per come declinato (non forgiato, ma solo declinato) dalle norme giuridico-statuali e, anzitutto, dalla Costituzione [192]. Del resto, ove vi sia un'ambiguità sociale, la legge può aiutare l'interprete nel fissare (anche trasversalmente, per un intero settore di contrattazione) il grado di collaborazione che vi è tra le parti e, così, sia gli oneri precontrattuali, sia l'assetto contrattuale che dall'accordo deriva (con riferimento agli elementi di fatto da valorizzare, al loro reciproco rapporto e alla loro precisa specificazione nel "valore" contrattuale).

Non revoco in dubbio che, in taluni casi, la meritevolezza venga utilizzata dalla giurisprudenza proprio per sanzionare contratti che repellono all'ordinamento giuridico (ma, allora, il riferimento più corretto è all'illiceità e alla violazione di norme imperative [193]). Tuttavia, in altre ipotesi il ragionamento della Corte mi pare svolgersi nel senso predetto: tra l'altro, manifestandosi così l'implicito obiettivo della Cassazione, ossia quello di applicare regole di validità (tramite l'ingresso di certi interessi nel contratto) anziché regole di responsabilità (come sarebbe derivato dal rilievo solo precontrattuale di quegli interessi, in virtù di un testo contrattuale con gli stessi incompatibile) [194], talvolta per caducare l'intero vincolo, talaltra per correggerlo puntualmente.

Il dubbio, allora, è questo: se, forse, non convenga di fronte a queste fattispecie lasciare spazio alla responsabilità precontrattuale e ai vizi del consenso (pur interpretati in modo moderno ed espansivo). Probabilmente la risposta attende la formazione di una categoria nuova: o forse è rimesso semplicemente alla sensibilità dell'interprete individuare i casi in cui la meritevolezza permette di trarre norme imperative per la disciplina di contratti atipici (o addirittura tipici) [195],

---

dalla seconda senza che l'esito finale sia intrinsecamente irrazionale (tant'è vero che la sentenza delle Sezioni Unite del 2016 faceva riferimento, piuttosto, alla contraddittorietà derivante da lacune di tutela).

[192] In quanto Carta fondamentale dei valori espressi dalla nostra società. V. sul punto (in particolare sul diritto come fenomeno culturale, che vive all'interno di una società) P. PERLINGIERI, *Il diritto*, cit., 56 s.

[193] Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 345 s.

[194] Cfr. ovviamente Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, 784. Sul tema è intervenuto lo stesso Roppo, in varie occasioni, tra cui si v.: V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza "Rordorf"*, in *Danno resp.*, 2008, 536 ss.; V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno resp.*, 2006, spec. 31; V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*[3], Torino, 2011, 81 ss. V. pure, tra i tanti, E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro. it.*, 2008, I, 785 ss.; A. ALBANESE, *Regole di comportamento e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria; quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss.; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, *ivi*, 230 ss.; F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, *ivi*, 546 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: "*ratio decidendi*" e "*obiter dicta*" delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 445 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.; G. NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1189 ss.

[195] O, il che è lo stesso, norme dispositive di applicazione imperativa là dove non si siano travalicati i confini del tipo o non si sia davvero voluta una deroga alla disciplina tipica.



reputando a seconda delle preferenze dogmatiche "non scritta" o "nulla" la clausola (o finanche l'intero contratto, se privo di ogni coerenza intrinseca), da quei diversi casi in cui non si possono rinvenire elementi di fatto valorizzabili contrattualmente, ma solo precontrattualmente [196].

Prima di passare a considerare l'impiego giurisprudenziale della causa realizzabile (meglio: della disposizione che permette di dichiarare nullo il contratto la cui causa sia irrealizzabile), vorrei concludere questa rassegna di utilizzi della causa definitoria (inerente, cioè, all'esatta individuazione dell'assetto di interessi) richiamando un problema classico della teoria della causa: quello dei negozi indiretti e collegati.

Per farlo, vorrei però anzitutto considerare un caso "difficile" [197] che la dottrina ha ipotizzato nell'ambito dello studio del nostro istituto, il quale consente di rivelare – come un test di Rorschach – in che modo davvero venga intesa, secondo le varie tesi, la causa.

L'ipotesi è quella di una vendita conclusa *transactionis causa*. I suoi tratti caratteristici sembrerebbero avvalorare quell'orientamento dottrinale secondo cui un approccio alla causa troppo sbilanciato sugli scopi pattizi risulta insufficiente, dovendosi considerare anche la struttura voluta dalle parti (il che ha un suo rilievo, soprattutto, per distinguere già causalmente donazioni indirette e dirette) [198]: sarebbe, in quel caso, insufficiente considerare solo la struttura di vendita, così come solo lo scopo di transazione (questa tesi, ad ogni modo, utilizza una nozione di "scopo" e di "interessi" più ristretta di quella di cui ho fatto uso: negli scopi vengono abbracciate solo le finalità materiali ultime).

A mio avviso, anche la fattispecie della vendita *transactionis causa* dev'essere calata nel discorso ricostruttivo-ermeneutico già svolto. Il congiungersi di struttura e interessi rappresenta, infatti, una "fase" del procedimento ermeneutico-ricostruttivo: la struttura, che risulta dalla prima interpretazione del voluto pattizio, veicola una causa; la presenza di interessi ulteriori che uno sguardo più ampio permette di identificare muta necessariamente la causa (e quindi ridonda

---

[196] Un altro esempio di contraddittorietà interna all'assetto di interessi è fornito da Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Contratto in genere*, n. 303 (in dottrina v. A.A. DOLMETTA, *"My Way", "For You", "Piano visione Europa" e Corte di cassazione*, in *www.ilcaso.it*, 2016, 1 ss.; M. COSTANZA, For You for Nothing *o immeritevolezza*, in *Soc.*, 2016, 721 ss.). Anch'esso deriva dall'elevazione a interesse di un dato fenomenico reale – una dichiarazione precontrattuale – esterno alla dichiarazione contrattuale in sé considerata: e, come nel caso dell'assicurazione richiamato all'inizio del paragrafo, probabilmente anche in tale ipotesi ciò avveniva al fine di rendere rilevante un interesse della parte debole del rapporto, deformalizzando per quanto possibile l'approccio dell'interprete e ampliando l'estensione dell'assetto di interessi (specialmente per non far restare fuori da esso quello "scopo" che la parte debole crede, perché di ciò informata, di stare perseguendo, pur non avendo contezza della realtà delle cose a causa della difficoltà tecnica del testo contrattuale). In tale ottica dovrebbero poi menzionarsi talune recenti decisioni in tema di *interest rate swap*, su cui lo stesso Roppo si sofferma (cfr. da ultimo Cass. 31 luglio 2017, n. 19013, in *Foro it. Rep.*, 2017, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 46; in precedenza soprattutto Trib. Milano 14 aprile 2011, n. 5118; App. Milano 18 settembre 2013, in *Soc.*, 1253, con nota di A. STABILINI; Trib. Monza 17 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 139, con commento di D. TOMMASINI): sennonché esse pongono problemi tanto complessi, anche dal punto di vista tecnico, che risulta impossibile in poche righe darne conto.

[197] R.M. DWORKIN, *Law's Empire*, 1986, Cambridge-London, 39.

[198] A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale*, cit., 229 ss.; G. AMADIO, *La condizione*, cit., 194 ss. Ciò avviene in critica all'opinione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III$^2$, cit., 452 ss., che oggi, specie con riferimento ai contratti collegati e ai negozi indiretti (*ivi*, 481 s. e 485 s.), appare seguita dalla giurisprudenza (v. *infra*).



in una re-interpretazione). La causa finale deriverà, quindi, dalla necessità di congiungere e coordinare in modo ordinato, come "senso", il materiale in prima battuta estratto ermeneuticamente: e, dunque, la causa potrà individuarsi sistemando ordinatamente questi elementi di fatto (cui si dà il nome di struttura e interessi, giacché il primo incide sulla dimensione analitica delle regole approvate dalle parti per come interpretate in prima battuta, mentre i secondi su quella più generica e sintetica e, cioè, sugli scopi finali e materiali: ma entrambi, nel loro congiungersi, si implicano a vicenda, divenendo "interessi" in un senso più lato e dando luogo a un "senso complessivo" vagamente orientato in una certa direzione, che solo in via ricostruttiva potrà precisarsi).

L'interprete, di fronte alla non perfetta combinabilità delle cause di "vendita" e di "transazione", si dovrà far carico di riqualificare il contratto come transazione (o come contratto atipico o, addirittura, come collegamento tra un negozio di accertamento e una compravendita), pur traendo dall'*Interessenlage* una deroga alla "normale" disciplina contrattuale (ad esempio, ove si opti per la transazione, con riferimento alle garanzie per vizi ed evizione, da ritenere implicitamente previste) [199].

Questo congiungersi e mischiarsi di struttura e interessi (o, meglio, di elementi di fatto che richiamano all'apparenza l'una e gli altri) non avviene, o non avviene allo stesso modo, nelle altre ipotesi che, come anticipavo, vorrei considerare: negozi collegati e negozi indiretti.

Quanto al collegamento negoziale [200], si assiste comunque a un peculiare intersecarsi di cause diverse. Nel caso di un contratto privo di corrispettivo, collegato però funzionalmente a un altro contratto che un corrispettivo prevede [201], non può ritenersi che il primo sia mancante nella sua causa, né che il secondo concreti uno scambio insensibile all'attribuzione veicolata dall'altro negozio.

In realtà, la causa apparente in prima battuta di ciascun contratto è, in virtù del collegamento, svuotata. Tanto la semplice attribuzione (consista essa in un effetto reale o sia essa veicolata da un'obbligazione), quanto lo scambio, sono strutture senz'anima: esse sono volute, ma ricevono il loro "senso" solo dalla causa più generale, in tanto in quanto sugli stessi riflessa: e, quindi, dal più generale scambio, che si proietta in ogni contratto in modo peculiare.

Il primo, infatti, causalmente consisterà nell'attribuzione di un vantaggio "nell'ambito" di uno scambio più vasto; il secondo, nell'attribuzione di vantaggi in rapporto di scambio tra loro,

---

[199] Il che escluderà la nullità per l'acquisto di cosa che risulti già dell'acquirente. Non si deve credere, però, che in questo caso sia un "motivo" a reggere la "causa". Una tale idea sarebbe erronea, giacché il congiungersi di elementi di fatto anche all'apparenza poco compatibili trova sempre un ordinato riassunto nella causa, in tutti i suoi livelli. In altri termini, si individuerà sempre una causa generica tipica (e poi una causa del tipo, oppure si ammetterà di trovarsi di fronte a un contratto anche socialmente atipico).

[200] Su cui v. qui, per tutti, M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 235 ss.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 48 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.

[201] Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*[2], cit., 370 s.



anch'essi "nell'ambito" di uno scambio più vasto. Tuttavia, non può nemmeno ritenersi che la causa generica concretamente attivata in ciascun contratto sia quella dell'operazione nel suo complesso in sé e per sé considerata [202]: essa è, viceversa, la causa di tale complessiva operazione economico-giuridica, ma *in tanto in quanto proiettata sul singolo negozio* [203]. Il particolare sovrapporsi di struttura e interessi lascia, in questo caso, i due elementi parzialmente distinti (proprio in virtù delle peculiarità del fenomeno "collegamento", che in quanto tale si distingue – anche nel suo "senso" sociale – dalle corrispondenti ipotesi di operazioni veicolate da un solo contratto); nondimeno, è dalla sommatoria di questi due elementi che dovrà dedursi l'altrettanto particolare disciplina del contratto (l'assetto di interessi sarà costituito pur sempre, in altri termini, dall'intreccio di struttura e interessi).

Il fenomeno assume tratti più semplici allorché si passa a considerare il negozio indiretto [204]. In tal caso, infatti, la causa (struttura) piegata ad altri fini (interessi) non conduce né a un fenomeno di mistione, che impone di riconsiderare la causa nell'ambito dell'operazione ermeneutico-ricostruttiva, né al peculiare congiungimento tipico del collegamento contrattuale, che sempre impone di rivalutare la dimensione causale, ma che tollera, all'esito del procedimento ermeneutico-ricostruttivo, una certa scissione tra struttura e interessi.

Nel negozio indiretto, infatti, tali elementi restano del tutto distinti. Da un lato vi è il negozio mezzo, che ha sicuramente la sua causa; dall'altro vi è il diverso fine perseguito dalle parti. Non credo che quest'ultimo possa, in qualche modo, entrare nella causa del primo negozio e manipolarla: se così fosse, infatti, il negozio mezzo dovrebbe risentire, nella sua disciplina, di tutto quanto tocchi la funzione che apparentemente vi resta esterna.

Così, invece, non è: per quanto la funzione sia approvata dalle parti, e quindi abbia un suo rilievo sociale in termini di disciplina, esso non incide direttamente sul negozio strumentale. Per tale ragione, allora, può sembrare corretto ammettere, seguendo una proposta dottrinale avanzata in tema di liberalità non negoziali, che in ogni negozio indiretto si possa rintracciare anche un negozio configurativo esterno, il quale, a sua volta, si limiterebbe a porre una regola causale: una regola, cioè, di norma di equivalenza tra attribuzioni e interessi [205].

---

[202] In giurisprudenza, invece, v. Cass. 11 settembre 2014, n. 19161, in *Foro it.*, 2014, I, 3459, con nota di G. LENER. Questa formulazione, che comunque non conduce a risultati pratici da disattendere, appare in parte ambigua: e, soprattutto, dà luogo a un uso non del tutto corretto della causa concreta.

[203] Nemmeno in questo caso, dunque, il contratto sarà causalmente sostenuto da un motivo. Parlare di causa concreta, anche in questo caso, significherà indurre l'interprete a guardare il piano concreto, con tutte le sue sfumature, per ricostruire il contratto, in tutti i suoi livelli. La peculiarità, qui, è comunque forte: non solo manca, come nel contratto socialmente atipico, una causa a livello del tipo (ciò che in tal caso impone di ricostruire tutta la causa a partire dal piano concreto, salvi i riferimenti offerti dalla causa generica); soprattutto la causa deve essere evinta dal particolare congiungimento di un contratto con la sua causa generica e dalla più vasta operazione economico-giuridica.

[204] Su cui v. specialmente T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto,* negotium mixtum cum donatione, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, 462 ss.; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, spec. 103 ss. per i problemi inerenti alla causa; G. DE GENNARO, *Il negozio giuridico indiretto*, in *Temi emiliana*, 1939, II, 41 ss.; M. DI PAOLO, voce *Negozio indiretto*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 124 ss. Sulle norme materiali della donazione v. soprattutto di L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 138 ss.

[205] Si palesa, così, la vicinanza, cui ho già accennato, tra il nostro negozio configurativo della causa e il *Rech-*



Non si cadrebbe, così, in una *fictio*, giacché è ovvio che il negozio configurativo (causale) sarebbe una struttura logica necessaria per dare forma all'assetto di interessi approvato dalle parti. E, allora, dovrebbe ritenersi che – ad esempio in una donazione compiuta per mezzo di intestazione di un bene a nome altrui – accanto al negozio mezzo (pagamento del terzo) vi sia una configurazione, stando alla quale l'attività compiuta tramite il mezzo (negozio di pagamento) soddisfa un interesse non patrimoniale di una parte [206].

Se tutto questo è vero – e se tutto questo rappresenta un portato della causa definitoria – appare allora incoerente rinvenire una causa concreta insita nell'atto di pagamento del terzo (e diversa dalla pura causa solutoria).

A tal riguardo appare rilevante la menzione di una sentenza di Cassazione, che richiamava la causa come punto di emersione della funzione concreta (come risposta alla domanda «qual è l'operazione economico-giuridica voluta dalle parti?»), al fine di distinguere atti gratuiti e onerosi e di decidere sull'applicazione delle norme sulla revocatoria fallimentare a un atto di pagamento da parte di un terzo [207]. Proprio Roppo, nel contributo del 2013, ha sottolineato come nel caso in parola il rinvio alla causa fosse inutile: la distinzione tra gratuità e onerosità, afferma l'autore, intercetta un problema di struttura, e non di funzione, dandosi il caso di atti gratuiti non disinteressati.

E questa conclusione si può spiegare proprio tenendo conto dei problemi che pone la causa dei negozi indiretti. La Cassazione, con il suo *dictum*, ha ritenuto rilevante ai fini della disciplina del pagamento del terzo un negozio esterno, quello configurativo, facendone discendere un profilo di disciplina del negozio mezzo. Ma, allora, avrebbe dovuto – più che chiedersi qual era la "causa concreta" del pagamento, rispondendo poi in realtà alla (diversa) domanda sulla causa del negozio configurativo – a cosa il legislatore, con le norme sulla revocatoria fallimentare, fa riferimento: se, cioè, nel caso di negozi indiretti possa essere eccezionalmente concessa rilevanza alla funzione indirettamente perseguita [208]. È palese il rilievo pratico della domanda: rispon-

---

*tsgrundabrede*: nozione che taluni giuristi tedeschi usano per indicare la *causa* (*adquirendi* o *donandi*) per cui avviene una *Verfügung*, allorché essa sia necessariamente concordata (la *causa solvendi* ha, di norma, bisogno solo di un'imputazione: che taluni ritengono negoziale bilaterale o unilaterale, altri pseudo-negoziale, altri ancora non negoziale, a seconda della soluzione data al problema della natura dell'atto di pagamento: v. per tutti G.K. BECKHAUS, *Die Rechtsnatur der Erfüllung: Eine kritische Betrachtung der Erfüllungstheorien unter besonderer Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung*, Tübingen, 2013). Cfr. § 5.

[206] Il che permetterebbe, ad esempio, di caducare il negozio configurativo per vizi del consenso (si pensi a un errore sul motivo); ciò non farebbe venire meno anche il negozio mezzo, ma consentirebbe di agire tramite rimedi restitutori. Ammettendo, del resto, che anche il vantaggio semplicemente configurato concreti, in termini giuridico-formali, una prestazione, dovrebbe accettarsi l'idea di una sua ripetibilità (tramite, appunto, l'art. 2033 c.c.).

[207] Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giur. comm.*, 2011, II, 561, con nota di L. BENEDETTI.

[208] Vi sono casi in cui ciò avviene: l'esempio più lampante è, a mio avviso, l'art. 1344 c.c. A ritenere diversamente (a voler costruire diversamente il fenomeno dei negozi indiretti) esso finirebbe per apparire una replica dell'art. 1345 c.c.: il che è un dato ulteriore per avvalorare la ricostruzione proposta. V. ad esempio Cass. civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Riv. not.*, 2015, 182. Sul negozio in frode alla legge v. in particolare L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993.



dendo affermativamente, si coinvolge un soggetto terzo (il creditore) rispetto alla configurazione (che avviene tra debitore e pagante) in un esito di disciplina che la stessa implica.

Non era, quindi, del tutto corretto in questa ipotesi parlare di causa concreta (salvo non volersi riferire alla causa del negozio configurativo): ma, soprattutto, avrebbe richiesto un più profondo sforzo ermeneutico da un lato diverso, quello delle disposizioni di legge.

**7.** – La causa sottesa alle decisioni giurisprudenziali citate era, in breve, quella definitoria, intesa come richiamo del "senso" dell'accordo e delle convenzioni sociali che permettono di individuare quest'ultimo.

Si trattava della causa dinamica: d'altronde è vero che, nell'esposizione precedente, ho fatto coincidere i problemi dell'atto muto sulla causa con il concetto statico di causa, ma è anche vero che, utilizzando la meritevolezza per risolverli, essi vengono per così dire riportati (all'indietro) alla fase ermeneutico-ricostruttiva, trovando ivi soluzione [209]. Questo è più evidente qualora l'immeritevolezza riguardi la contraddittorietà dell'assetto di interessi: ove, del resto, essa finisce per toccare profili specifici del contratto, di cui la causa statica, ridotta a una forma visibile, non potrebbe tenere conto. Allo stesso modo, anche i profili di qualificazione dell'atto, da cui deriva l'applicazione di una certa e ulteriore disciplina (nel caso di cui ho parlato, quella della revocatoria fallimentare), riguardano una causa necessariamente statica (già accertata e individuata), ma ben più ricca di quella ridotta a una forma visibile e, soprattutto, non inerente ai soli problemi di realizzabilità del programma negoziale.

Consideriamo, ora, la causa come requisito di validità del contratto: consideriamo, cioè, proprio la realizzabilità della causa, vista ora come il luogo in cui la causa – tramite la sua forma visibile – si rende operativa [210].

---

[209] Insomma: si tratta di problemi di una causa già accertata e individuata (che nel caso dell'atto astratto possono e debbono venire riassunti tramite l'indicazione della forma visibile della causa, proprio per palesare l'assenza di una causa generica calzante per l'atto); ma, al tempo stesso, si tratta di problemi risolti mediante la causa dinamica, ossia facendo rifluire la questione in sede di interpretazione-ricostruzione e, così, espungendo dalla rilevanza giuridica l'atto o i profili dell'atto che risultano insensati.

[210] Un'ipotesi di irrealizzabilità della causa abbastanza tradizionale nella *ratio*, ma fortemente innovativa nel merito, è al centro di Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, 1534, con note di G. COSTANTINO, di M. FABIANI e di E. SCODITTI, a proposito del controllo sulla proposta di concordato preventivo. A tal riguardo v. pure G. VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa e concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. impr.*, 2013, 1203 (e, più in generale, M. FABIANI, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2013, 156 ss., e L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, 383 ss.). Discorso simile può svolgersi con riguardo alle problematiche poste dal contratto di rete: v., pur senza richiamare espressamente la "falsità" della causa, C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contr.*, 2009, 961 ss. Sicuramente tradizionale è l'orientamento volto a valutare la presenza di un prezzo vile o l'assenza – anche sotto forma di irrisorietà del rischio di una parte – dell'alea in una rendita vitalizia (ipotesi di causa falsa o irrealizzabile: v. rispettivamente, prima del 2005-2006, Cass. 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1994, I, 2489, con nota di F. CARINGELLA, e Cass. 15 maggio 1996, n. 4503, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, nonché, dopo il *revirement*, App. Trieste 5 novembre 2010, in *Giur. it.*, 2011, 1544, con nota di M. RIZZUTI – ma v. Cass. 4 novembre 2015, n. 22567, in *Contr.*, 559, volta



A tal riguardo, Roppo denuncia anzitutto le incomprensioni cui vanno incontro un certo numero di sentenze in cui, pur parlandosi di causa concreta, in realtà non se ne fa utilizzo.

Ciò avviene in tema di contratti volti a un'elusione fiscale, di contratti preliminari di preliminare e finanche nel caso deciso dalla notissima sentenza 10490/2006, cui si deve il *revirement* e l'abbandono della causa come funzione economico-sociale.

In tutti questi arresti la Suprema Corte, nonostante i propositi, non guardava ai reali interessi delle parti: anziché apprezzarli e tutt'al più dichiararli illeciti, li trascurava, ritenendo che i contratti in esame non fossero sorretti da alcuna giustificazione o comunque non perseguissero un assetto di interessi realizzabile.

Nell'ipotesi di elusione fiscale[211], in effetti, non era possibile ritenere che il contratto fosse privo di una giustificazione: anche se il suo senso era tutto racchiuso nel consentire unicamente un risparmio fiscale, non per questo risultava insignificante o socialmente irrazionale (e, quindi, privo di causa nel concreto).

Là dove, del resto, un soggetto riceva un doppio emolumento per degli incarichi che gli sono affidati in virtù di due contratti diversi, risulta sbrigativo omologare il caso a quello di acquisto di cosa propria[212]. Nulla vieta, infatti, di retribuire due volte la stessa attività, se, così facendo, si intende in realtà aumentare il corrispettivo (nel qual caso si dovrebbe, semmai, ritenere l'accordo sorretto da un intento in senso lato modificativo, ammettendone il collegamento unilaterale con l'altro contratto[213])[214].

---

a escludere tendenzialmente la nullità per mancanza di causa in caso di squilibrio iniziale tra le prestazioni, salvi i casi di prezzo simbolico – e Cass. 28 settembre 2016, n. 19214, in *Foro it. Rep.*, 2016, voce *Rendita vitalizia*, n. 2).

[211] Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, cit.; Cass. 14 novembre 2005, n. 22932, cit.

[212] Cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, cit. (più di recente cfr., in tema di contratto di *temporary management*, Trib. Milano 23 dicembre 2013, in *Contr.*, 2014, 387, con nota di V. AMENDOLAGINE). M. CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 303 ss., osserva come probabilmente la Cassazione volesse sanzionare un'ipotesi di duplice compenso, cui l'ordinamento – ma per mezzo di altri istituti – guarda con cautela. Si è, inoltre, evidenziato come, a rigore, la motivazione della sentenza non avesse bisogno di far riferimento alla causa concreta (così F. ROLFI, *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un* idolum tribus*?*, in *Corr. giur.*, 2006, 1720 ss.), trattandosi in quel caso di un problema di realizzabilità in concreto della causa letta a livello del tipo (a dire il vero, la verifica di realizzabilità in concreto della causa del tipo richiede comunque di valorizzare, per lo meno entro una certa misura, la concretezza del singolo accordo; la discussione, a questo punto, rischia però – come già osservato alla nt. 29 – di diventare sterile e nominalistica). Altri motivi di perplessità sono addotti da C. UNGARI TRANSATTI, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*, in *Riv. not.*, 2007, 187 s. Inoltre, non v'è da sottacere che i vari incarichi erano affidati da parti diverse, pur tutte appartenenti allo stesso gruppo societario. Risulta, infine, interessante confrontare la decisione in commento (e ancor più quella resa dal Tribunale di Milano citata in apertura di nota) con la più risalente App. Milano 29 dicembre 1970, in *Temi*, 1973, 596 ss., riformata poi da Cass. 2 luglio 1975, n. 2578, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 770, che stimolava le riflessioni di G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 ss., e oggi in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 324 s., e di G. FERRANDO, *Meritevolezza dell'interesse e causa del contratto*, in *Temi*, 1973, 596 ss.

[213] Il tema richiama quanto già osservato a proposito di vendita *transactionis causa* e di contratto collegato. Nel caso di specie, dovrebbe ammettersi – ove si optasse per la tesi del collegamento – che l'apparente distinzione tra cause – scambio e modifica, tra l'altro di primo e di secondo grado – derivi dal peculiare fenomeno del collegamento contrattuale, che impedisce una mistione o l'assorbimento in un tipo. Lo scambio, pur mantenuto, si ridurrebbe però a struttura senz'anima. Per tale ragione non si potrebbe parlare di contratto di scambio: ma nemmeno di contratto modificativo. Si tratterebbe, semmai, di un contratto le cui regole rispondono per lo più a uno scambio, pur adattandosi in



Infine, nel contratto preliminare di preliminare – come più di recente ha riconosciuto, pur non senza ambiguità, la Cassazione – non v'è un accordo privo di senso [215]. Tutt'al più, v'è un accordo che necessita di riqualificazione: come preliminare puro oppure come preliminare cui accede un (ulteriore) obbligo di negoziare, secondo buona fede, taluni punti dell'accordo futuro lasciati ancora aperti.

Resta da chiedersi perché la Suprema Corte, di fronte a queste fattispecie, le liquidasse come sprovviste di causa concreta (o, meglio, in concreto). Probabilmente, ciò avveniva per esigenze di speditezza nella decisione: ora al fine di evitare un'indagine concreta dettagliata, ora al fine di pervenire alla dichiarazione della nullità di contratti ritenuti non in linea con i principi dell'ordinamento, senza però argomentare (come sarebbe stato più corretto, sebbene più difficoltoso) ricorrendo a istituti più calzanti.

Sono, poi, da considerare ipotesi in cui la causa, pur invocata dalla giurisprudenza, poco aveva a che fare con la *ratio decidendi* della sentenza: e, qui, anche a prescindere dal ricorso a un'idea di causa concreta molto ampia, corrispondente all'intera portata sociale del patto.

Particolarmente interessante un caso del 2007, in cui la Cassazione risolveva nell'ottica causale un problema di «impossibilità creditoria di utilizzo della prestazione» (nella specie, non era possibile il godimento di una vacanza a Cuba giacché ivi si era sviluppata un'epidemia di dengue) [216].

Lo strumento, avverte sempre Roppo, non è congruo: la causa in concreto guarda solo all'oggettiva fruibilità della prestazione, senza escludere dal rimedio risolutorio o addirittura dalla patologia genetica i casi in cui l'impossibilità di utilizzo della prestazione dipenda da un dato riferibile alla sfera del creditore. Di talché essa, se invocata, porterebbe a decisioni assolutamente irragionevoli e contrastanti con quel "diritto" che il "fatto" stesso esprime.

Possiamo aggiungere: in un certo senso questo "diritto" nascente dal "fatto" è tutto racchiuso, *in nuce*, nella causa concreta [217]; ma ciò non toglie che, volta per volta, gli istituti attraverso cui es-

---

virtù della più generica e ampia finalità (che non è motivo rilevante, ma causa generica) di modificare una diversa operazione economico-giuridica.

[214] Tra l'altro, nel caso di specie i contratti dichiarati nulli erano precedenti rispetto a uno successivo che li avrebbe assorbiti (sicché, tutt'al più, doveva parlarsi di risoluzione, salvo che il successivo contratto non si fosse semplicemente collegato ai primi, così tra l'altro garantendone la persistenza).

[215] Cass. 2 aprile 2009, n. 8038, in *Contr.*, 2009, 986, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI. La decisione, nel riferirsi alla causa in concreto, invoca la norma di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. In esito all'ordinanza di rimessione Cass. 12 marzo 2014, n. 5779, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 735, con nota di R. MAZZARIOL, si è pronunciata la Corte Suprema nella sua più autorevole composizione – Cass., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Riv. not.*, 2015, II, 597, con nota di C. CICERO –, sempre impostando la questione nell'ottica della causa in concreto e della meritevolezza.

[216] Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, 214. V. pure Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921, con nota di F. ROLFI (in quest'ultimo caso la rinuncia al soggiorno era conseguenza della morte di uno dei coniugi che avrebbero dovuto goderne).

[217] Qualcosa di simile avviene nell'ipotesi di cui alle notissime Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102, con note di E. NAVARRETTA e G. PONZANELLI. Ivi si trattava di verificare la risarcibilità di un danno non patrimoniale in sede di responsabilità contrattuale; la Cassazione affermava che, per rispondere al quesito, si sarebbe dovuta valutare la causa concreta (come sintesi e ragione concreta del contratto). Il punto, a ben vedere, è sempre lo stesso: rinvenire nella causa il complessivo assetto di interessi, ossia lo "spirito" dell'accordo, il momento logico-sintetico (ma idoneo a tenere conto della complessità di tutto l'accordo), da cui trarre



so opera formalmente sono vari e diversi. Ove si volesse ritenere che, nel caso di specie, figuri un problema di causa – o, meglio, un problema per cui la causa è immediatamente operativa –, dovrebbe ritenersi che l'irrealizzabilità della stessa si colleghi non solo a tutti i casi in cui il creditore non si può vedere attribuito un vantaggio secondario la cui sussistenza effettiva non è oggetto della prestazione del debitore né può essere impedita dal creditore, ma anche a tutte le ipotesi in cui il vantaggio secondario (che qui coincide con la finalità turistica) è in sé e per sé strettamente connesso alla qualità della prestazione fornita ed è pure in parte rientrante nella sfera di rischio del creditore (e del debitore), e però viene a mancare per ragioni non imputabili ad alcuna parte.

Questa operazione implica l'ampliamento di un istituto oltre i suoi limiti tradizionali e, per tale ragione, richiede una congrua motivazione [218]. Il che, come nota il nostro autore, non avveniva nel caso concreto.

Una critica opposta può levarsi, poi, contro quelle sentenze che hanno distinto invece tra presupposizione e causa concreta, in base a un dato di fatto difficilmente individuabile, e cioè a seconda che venisse meno un presupposto o un interesse da realizzare con il contratto, facendone derivare anche un differente trattamento sul piano dei rimedi [219]. Così facendo, infatti, si finiva per distinguere una serie di ipotesi del tutto analoghe, che, proprio per il loro "valore", non postulavano differenziazioni e ben potevano essere risolte, tutte, per mezzo dello stesso istituto: la verifica di realizzabilità in concreto della causa (con conseguente nullità o caducazione del vincolo, in ipotesi di irrealizzabilità originaria o sopravvenuta).

Giunti a questo punto, mi pare ormai evidente come, con il contributo più recente, Roppo non abbia voluto mettere in guardia circa il richiamo alla causa concreta, ma circa una sua valorizzazione poco accorta e avveduta.

La causa vive in varie dimensioni, la sua nozione è complessa e molto estesa: per questa ragione, dunque, la causa va trattata con attenzione e utilizzata con parsimonia. Le parole, con cui i giudici motivano le loro decisioni, non sono prive di rilievo: esse vanno dosate e ponderate, così come gli strumenti giuridici cui esse si riferiscono.

E l'importanza delle parole è evidente, se sol si ricorda come la giurisprudenza per lungo tempo non abbia citato espressamente la causa concreta, pur facendone uso; da quando, invece, l'ha esplicitamente ammessa, ha finito [220] per rinvenirla dovunque e però spesso in modo approssimativo [221].

---

(per mezzo di un'operazione di "svolgimento", di "srotolamento") l'esatto funzionamento degli strumenti giuridici tecnico-formali (in questo caso: risarcimento per inadempimento dell'obbligazione).

[218] V. allora anche C.M. BIANCA, *Causa concreta*, cit., 262 ss.: il quale, nel difendere il ragionamento della Cassazione, non mi sembra sostenga una tesi del tutto contrapposta a quella di Roppo. Il primo autore ritiene, semmai, più fecondo il riferimento, nel caso di specie, alla realizzabilità della causa concreta, che quello all'inesigibilità (per ragioni attinenti anche a quest'ultima).

[219] Qui, a dire il vero, la distanza tra Roppo e Bianca è evidente e insuperabile: proprio perché la tesi sostenuta dalla Cassazione era quella di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III$^2$, cit., 463 ss., e ID., *Causa concreta*, cit., 261.

[220] Di frequente anche a causa della citazione delle sole massime (e addirittura della lettura delle sole massime) di precedenti sentenze: usanza contro cui si scagliava già G. GORLA, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni de "Il foro italiano"*, Roma, 1966, 24.

[221] Del resto, lo svelamento delle formule giurisprudenziali mentitorie e la sostituzione di istituti poco rispondenti



Roppo, di fronte a tali imprecisioni, invita all'equilibrio, rievocando implicitamente la sua tesi in tema di causa, ma soprattutto le sue convinzioni – peraltro, sempre lasciate implicite – di metodo.

Sebbene rimaste inespresse, non è arduo averne contezza: la causa, come ogni istituto, dev'essere uno strumento facile per decisioni giuste, ossia da un lato semplice; dall'altro in linea tanto con la struttura giuridica (i vincoli ordinamentali positivi e sistematici), quanto con gli interessi sottesi, con il diritto che promana dal fatto. La dogmatica consente una decisione rapida, controllabile e razionale, dando forma teorica alle istanze di giustizia: ma la dogmatica richiede anzitutto l'esatta delimitazione degli istituti, la chiara indicazione del loro funzionamento e la diffusione di convenzioni linguistiche stipulative che permettano di rendere facilmente comunicabile la *ratio* della decisione.

Ciò vale anche per la causa: se essa viene adottata, dev'essere resa uno strumento tecnico per teorizzare il fenomeno contrattuale visto nella sua realtà viva e pulsante, nella sua realtà sociale. Tuttavia, è necessario che alla causa sia data una forma dogmatica cristallina e adeguata agli interessi in gioco. Solo tramite una logica robusta e una chiarezza operativa la causa, differenziata a seconda dei vari ambiti operativi in cui può risultare di una qualche utilità, semplificata là dove ciò risulti possibile e, infine, privata delle funzioni che non può svolgere, ha un futuro.

**8.** – Introducendo il discorso, avevo anticipato che le pagine di Roppo in materia di causa risultano un ottimo prisma per valutare quest'istituto soprattutto nelle sue applicazioni giurisprudenziali, così come un modello di metodo per il giurista.

Quanto al merito, se si volesse riassumere brevemente il percorso seguito, basterebbe affermare che, mentre negli anni Settanta Roppo si preoccupava di denunciare quell'orientamento giurisprudenziale che parlava di una rigida funzione economico-sociale, pur velatamente riappropriandosi della dimensione individuale, oggi l'autore ha indicato come la giurisprudenza sia caduta in un eccesso diverso, ma altrettanto nocivo, finendo per parlare spesso inopinatamente o poco accuratamente di causa in concreto [222].

---

alla realtà delle cose con altri più congrui era il fondamentale obiettivo dello studio di M. BESSONE (v. ad esempio Obiter dicta, cit., 950; *Causa del contratto*, cit., 1330; *Causa tipica*, cit., 1107). Non si trattava, né oggi si tratta, di un problema solo nominalistico: le parole sono gli strumenti della motivazione delle sentenze, ciò che quindi rende razionali e controllabili le decisioni. Per questo, pur a fronte dell'osservazione per cui la giurisprudenza degli anni Novanta appariva «padrona di una tecnica che le consent[iva] di sbandierare … la definizione della causa come funzione economico-sociale …, ma di non farsene poi inceppare nel ragionamento che conduce alla soluzione operazionale» (R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*[3], I, cit., 788; v. pure C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 93), la dottrina continuava a denunciare lo iato tra declamazioni e decisioni (A. GAMBARO, *Sintesi inconclusiva in materia di contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC. Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 553; v. anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 85 ss.).

[222] L'itinerario così descritto accomuna, singolarmente, causa concreta e buona fede: pure quest'ultima, in effetti, è stata in un primo tempo trascurata dalla giurisprudenza e, oggi, al contrario, probabilmente troppo valorizzata dalle



Con riferimento al metodo, risulta ormai evidente che la preoccupazione dello studioso, ora come allora, è sempre stata quella di sottolineare le potenzialità della causa, ricostruendone la nozione nella sua complessità, ossia nella sfaccettatura dei vari problemi cui è chiamata a dare risposta, e però comunque sempre con grande chiarezza e nitidezza. Le varie dimensioni della causa sono state collegate tra loro e alla causa stessa è stata attribuita una posizione precisa nello studio del contratto.

In ogni sviluppo della tesi, il pensiero dell'autore si è informato all'equilibrio e all'eleganza. Esso ha espresso la ponderatezza nel dare a un istituto la forma "migliore", ossia la più semplice, rigorosa e congrua rispetto alla giustizia che il fatto stesso evoca.

Uno sguardo spregiudicato impone di ammettere la relatività degli istituti giuridici [223]; al tempo stesso, consente di guardarli con più distacco e impone all'interprete di aggiornarli ove necessario, così come di individuarne con precisione i vari ambiti di operatività al fine di evitarne una loro incontrollata e imponderata espansione (a scapito di altri strumenti "migliori") o un uso poco accorto (da cui deriverebbe una carenza in punto di motivazione).

Alla tesi di Roppo in materia di causa va riconosciuto un doppio elogio: sul piano del merito, perché, nell'identificazione della causa con la *ratio contractus*, come nella connessione e nella reciproca implicazione tra piano astratto e piano concreto, essa è convincente; prima ancora, però, sul piano del metodo.

Proprio questo metodo, che coniuga la precisione dogmatica e la sensibilità verso le istanze sociali, costituisce un insegnamento quanto mai attuale in un'epoca di crisi delle categorie [224], giacché traccia la strada per evitare di cadere negli eccessi opposti della *Begriff–* e della *Interessenjurisprudenz* [225]. Un insegnamento, anzi, non solo persuasivo per l'attualità, ma soprattutto valevole per il futuro, giacché coglie nel più profondo il compito del giurista.

---

decisioni giurisprudenziali. Basti qui il riferimento a Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248, *Foro it.*, 2014, I, 382, e Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, *ivi*, 2035.

[223] Sulla storicità del diritto v. per tutti R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, 113 ss.

[224] Sulla crisi della causa v., da ultimo, R. SENIGAGLIA, *Per un'«ermeneutica del concetto di causa»*, cit., 508. Cfr. già N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 171; E. NAVARRETTA, *La causa*, cit., 184; G. TAMBURRINO, *Osservazioni*, cit., 1965, 726; M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 573. La metafora della «morte della causa» in sede europea è stata utilizzata anzitutto da A. DI MAJO, *I principi*, cit., 292.

[225] E, quanto alla causa, per evitare gli estremi opposti della «venerazione», dello «sconcerto», dell'«esaltazione mistica», dell'«enfasi retorica»: cfr. G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, 1. La difficoltà e finanche il «mistero» della causa, che conducono agli eccessi segnalati, sono spesso evocati in letteratura: v. per tutti P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1908, 115 (per cui la causa è «il campo preferito delle elucubrazioni metafisiche e della psicologia giuridica»); G. VENEZIAN, *La causa dei contratti*, in *Opere giuridiche di G. Venezian*, a cura della famiglia e della R. Accademia delle scienze di Bologna, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, 347; C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto* a domino *della proprietà*, Milano, 1980, 38; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, nella pagina di *Premessa*; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 1 ss.; D. MAZEAUD, *La cause*, in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, 451 (che riferisce una *boutade* di un professore di diritto parigino: «si vous avez compris la cause, c'est qu'on vous l'a mal expliqué!»).

JUS CIVILE



*FRANCESCO PAOLO PATTI*

*Assegnista di ricerca – Università Roma Tre*

# DAI «CONTRATTI STANDARD» AL «CONTRATTO ASIMMETRICO». CONSIDERAZIONI SU METODO E OBIETTIVI DELLE RICERCHE DI VINCENZO ROPPO*

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. La genesi della monografia «Contratti standard». – 3. Il metodo e gli obiettivi della ricerca. – 4. Il ruolo della comparazione giuridica e il destinatario del contributo. – 5. Due spunti sul merito della ricerca: la natura delle condizioni generali di contratto. – 6. Segue. Il controllo amministrativo delle clausole. – 7. Gli sviluppi successivi: la direttiva 93/13/CEE e l'estensione della prospettiva d'indagine. – 8. La scoperta del contratto asimmetrico e l'avvio di una discussione sullo stato attuale del diritto contrattuale. – 9. Linee di ricerca per un moderno diritto contrattuale. – 10. Per una disciplina generale di controllo dei contratti standard? – 11. Conclusioni.*

**1. –** Il titolo della mia relazione evoca due delle opere più note dello studioso che festeggiamo. Parlando di «contratti standard» il riferimento immediato è alla prima monografia di Enzo Roppo, del 1975, uno studio giovanile denso e approfondito [1]; mentre il discorso sul contratto asimmetrico non riguarda un solo contributo, ma un insieme di saggi, raccolti a partire dal 2001 nel volume «Il contratto del duemila», in cui in età più matura Vincenzo Roppo ha sviluppato la sua celebre teoria del «contratto asimmetrico» [2].

Nei 26 anni trascorsi dal libro sui contratti standard al primo saggio dedicato al contratto asimmetrico [3], Roppo ha pubblicato 175 contributi, affrontando questioni relative a tutte le principali materie del diritto privato [4]. Nell'ambito della mia relazione, risulta quindi impossibile ri-

---

* Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno "Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo".

[1] E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975.

[2] V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 3a ed., Torino, 2011. In seguito alla pubblicazione della terza edizione del volume, l'autore è tornato sull'argomento in ID., Behavioural Law and Economics*, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv*., 2013, p. 167 ss. (e con il titolo *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale*, in G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 25 ss.); e in ID., *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto: le coordinate del dibattito con qualche elemento di novità*, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 178 ss.

[3] V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.

[4] F. BARTOLINI, *Bibliografia cronologica di Vincenzo Roppo*, in E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e con-*



costruire l'itinerario che da un punto di vista metodologico e culturale ha portato l'autore dai «contratti standard» al «contratto asimmetrico». A ben vedere, il convegno di oggi, attraverso una discussione delle principali opere di Roppo, ha l'obiettivo di offrire una panoramica dei momenti salienti che fin qui hanno contrassegnato la sua carriera.

Mi limiterò pertanto a constatare che, nonostante l'indiscutibile vicinanza da un punto di vista tematico, poiché – ovviamente – i contratti standard sono una delle emersioni più rilevanti del fenomeno della contrattazione asimmetrica, dal confronto tra le due opere sembrano evincersi due approcci diversi. Le differenze attengono al metodo e allo stile utilizzato, alle fonti analizzate e – aspetto forse più significativo – agli ideali destinatari delle ricerche.

L'attenzione verrà soprattutto dedicata alla tematica dei contratti standard, poiché la problematica più generale relativa al contratto asimmetrico nel contesto del «diritto contrattuale del duemila» è oggetto di un'altra relazione [5]. Dopo brevi riferimenti al clima culturale che ha contraddistinto il periodo in cui Roppo ha scritto la prima monografia (par. 2), mi soffermerò su alcune peculiarità relative agli obiettivi e al metodo della ricerca (parr. 3-6). Nella seconda parte del contributo analizzerò il passaggio alla nuova prospettiva di indagine (par. 7), che ha indotto l'autore a coniare il paradigma del «contratto asimmetrico» (par. 8). In conclusione, individuerò possibili linee di ricerca future, che potrebbero riprendere gli obiettivi e il metodo delle opere di Roppo (parr. 9-10).

**2. –** «Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa» è la prima monografia di Roppo, ma non costituisce il suo primo contributo scientifico. Nel momento in cui il libro è stato dato alle stampe, la bibliografia dell'autore, ancora neppure ventottenne, contava già ventisette pubblicazioni [6]. Peraltro, con riferimento al tema delle condizioni generali di contratto, Roppo aveva già pubblicato articoli che si concentravano su problemi specifici come quelli della nullità parziale [7] e della natura delle condizioni generali di contratto [8].

Nel tentativo di dare conto di alcune caratteristiche dell'opera mi sembra indispensabile muovere dal contesto in cui il giovane Roppo ha iniziato la propria attività di ricerca. Un brillante allievo di Roppo, Alberto Maria Benedetti, ha di recente ricostruito il particolare e fruttuoso periodo storico della scuola genovese negli anni Settanta [9], nell'ambito di una più ampia ini-

---

*trolli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, rist. integrata con nota bibliografica, Milano, 2017, cit., pp. 403-415.

[5] F. MEZZANOTTE, *Il «contratto del duemila»*.

[6] F. BARTOLINI, *Bibliografia cronologica*, cit., pp. 401-403.

[7] E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686 ss.

[8] E. ROPPO, *Le condizioni generali di contratto tra «norma» e «negozio»*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 711.

[9] A.M. BENEDETTI, *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in *Pol. dir.*, 2017, p. 329 ss., spec. p. 336 ss., il quale discorre di periodo «moderno» della scuola di Genova.



ziativa dell'Associazione civilisti italiani [10]. Altre indicazioni si rinvengono nel volume di Guido Alpa dedicato alle stagioni del contratto [11].

Non occorre soffermarsi diffusamente su quell'appassionante periodo; desidero, tuttavia, ricordare quella che nel corso dei primi anni è stata la figura di spicco della scuola genovese. Com'è noto, l'iniziatore di un nuovo metodo di affrontare i problemi del diritto privato è stato Stefano Rodotà. In proposito, Benedetti individua un vero e proprio «manifesto» di quel periodo della scuola genovese nel saggio *Ipotesi sul diritto privato* [12], in cui – scrive Benedetti – «Rodotà […] identifica i punti cardine del nuovo diritto privato, avvertendo che, in una società nella quale le dinamiche economiche erano profondamente mutate, i civilisti dovevano cambiare radicalmente prospettiva e guardare ai fenomeni oggetto del loro studio in modo diverso dal passato» [13]. In definitiva, si avvertiva il bisogno di un innovativo metodo di studio del diritto privato, idoneo ad affrontare le sfide di una società «moderna» e di «cogliere il ruolo del diritto nel processo di sviluppo economico» [14].

Il discorso di Rodotà, oltre a ripercuotersi sul metodo, rileva sotto il profilo della scelta dell'argomento di studio. Per affrontare le sfide della società moderna occorre avere l'ambizione di confrontarsi con tematiche strettamente connesse ai mutamenti sociali ed economici e in cui si avverte la presenza di nodi irrisolti, che non si prestano a essere indagati con il tradizionale bagaglio concettuale. Non è un caso che la prima monografia di Roppo e la prima monografia di Alpa, in tema di responsabilità d'impresa e tutela del consumatore [15], si concentrano su problemi rilevanti da un punto di vista economico, correlati alla rivoluzione industriale e all'avvento della produzione di massa. Nei due settori indagati, quello dei contratti standard e quello della responsabilità d'impresa, all'epoca in cui le monografie sono state pubblicate si avvertiva fortemente l'esigenza di un intervento del legislatore, per colmare la situazione di asimmetria tra predisponente e aderente, e tra produttore e danneggiato. Del resto, una conferma in merito alla rilevanza delle tematiche scelte si trae dai successivi interventi normativi a livello europeo, tenuto conto che due direttive di centrale importanza nel contesto dell'*acquis* comunitario hanno regolamentato la responsabilità del produttore (Dir. 85/374/CEE) [16] e il controllo delle clausole abusive (Dir. 93/13/CEE) [17].

---

[10] Si tratta dei convegni su *Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano* del 29 e 30 aprile 2016 (*le premesse dei maestri*), e del 21 e 22 ottobre 2016 (*giuristi, metodi, tematiche*), organizzati da Guido Alpa e Francesco Macario. Gli atti sono in corso di pubblicazione.

[11] G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 79 ss. Da una prospettiva più estesa, v. anche F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 119 ss., spec. 168 s. con riferimento ai contributi in tema di condizioni generali di contratto.

[12] S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in Id. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 9 ss.

[13] A.M. BENEDETTI, *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, cit., p. 336 s.

[14] S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, cit., p. 11 s.

[15] G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975.

[16] Direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.



**3. –** In relazione al metodo utilizzato, occorre osservare che l'argomento delle condizioni generali di contratto già nel 1975 non era un tema nuovo. Le disposizioni contenute nel codice civile del 1942, agli artt. 1341 e 1342 c.c., che nelle intenzioni del legislatore avrebbero dovuto eliminare gli abusi del passato [18], avevano indotto la dottrina a interrogarsi su specifiche questioni applicative che riguardavano soprattutto l'esigenza di conciliare la rilevanza attribuita alle determinazioni unilaterali del predisponente con il tradizionale schema dell'atto di autonomia privata, che richiede la cooperazione di entrambi i contraenti. Uno studio che rispecchia le questioni generalmente affrontate dalla dottrina italiana è quello di Anteo Genovese del 1954 [19]. Si trattava, in definitiva, di opere che, pur rigorose, affrontavano la tematica con metodi tramandati dal passato e che spesso si risolvevano in una esegesi delle norme del codice civile, concentrata sull'analisi del fenomeno in chiave negoziale, come problema relativo alla fase della formazione del contratto.

Per risolvere il problema «sostanziale» della tutela dell'interesse dell'aderente occorreva ricorrere a metodi nuovi e valutare normative entrate in vigore in ordinamenti stranieri. La negoziazione standardizzata era da più parti considerata una delle espressioni più clamorose della *Herrschaft von Menschen über Menschen* [20]. Questo era già emerso nel corso del convegno organizzato a Catania nel maggio del 1969, i cui atti costituiscono un punto di riferimento in tutti gli studi in materia di condizioni generali di contratto [21].

In questo quadro si inserisce l'opera di Roppo, i cui tratti fondamentali sotto il profilo del metodo riguardano soprattutto tre elementi. Anzitutto, la ricerca muove da un problema che viene illustrato con precisione nei suoi aspetti storici, sociali ed economici. A partire dal titolo del volume, ove non si propone l'espressione adoperata dal codice civile «condizioni generali di contratto» (art. 1341 c.c.), bensì quella di «contratti standard», si evince la volontà di svolgere

---

[17] Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

[18] V. *Relazione al Re del Ministro Guardasigilli*, n. 612.

[19] A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954. Ma nel medesimo periodo, tra le opere più significative in argomento, v. anche ID., voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 802 ss. (ma dello stesso autore, da una prospettiva diversa, v. *Osservazioni "de iure condendo" circa le condizioni generali di contratto*, in *Foro it.*, 1962, c. 120 ss., spec. 125 ss., ove vengono proposti quattro "nuovi" articoli idonei a tutelare in modo adeguato il soggetto aderente); M. DOSSETTO, *Le condizioni generali di contratto e i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Padova, 1951; ID., voce *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 1109 ss.; A. GIORDANO, *I contratti di adesione*, Milano, 1951, nonché, in relazione a un problema specifico, M. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 563 ss.

[20] V. in proposito, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 62 ss.

[21] AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole: atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania: 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970. V. in particolare, con riferimento all'individuazione degli interessi delle parti coinvolte, S. RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, *ivi*, p. 84 ss.; in merito alla «correzione del contratto» in ambiente tedesco, G. PANZA, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, *ivi*, p. 100 ss.; in relazione al rapporto fra il fenomeno della standardizzazione del contratto e quello della disparità di potere economico delle parti, P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, *ivi*, p. 109 ss.



una ricerca attenta alla prassi e alla realtà di altre esperienze giuridiche [22]. In questo senso, appare altresì significativo che il primo paragrafo del libro è intitolato «Condizioni generali di contratto, rivoluzione industriale e produzione di massa: profili di una "storia" dei contratti *standard*» e il secondo capitolo è principalmente volto a spiegare i «benefici» indotti dall'uso di condizioni uniformi nell'economia dell'organizzazione aziendale. Al fine di rinvenire soluzioni giuridiche del problema affrontato, occorre conoscerlo nella sua dimensione sociale ed economica. Nella prima parte del volume l'approccio dell'autore è autenticamente interdisciplinare.

La seconda peculiarità attiene all'ampia utilizzazione del metodo della comparazione giuridica e all'attenzione per i contributi stranieri, in particolare per la letteratura tedesca. All'estero, l'opera dottrinale di riferimento era quella di Ludwig Raiser, *Das Recht der allgemeinen Geschäfts-bedingungen* [23]. L'opera di Raiser è conosciuta in virtù della ristampa inalterata del 1961, ma la prima edizione – a pochi nota, poiché la sede della casa editrice che conservava le copie del volume è andata distrutta durante il periodo del nazismo – risale al 1935. Per l'epoca il contributo presentava notevoli aspetti di originalità. Raiser non aveva utilizzato il metodo comparativo, anche perché a quel tempo non esistevano apposite normative di controllo delle condizioni generali di contratto, ma – alla stessa stregua di Roppo – aveva affrontato la problematica con un metodo interdisciplinare, individuando perfino i «compiti» che da un punto di vista politico richiedevano le condizioni generali di contratto e giungendo a teorizzare, nella parte finale dell'opera, delle tecniche di controllo delle condizioni generali di contratto, molti anni dopo adottate a livello nazionale ed europeo [24].

La ricerca di Roppo si pone sulla stessa linea di quella di Raiser, ma non coincide con essa per le questioni trattate e l'uso del metodo della comparazione giuridica. A metà degli anni Settanta appariva ormai chiaro che lo sforzo della dottrina dovesse concentrarsi sulle tecniche di controllo dell'autonomia privata [25], alle quali Roppo dedica gran parte della sua ricerca, in particolare il terzo, il quarto e il quinto capitolo [26]. Ma l'aspetto forse più significativo è il già accennato uso della comparazione giuridica.

---

[22] In argomento, non muovono dalla definizione legislativa neppure G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993 e M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996.

[23] L. RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäfts-bedingungen*, 2a ed., Bad Homburg vor der Höhe, 1961.

[24] I primi due capitoli dell'opera sono dedicati al «wirtschaftlicher Sachverhalt» e alla «rechtssoziologische Deutung»; il terzo alla «rechtspolitische Aufgabe», in cui Raiser si interroga sul ruolo dell'ordinamento privatistico al fine di contrastare l'utilizzazione delle clausole vessatorie. Del medesimo autore, v. *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economica di tre decenni*, a cura di C.M. Mazzoni, trad. di M. Graziadei, Milano, 1990, spec. p. 66 s.

[25] Nel contesto internazionale, cfr., ad esempio, E. HONDIUS, *Unfair Contract Terms: New Control Systems*, in 26 *American Journal of Comparative Law*, 1978, p. 525 ss.

[26] L'importanza della dicotomia autonomia privata/controlli emerge dal sottotitolo dell'opera «*Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*». Coeva rispetto all'opera di Roppo è quella di C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975.



**4.** – Konrad Zweigert nel noto saggio sulla comparazione giuridica come metodo d'interpretazione universale, pubblicato sulla *RabelsZ* del 1950 [27], individuava proprio il diritto delle condizioni generali di contratto come il terreno ideale sul quale i giuristi avrebbero potuto sperimentare nuove metodologie di ricerca che si distaccavano dai ragionamenti dogmatici del passato. In argomento, a partire dagli anni Settanta, il panorama internazionale offriva variegate soluzioni relative al controllo dei singoli atti (formale/sul procedimento; sostanziale/sul contenuto) e dell'attività (controllo legislativo e controllo amministrativo). La Scuola di Cornell, diretta da Rudolf B. Schlesinger, già negli anni Sessanta aveva promosso un gruppo di studio internazionale al quale come rappresentante italiano partecipò Gino Gorla, il cui contributo venne pubblicato sull'«American Journal of Comparative Law» [28], e un'altra significativa iniziativa, parimenti di indole comparatistica, è la ricerca curata da C. Massimo Bianca alla fine degli anni Settanta [29].

A differenza degli studi menzionati, il contributo di Roppo, alla stessa stregua dell'opera di Mario Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale* [30], non presenta rapporti in merito alle singole esperienze giuridiche, secondo l'insegnamento di Zweigert e Kötz [31], ma è ordinato per nuclei problematici nell'ambito dei quali vengono trattate le diverse soluzioni proposte negli ordinamenti stranieri. Lo spettro dell'indagine si estende a esperienze giuridiche culturalmente vicine come quella tedesca e quella francese, al *common law* inglese e, con riferimento al controllo amministrativo, alla legge israeliana del 1964 e a quella svedese del 1971.

È interessante rilevare che in una recensione al volume pubblicata nel 1976 sulla «Rivista di diritto commerciale» [32], Giorgio De Nova metteva in luce come il largo uso del metodo comparativo fosse uno degli aspetti più originali dell'opera di Roppo. La recensione era ampiamente positiva, ma – come nota lievemente critica – De Nova affermava che l'autore avrebbe potuto spiegare le ragioni per cui nelle esperienze giuridiche analizzate erano state adottate normative così diverse tra loro.

Risulta difficile indicare i motivi che spingono un ordinamento ad adottare una norma piuttosto che un'altra e spesso le soluzioni tecniche sono frutto di avvenimenti fortuiti, ad esempio possono nascere da un'opera dottrinale o da una soluzione giurisprudenziale [33]. Tuttavia, nel ca-

---

[27] K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in 15 *RabelsZ*, 1950, p. 5 ss., spec. p. 7.

[28] G. GORLA, *Standard Conditions and Form Contracts in Italian Law*, in 11 *American Journal of Comparative Law* (1962), p. 1 ss.

[29] C.M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, I-II, Milano 1979-1981. V. altresì, la ricerca promossa da Th. BOURGOIGNIE (ed.), *Unfair Terms in Consumer Contracts. Legal treatment, effective implementation and final impact on the consumer*, Louvain-la-Neuve, 1983.

[30] M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.

[31] V. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, a cura di A. di Majo, A. Gambaro, trad. di B. Pozzo, Milano, rist. 1998, p. 35 ss.

[32] G. DE NOVA, *Recensione* a E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, in *Riv. dir. comm*., 1976, I, p. 64 ss.

[33] V., sia pure con riferimento a una diversa area del diritto privato, R. ZIMMERMANN, *Kulturelle Prägung des Erbrechts?*, in *JZ*, 2016, p. 321 ss.



so in esame, rilevava il fatto che le normative di controllo analizzate erano espressive di una particolare volontà politica, volta a regolamentare i rapporti tra imprenditori e consumatori in una data maniera. Roppo ne era certamente a conoscenza, ma – effettivamente – nella parte relativa alle tecniche di controllo dell'autonomia privata si è concentrato prevalentemente sul diritto vigente, mettendo in rilievo, dal suo punto di vista, gli aspetti positivi e negativi delle soluzioni giuridiche esaminate, senza soffermarsi dettagliatamente sulle ragioni politiche delle diverse normative.

Invero, non sembra che l'obiettivo di Roppo fosse quello di spiegare i motivi per cui gli ordinamenti giuridici presentano delle differenze [34], bensì quello di mettere a disposizione del lettore un ventaglio di ipotesi per una possibile riforma del diritto vigente [35].

Il terzo aspetto che desidero ricordare è proprio il ruolo propositivo che l'autore ha inteso svolgere con la sua monografia. L'opera offre infatti uno studio in merito alle possibili soluzioni di un problema sociale, ricorrendo ad esperienze maturate in altri ordinamenti. In effetti, lo stesso De Nova osservava che «il libro di Roppo appare rivolto – più che alla confraternita dei dottori e alla comunità degli operatori del diritto – ad un vagheggiato "buon legislatore": prova di questo riferimento ideale sono l'adozione puntigliosa del criterio di valutazione in termini di vantaggi e svantaggi […]. Questa scelta, insolita ma apprezzabile, del destinatario (o del "committente") meriterebbe di essere presente alla consapevolezza dei giuristi, come lo è da tempo per altri scienziati sociali». Roppo, nel 1975, auspicava un intervento del legislatore, osservando «l'obiettiva inadeguatezza di ogni soluzione che finisca per identificare nel mercato stesso (e nella dinamica dei fattori che vi operano ed interagiscono) il meccanismo capace di realizzare "spontaneamente" un più equilibrato e soddisfacente assetto delle relazioni tra imprese predisponenti e pubblico dei consumatori-aderenti» [36].

L'auspicio dello studioso ben presto divenne realtà nell'ordinamento giuridico tedesco, con l'*AGB-Gesetz* entrato in vigore nel 1977 [37], in quello del Regno unito con il *Unfair Contract Terms Act* del 1977 [38], e – sia pure con riferimento a un ambito applicativo più ristretto – in

---

[34] Poco dopo la pubblicazione della monografia, Roppo (con un approccio più attento agli obiettivi di politica del diritto) ha esaminato altresì la disciplina di controllo delle condizioni generali di contratto della Repubblica democratica tedesca: cfr. E. ROPPO, *La disciplina delle condizioni generali di contratto nel nuovo codice della Rdt*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1977, p. 270 ss., spec. p. 280, ove l'autore illustra il duplice scopo delle nuove norme, ossia, in primo luogo, quello di indirizzare l'attività delle imprese secondo le direttive della società socialista e, su un diverso piano, quello di tutelare la posizione dei singoli utenti.

[35] Il metodo utilizzato dipende dal quesito al quale la ricerca comparativa deve dare risposta: v. G. SAMUEL, *An Introduction to Comparative Law. Theory and Method*, Oxford-Portland, Oregon, 2014, 25 ss., ove si individua il metodo per articolare un problema da affrontare mediante il ricorso alla comparazione.

[36] E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 273. Nello stesso senso, v. C.M. BIANCA, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, I, cit., p. VIII: «S'impone piuttosto un intervento legislativo che valga a rimuovere i termini di questa inferiorità, garantendo il consumatore contro una regolamentazione abusiva non rispondente all'equilibrio contrattuale e ad un equo contemperamento degli opposti interessi».

[37] *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* del 9 dicembre 1976 (BGBl. I 3317).

[38] *Unfair Contract Terms Act 1977 Chapter 50*, del 26 ottobre 1977.



quello francese, con la c.d. *Loi Scrivener* del 1978 [39]. Come si vedrà nel prosieguo, solo con l'impulso del legislatore europeo è stata introdotta nell'ordinamento italiano una disciplina di controllo sostanziale delle clausole abusive. Peraltro, Roppo nella sua monografia ha analizzato con interesse le proposte e le discussioni che nell'esperienza tedesca, in quella inglese e in quella francese hanno preceduto l'entrata in vigore dei suddetti atti normativi, le quali non si estesero, con analoga intensità, all'esperienza italiana [40].

**5.** – Vorrei ora brevemente approfondire il merito della ricerca, sia pure soltanto con riferimento a due punti. Mi sono intrattenuto sul carattere interdisciplinare del contributo e sul ruolo della comparazione giuridica. Ma il volume affronta anche questioni dogmatiche, in particolare il dibattuto problema della natura negoziale o normativa delle condizioni generali di contratto [41]. Si tratta di una riflessione apparsa altresì sulle pagine della rivista «Politica del diritto» [42]. La teoria «normativa» delle condizioni generali di contratto era in passato sostenuta da giuristi tedeschi, sulla base di una celebre sentenza del *Reichsgericht* nel 1941 [43]. Tuttavia, Roppo appare particolarmente interessato [44] alla prospettiva accolta in un noto articolo dello studioso statunitense W. David Slawson che, nel 1971, metteva in luce come mediante i contratti standard gli imprenditori realizzino un autentico *lawmaking power* non soggetto a controllo democratico [45].

Il giovane studioso prende posizione sulla questione con ammirevole equilibrio, affermando che l'alternativa tra natura contrattuale e natura normativa rileva da un punto di vista empirico-descrittivo, ma non incide sugli aspetti più significativi della disciplina delle condizioni generali di contratto, l'interpretazione e il controllo. Secondo Roppo, alle «formule […] con le quali si afferma che le condizioni generali di contratto sono (assimilabili a) regole di "diritto obiettivo" o hanno efficacia e valore "normativo" deve […] attribuirsi il significato di proposizioni semplicemente dirette ad illustrare i caratteri salienti che, nella prospettiva di una rilevazione, per così dire, sociologica ed esterna del fenomeno, possono dirsi propri di quella

---

[39] *Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*.

[40] Ma v. in merito a una possibile riforma del diritto italiano, oltre ai due volumi a cura di C. Massimo Bianca (*Le condizioni generali di contratto*, cit.), G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986, p. 200 ss.; S. PATTI, in G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 432.

[41] Nell'opera di L. RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäfts-bedingungen*, cit., pp. 59-64, la tematica è affrontata nel paragrafo «Die Stellung der AGB im System der Rechtsdogmatik».

[42] E. ROPPO, *Le condizioni generali di contratto tra «norma» e «negozio»*, cit., p. 711 ss.

[43] RG, 31 gennaio 1941, in *DR*, 11, 1941, p. 1212.

[44] E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 91.

[45] Cfr. W.D. SLAWSON, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, in 84 *Harvard L. Rev*. (1971), p. 529 ss., spec. 530: «The privately made law imposed by standard form has not only engulfed the law of contract; it has become a considerable portion of all the law to which we are subject. If by making law we mean imposing officially enforceable duties or creating or restricting officially enforceable rights, then automobile manufacturers make more warranty law in a day than most legislatures or courts make in a year».



peculiare forma di conclusione degli affari (e di esercizio dell'autonomia contrattuale)»[46].

In maniera convincente l'autore conclude sostenendo che «privilegiare l'una piuttosto che non l'altra delle posizioni espresse circa la "natura giuridica" delle condizioni generali di contratto significa operare una scelta priva di sensibile rilevanza pratica ai fini della identificazione del regime giuridico che le governa e della soluzione dei problemi di concreta disciplina più comunemente suscitati dal loro impiego»[47]. Il dato rilevante, ad avviso di Roppo, attiene alla circostanza che le condizioni generali di contratto sono destinate a una serie indefinita di rapporti e il soggetto aderente non ha la possibilità di incidere sul contenuto delle clausole[48]. L'insegnamento sembra il seguente: la conoscenza del fenomeno della contrattazione per standard, senza dubbio *sui generis* rispetto alle modalità di formazione del contratto consegnate dalla tradizione, dovrebbe essere considerato un elemento di per sé sufficiente per rinvenire soluzioni giuridiche adeguate. Non è necessario ricorrere a indebite qualificazioni, che, oltre a esprimere delle forzature sul piano tecnico-giuridico, si risolvono in un esercizio classificatorio inutile da un punto di vista pratico.

L'indicazione di Roppo, attraverso un registro linguistico diverso rispetto a quello adoperato negli ultimi anni, è rappresentativa di un modo peculiare di affrontare le questioni giuridiche. Da un lato, l'obiettivo – come si è detto – è quello di individuare un problema e di offrire soluzioni; dall'altro lato, ove necessario, Roppo non si esime dal mettere in luce che questioni a lungo dibattute, anche autorevolmente, e che, talvolta, presentano notevole interesse da un punto di vista concettuale, all'atto pratico non hanno particolare rilevanza o che occorre superarle accogliendo nuove prospettive d'indagine. Di recente, l'espressione utilizzata in proposito da Roppo è «sdrammatizzare». Ad esempio, nel secondo saggio de «Il contratto del duemila» Roppo afferma che la formazione del contratto «è questione che merita di essere ampiamente sdrammatizzata»[49] e ancora, in un altro contributo raccolto nel volume, che occorre «sdrammatizzare» la contrapposizione tra regole di validità e regole di comportamento ricorrendo alla categoria del rimedio contrattuale[50].

---

[46] E. Roppo, *Contratti standard*, cit., p. 91. Sembra che le argomentazioni di Roppo avrebbero assunto interesse anche nell'ambito della discussione relativa agli «scambi senza accordo», che prese avvio con il contributo di N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1998, p. 347 ss., il quale, tra l'altro, concentrava l'analisi su contratti stipulati mediante moduli e formulari. V. in proposito G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ*., 1998, I, p. 525 ss., spec. p. 528; al quale ha fatto seguito lo stesso N. Irti, *«è vero, ma...» (replica a Giorgio Oppo)*, *ivi*, 1999, I, p. 273 ss., il quale ha replicato altresì ai rilievi mossi da C. Massimo Bianca (in *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2a ed., Milano, 2000, p. 43 s.), in *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2000, p. 601 ss., su cui v. ancora C.M. Bianca, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not*., 2001, p. 1120 ss.; e F. Gazzoni, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, III, Milano, 2006, p. 313 ss.

[47] E. Roppo, *op. ult. cit*., p. 91 e già in Id., *Le condizioni generali di contratto tra «norma» e «negozio»*, cit., p. 722. Per una prospettiva moderna, che in una certa misura riprende alcuni elementi della discussione affrontata negli anni Settanta, v. G. Cordero-Moss, *Standard contract terms as an alternative to legislation*, in Twigg-Flesner (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham-Northampton, 2016, p. 487 ss.

[48] E. Roppo, *Contratti standard*, cit., p.103.

[49] V. Roppo, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in Id., *Il contratto del duemila*, cit., p. 20.

[50] V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigm*a, in Id., *Il contratto del duemila*, cit., p. 81 s.



**6. –** Un ulteriore aspetto significativo concerne l'estensione della ricerca agli strumenti di controllo dell'attività d'impresa, quelli legislativi e quelli amministrativi [51]. L'autore già nel 1975 aveva manifestato riserve in merito all'efficacia (o, secondo l'espressione privilegiata dall'autore, «al rendimento») degli strumenti di controllo giudiziale legati al singolo atto [52]. Ad avviso di Roppo, l'iniziativa di contrasto nei confronti dei soggetti che fanno uso di condizioni generali di contratto non poteva essere rimessa ai privati, per i quali spesso, a fronte dell'esiguo valore del contratto, la strada del processo non risulta a prima vista conveniente. In questo senso, alla luce delle successive evoluzioni del diritto europeo, sembra particolarmente originale la scelta di analizzare anche le tecniche di controllo della pubblica amministrazione, che non escludono l'eventualità di successivi controlli in sede giurisdizionale [53].

Secondo le indicazioni contenute in direttive e in altri atti normativi dell'Unione europea, in epoca attuale i rimedi apprestati dagli Stati membri devono essere valutati alla luce dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasione. L'accertamento dell'adeguatezza delle soluzioni accolte negli ordinamenti nazionali rispetto ai tre criteri, postula una considerazione unitaria di tutti i mezzi di reazione che l'ordinamento giuridico prevede avverso una determinata condotta vietata: non soltanto i rimedi civilistici, ma anche le sanzioni amministrative [54]. In definitiva, potenzialmente è proponibile lo stesso rapporto tra *public enforcement* e *private enforcement* che si riscontra tra le pratiche anticoncorrenziali accertate dalle Autorità indipendenti e le azioni risarcitorie dei soggetti danneggiati [55]. Il contraente che fa valere la natura vessatoria di una clausola contrattuale potrebbe trarre beneficio dal previo accertamento effettuato dall'Autorità indipendente [56].

---

[51] Sul carattere «stipulativo» della classificazione dei diversi tipi di controllo, v. V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 155 ss.

[52] V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 272 ss., spec. p. 276 ss. Una valutazione diversa è espressa da G. DE NOVA, *Recensione*, cit., p. 64 s., secondo cui "non deve essere sottovalutato il peso determinante del precedente". Ma v., con riguardo alla applicazione della direttiva 93/13/CEE, la Relazione della Commissione del 27 aprile 2000 (su cui si concentra M. MELI, *Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione*, in G. De Cristofaro (a cura di), *I «principi» del diritto comunitario dei contratti*, Torino, 2009, p. 459 ss.).

[53] V. di recente P. ROTT, *Unfair contract terms*, in Twigg-Flesner (ed.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, cit., p. 287 ss.

[54] V. soprattutto F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2017, p. 575 ss., spec. p. 610 ss.

[55] Ci si riferisce in particolare alla direttiva Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea: su cui v., per uno sguardo d'insieme, G. VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corriere giur.*, 2015, p. 301 ss.; ID., *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, *ivi*, 2017, p. 441 ss. Nella prospettiva accolta nel testo, v. spec. R. STEENNOT, *Public and Private Enforcement in the Field of Unfair Contract Terms*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2015, p. 589 ss. L. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 5 ss.

[56] In questo senso, appare significativa Corte di giustizia UE, 26 aprile 2012, C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt*, secondo cui, ove il carattere abusivo di una clausola sia stato accertato



Da questa prospettiva, come è già avvenuto con riferimento alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali [57], dovrebbero essere analizzati i sistemi di controllo delle clausole vessatorie di tipo amministrativo [58]. Essi confermano l'esigenza di contrastare il fenomeno dell'inserzione di clausole vessatorie mediante l'intervento di un'Autorità indipendente o comunque attraverso strumenti di *collective enforcement*. Tali sistemi si prestano a essere esaminati insieme agli orientamenti giurisprudenziali relativi al controllo giudiziale delle clausole al fine di valutare il livello di tutela del soggetto aderente nel rispetto dell'art. 7 della direttiva 93/13/CEE, secondo cui gli Stati membri devono «fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive».

**7. –** Mi occuperò adesso, per cenni, del passaggio dalla prospettiva dello studio monografico a quella del contratto asimmetrico, cercando di indicare alcune prospettive di ricerca, che potrebbero essere coltivate movendo dalle intuizioni di Roppo. Come detto, in questa sede non vi è la possibilità di esaminare compiutamente l'itinerario che ha portato l'autore a teorizzare la categoria del contratto asimmetrico. Con riferimento al tema che mi è stato assegnato, vorrei però ricordare un evento di rilievo concernente la disciplina delle clausole predisposte, che da un punto di vista temporale si interpone tra il contributo sui contratti standard e quelli dedicati al contratto asimmetrico. Mi riferisco, come è intuibile, all'adozione della già menzionata direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, che in materia, senza dubbio, nel nostro ordinamento ha costituito la novità più significativa dall'entrata in vigore del codice civile.

---

nell'ambito di un procedimento d'ingiunzione, «i giudici nazionali debbono, anche per l'avvenire, trarne d'ufficio tutte le conseguenze previste dal diritto nazionale affinché tale clausola non vincoli i consumatori che abbiano stipulato con il professionista un contratto al quale si applicano le medesime condizioni generali». In merito alla pronuncia, v. F. CAFAGGI, S. LAW, *Unfair Contract Terms – Effect of Collective Proceedings*, in E. Terryn, G. Straetmans, V. Colaert (eds.), *Landmark Cases of EU Consumer Law. In Honour of Jules Stuyck*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, spec. p. 664 ss. Riferimenti a casi più recenti si rinvengono in A. BELLELLI, *L'azione inibitoria contro le clausole abusive vent'anni dopo*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 50 s.

[57] Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. In merito alla prospettiva d'indagine indicata nel testo, sia consentito rinviare a F.P. PATTI, *'Fraud'and 'Misleading Commercial Practices': Modernising the Law of Defects in Consent*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2016, p. 307 ss. In un recente caso deciso dall'Arbitro per le controversie finanziarie (A.C.F.), il provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato è stato utilizzato come principio di prova in ordine all'esistenza dei raggiri idonei a configurare la fattispecie del dolo contrattuale *ex* art. 1439 c.c.: cfr. A.C.F., 5 giugno 2017, n. 5, pres. Barbuzzi, rel. Guizzi, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1521 ss., con nota di M. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e annullabilità: la posizione dell'Arbitro per le controversie finanziarie*.

[58] Il principale riferimento normativo è l'art. 37 *bis* cod. cons. rubricato, «Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie». V., per uno sguardo d'insieme, T. RUMI, *Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie*, in *Contratti*, 2012, p. 638 ss.; E. BATTELLI, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, in *Europa e dir. privato*, 2012, p. 1093 ss.; ID., *L'intervento dell'autorità antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, *ivi*, 2014, p. 207 ss.; M. ANGELONE, *La nuova frontiera del* public antitrust enforcement*: il controllo amministrativo dell'Agcm avverso le clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 9 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo*, cit., p. 13 ss.



Com'è noto, la direttiva del 93/13/CEE e la relativa normativa di attuazione avevano suscitato un intenso dibattito, che spesso ha riguardato problemi specifici, come ad esempio l'interpretazione della locuzione «malgrado la buona fede» [59]. Anche Roppo è intervenuto, tra l'altro, con un articolo pubblicato sulla «Rivista di diritto civile» nel 1994 (e altresì negli scritti in onore di Luigi Mengoni) [60], che, a mio avviso, segna un punto di svolta negli studi dell'autore per quanto riguarda il passaggio dai «contratti standard» al «contratto asimmetrico». In relazione all'argomento a me affidato, interessa soprattutto la parte iniziale in cui Roppo, oltre ad affermare che la direttiva è rilevante in virtù della specifica materia disciplinata e alle connesse implicazioni sociali, mette in risalto come l'atto normativo europeo si collochi nel contesto di un sistema del diritto contrattuale mutato rispetto al passato. Secondo l'autore, «La direttiva concorre – come ulteriore, notevolissima tessera – a comporre il mosaico dei nuovi interventi normativi che soprattutto nella fase più recente (e in particolare all'inizio degli anni '90) si sono venuti accumulando a ritmo alluvionale con l'effetto di disegnare velocemente – sotto i nostri occhi – un panorama del diritto contrattuale molto diverso da quello consegnatoci dalla tradizione, e che fino a ieri ci era consueto» [61].

Roppo osservava che la mole di interventi settoriali del legislatore europeo richiedeva allo studioso del diritto contrattuale un «lavoro complicato». In primo luogo, era necessario verificare «compatibilità e resistenza» dei modelli tradizionali rispetto alle nuove norme in tema di contratto; in secondo luogo, sulla base di questa verifica, si poneva l'esigenza di rimodellare o ricostruire il sistema di diritto contrattuale «in termini più coerenti con i risultati dell'innovazione normativa» [62].

**8. –** L'estesa prospettiva di ricerca tratteggiata in apertura del saggio dedicato al commento della direttiva 93/13/CEE funge da proemio ai successivi studi sul contratto asimmetrico. Roppo non si concentra su un solo aspetto del diritto contrattuale di fonte europea, ma considera la pluralità di settori in cui il diritto dei consumatori ha modificato l'ordinamento giuridico. L'autore definisce questa linea d'indagine «sistemica, cioè attenta al diritto dei contratti come sistema» [63].

---

[59] Nel giugno 2015 il legislatore europeo ha disposto la rettifica della versione italiana dell'art. 3, comma 1º, direttiva 93/13/CEE. La formula è ora «in contrasto con il requisito della buona fede»: v., anche per un esame delle diverse interpretazioni offerte con riferimento alla precedente formulazione, E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93,* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2017, p. 541 ss.

[60] V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ*., 1994, I, p. 277 ss. (e in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 689 ss.). Nello stesso periodo, v. anche ID., voce *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1996, p. 1 ss.

[61] V. ROPPO, *op. ult. cit*., p. 278.

[62] V. ROPPO, *op. loc. ult. cit*.

[63] V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigm*a, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 66 s.



Sulla base di tale riscontro, Roppo elabora un «paradigma contrattuale» diverso rispetto al «contratto di diritto comune» [64]. Si tratta dell'ormai noto «contratto asimmetrico» [65] ove la forza del vincolo contrattuale (*ex* art. 1372 c.c.) risulta attenuata dalla presenza di recessi di pentimento e di ipotesi di invalidità relative a vincoli di forma, di contenuto e di trasparenza, ma nel quale le conseguenze delle impugnazioni in genere attengono a singole clausole allo scopo di riequilibrare le posizioni delle parti [66]. A fronte del nuovo paradigma, uno degli obiettivi è «verificare l'area coperta dal regime dei contratti del consumatore, e la sua eventuale forza espansiva al di là dell'ambito che originariamente gli è proprio» [67].

Rispetto alla monografia del 1975, negli studi sul contratto asimmetrico si rinvengono alcuni elementi di discontinuità. Il linguaggio nelle opere più recenti appare più diretto e, soprattutto, non sembra coincidere il destinatario dei contributi. Diversamente, rispetto al volume sui contratti standard che, come rilevato da De Nova, configura una ricerca compiuta, che sembra rivolta al legislatore, i saggi raccolti nel volume «Il contratto del duemila» sono espressamente destinati alla comunità scientifica. Roppo, pur fornendo articoli ricchi di dati e tesi originali, ha individuato una linea di tendenza del diritto contrattuale allo scopo di iniziare una discussione. Nella parte finale di uno dei saggi invita a «cercare la fattispecie», ossia a individuare quali elementi definiscono la fattispecie «(fin qui allusivamente implicata, molto più che puntualmente definita)» del contratto asimmetrico [68]. In effetti, com'è noto, le discussioni non sono mancate e Roppo nel corso del tempo ha replicato alle obiezioni rivolte alla sua teoria [69]. Un gruppo di studiosi ha addirittura proposto una classificazione diversa distinguendo nettamente i contratti dei consumatori dai contratti tra imprenditori, connotati da un squilibrio tra le posizioni dei con-

---

[64] V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 102 s.

[65] Osserva che «il lavorìo dei giuristi e la loro capacità di ordinare la materia giuridica offerta dalle fonti normative, quali esse siano, raramente hanno prodotto attribuzioni imperiture di paternità»: M. MARTINO, *Sulla paternità dei costrutti giuridici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2013, p. 1369 ss. In controtendenza rispetto al riscontro dell'autore, sembra che la «paternità» del contratto asimmetrico possa essere attribuita a Roppo.

[66] V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigm*a, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 85. Il contributo è stato altresì pubblicato in lingua straniera: ID., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?* in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2009, p. 304 ss.; ID., *Die Zukunft des Europäischen Vertragsrechts – Vom Verbrauchervertrag zum asymmetrischen Vertrag?* in V. Roppo, R. Cafari Panico, S. Delle Monache (a cura di), *Aktuelle Entwicklungen im europäischen Vertrags – und Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 2010, p. 3 ss.; ID., *Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos*: *perspectivas del derecho contractual europeo*, in *Revista de Derecho Privado*, 2011, p. 177 ss.

[67] V. ROPPO, *op. ult. cit*., p. 67.

[68] V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 124.

[69] Rilievi critici in merito alla posizione di Roppo si rinvengono in P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 2004, I, p. 816; CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2005, p. 549 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza,* in *Riv. dir. civ*., 2008, I, p. 515 ss.



traenti, elaborando la categoria del «terzo contratto» [70]. A testimonianza del notevole rilievo che l'argomento ha avuto nel dibattito dottrinale, al contratto asimmetrico è stata dedicata una voce dell'Enciclopedia del diritto [71].

Posta la mole di studi che hanno riguardato il contratto asimmetrico [72], sembra necessario interrogarsi su quale sarà il futuro della nuova categoria; in che modo essa potrà essere utilizzata?

Anche alla luce di alcuni precedenti giurisprudenziali [73], sembra convincente la tesi dottrinale secondo cui l'asimmetria contrattuale potrebbe essere adoperata quale criterio per concretizzare le clausole generali, ad esempio la buona fede [74]. In futuro, tuttavia, gli studi dedicati al nuovo paradigma potrebbero fungere da base per una modernizzazione del diritto contrattuale racchiuso nel codice civile. Alcune soluzioni normative che caratterizzano la disciplina del contratto asimmetrico potrebbero costituire norme di parte generale nell'ambito di una riforma del codice civile che tenga conto delle evoluzioni registrate nel contesto europeo [75]. Questi e altri aspetti verranno affrontati nella prossima relazione dedicata al «contratto del duemila». Sottolineo soltanto che, alla stessa stregua del volume sui contratti standard, il contratto asimmetrico e i successivi studi in argomento contengono molteplici spunti significativi in una prospettiva *de iure condendo*. La discontinuità rispetto alla linea d'indagine dei contratti standard sembra quindi soltanto apparente poiché anche dalle discussioni in tema di contratto asimmetrico emerge, a mio avviso, lo «spirito riformatore» dell'autore. Nell'ottica di una modernizzazione delle norme del codice civile appare proficuo affrontare uno per volta i problemi posti dall'asimmetria di potere contrattuale al fine di rinvenire aree in cui estendere l'ambito applicativo dei rimedi previsti a tutela del consumatore a contratti tra professionisti.

---

[70] Cfr. R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XII s.; G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, e ivi in particolare G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, p. 9 ss.; F. MACARIO, *Dai contratti delle imprese al terzo contratto: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, p. 311 ss.

[71] A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 ss. Una voce enciclopedica era già stata dedicata al "terzo contratto": cfr. A. GIANOLA, voce *Terzo contratto*, *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Agg., IV, Torino, 2009, p. 570 ss.

[72] V. anche F. RUSCELLO (a cura di), *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole. Atti del Convegno «Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole»*. Università degli studi di Verona, Facoltà di Giurisprudenza 16 e 17 settembre 2011, Roma, 2012.

[73] Ci si riferisce in particolare al caso «Renault»: Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro. it.*, 2010, I, c. 85 ss., con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*. V. in proposito i commenti raccolti in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

[74] A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, cit., p. 389 s., il quale discorre di «Una buona fede rinnovata e selettiva, la cui declinazione deve essere modulata sulla finalità protettiva che ispira la disciplina sui contratti asimmetrici».

[75] V. soprattutto V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 102 s. Il saggio è anche pubblicato nel volume a cura di E. Navarretta, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore.* Atti del Convegno. Pisa, 25-26 maggio 2007, Milano, 2008 ove si rinvengono altri significativi contributi in argomento.



**9. –** Nell'ultima parte desidero quindi svolgere alcune osservazioni su ricerche che potrebbero muovere dal (o comunque tenere conto del) nuovo paradigma. Oltre ai contributi citati nel paragrafo precedente, esistono studi monografici che hanno affrontato l'argomento, coltivando principalmente il tentativo di ricostruire un quadro esaustivo delle norme dalle quali si evince una particolare attenzione per gli imprenditori posti in posizione di debolezza rispetto al partner contrattuale [76].

Seguendo uno dei già ricordati suggerimenti di Roppo, ulteriori indagini potrebbero invece partire da una normativa specifica a tutela del consumatore e valutare «la sua eventuale forza espansiva» [77]. In questo senso, pur non essendo possibile in questa sede affrontare l'argomento in maniera approfondita, con riferimento al tema delle condizioni generali di contratto appare promettente una prospettiva d'indagine volta a interrogarsi in merito all'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina di controllo delle clausole abusive a condizioni generali contenute in contratti tra professionisti, soprattutto nei casi in cui, pur essendo assente lo scopo di consumo, sia ravvisabile uno squilibrio tra le posizioni dei contraenti.

Nella monografia del 1975, Roppo ha spiegato con precisione che il successo delle condizioni generali di contratto dipende dai benefici per le imprese in termini di contenimento dei costi di transazione [78], ma i costi di transazione svelano altresì perché condizioni inique possano continuare ad essere utilizzate dal predisponente, nei frequentissimi casi in cui, in termini economici, lo svantaggio dell'aderente risulti inferiore ai costi connessi alla negoziazione di condizioni diverse [79]. Lo studio di contributi nordamericani induceva l'autore ad affermare che il fenomeno della negoziazione standardizzata non doveva essere inquadrato mediante «generici ed astratti rilievi in ordine alla disciplina "vessatoria" che contraenti "forti" imporrebbero a contraenti "de-

---

[76] V., ad es., l'approfondita ricerca di M.L. CHIARELLA, *Contrattazione asimmetrica. Segmenti normativi e costruzione unitaria*, Milano, 2016, nonché, nella prospettiva del «terzo contratto», R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, spec. p. 83 ss., M.M. PARINI, *«Forza contrattuale» e rapporti tra imprese*, Roma, 2013, spec. p. 93 ss.

[77] V. *supra*, nt. 67. Sebbene nel contesto di una ricostruzione sistematica diversa, non appare lontana la prospettiva di ricerca indicata da A. ALBANESE, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 2009, p. 347 ss., concentrata soprattutto sulla possibilità di applicare in via analogica le norme poste a tutela dell'imprenditore debole o del consumatore, facenti parte di un'area di diritti secondi rispetto alla disciplina generale del contratto.

[78] E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 23-45

[79] Si tratta della nota teoria dei costi transattivi, che trova origine nell'ambito del *common law* americano (cfr. W.D. SLAWSON, *Standard Form Contracts and Democratic Control of Lawmaking Power*, cit., p. 529 ss.), secondo cui il soggetto utilizzatore di clausole contrattuali predefinite si troverebbe in una posizione di vantaggio rispetto alla controparte, infatti, oltre a conoscere dettagliatamente le clausole adoperate, egli avrebbe la possibilità di distribuire i costi connessi alla formulazione del contratto su una pluralità di rapporti. Secondo la teoria si verrebbe, quindi, a costituire una situazione di asimmetria informativa, poiché il soggetto aderente avrebbe la possibilità di procurarsi le informazioni solo a costi sproporzionati rispetto al beneficio che potrebbe trarne. La circostanza che nella normalità dei casi egli desisterà da tale incombenza giustifica un riequilibrio delle posizioni contrattuali attraverso il controllo giudiziario delle clausole. Per ulteriori riferimenti dottrinali, v. C.P. GILLETTE, *Standard form contracts*, in G. De Geest (ed.), *Contract Law and Economics*, *Encyclopedia of Law and Economics*, VI, 2nd ed., Cheltenham-Northampton, Massachusetts, 2011, p. 115 ss., spec. p. 117 ss.



boli"» [80]. Il contratto da sempre rappresentava uno strumento di prevaricazione del contraente forte nei confronti del contraente più debole e il dato rilevante atteneva soprattutto al carattere di massa della diffusione delle clausole contrattuali [81]. In effetti, secondo un diffuso convincimento, l'esigenza di un controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto è destinato a evitare fallimenti del mercato, in virtù dell'asimmetria informativa tra predisponente e aderente, e non sulla base della differente forza contrattuale [82]. Da un diverso angolo di visuale, secondo la più recente linea d'indagine fondata sui riscontri della psicologia cognitiva, le normative di controllo si giustificano tenendo conto della limitata razionalità degli aderenti che dedicano poca attenzione ad alcune clausole contrattuali [83] o del fenomeno diffuso di negoziazioni orali che si concludono mediante l'approvazione per iscritto di condizioni generali di contratto, denominato «Borat Problem» [84].

**10. –** Le argomentazioni delle diverse correnti dell'analisi economica depongono a favore di un controllo contenutistico senza distinguere a seconda dello scopo perseguito dall'aderente, che può attenere o meno alla propria attività professionale. Una prospettiva di ricerca, concentrata sulle norme di recepimento della direttiva 93/13/CEE, potrebbe dunque promuovere l'applicazione della disciplina della nullità di protezione oltre l'ambito delineato dal legislatore. Anche tenendo conto degli obiettivi politici dell'Unione europea, si è spesso discusso circa l'esistenza di una *eadem ratio* che permetterebbe di esercitare in via analogica il controllo contenutistico delle clausole in contesti diversi rispetto agli scambi *business-to-consumer* [85]. Al medesimo fine,

---

[80] E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p.103.

[81] E. ROPPO, *op. loc. ult. cit.*

[82] Rifacendosi al celebre articolo di G.A. Akerlof (*The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in 84 *Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 488 ss.), H. KÖTZ, *Der Schutzzweck der* AGB-*Kontrolle. Eine rechtsökonomische Skizze*, in *Jus.*, 2003, pp. 209-214, segnala inoltre che, in assenza di controlli, gli utilizzatori di condizioni generali di contratto, sfruttando a proprio vantaggio l'asimmetria informativa, adeguerebbero le proprie clausole sul livello di correttezza più basso possibile al fine di ridurre i propri costi, dando vita ad un vero proprio «race to the bottom» con effetti negativi sul mercato (sul punto v. anche M.W. HESSELINK, *Unfair Terms in Contracts between Businesses*, in J. Stuyck, R. Schulze (eds.), *Towards a European Contract Law*, Munich, 2011, p. 131 ss., spec. 136 s.). Con riferimento alle soluzioni accolte nel codice civile tedesco e nel *Draft Common Frame of Reference*, ancora dalla prospettiva della *law and economics*, v., P.C. LEYENS, H.-B. SCHÄFER, *Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen – Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR*, in 210 *AcP*, 2010, p. 779 ss.

[83] Tra i contributi più significativi, v. R. KOROBKIN, *Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms*, in 51 *Vand. L. Rev.* (1998), p. 1583 ss., spec. p. 1605 ss.; ID., *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, in 70 *U. Chi. L. Rev.* (2003), p. 1203 ss.; con specifico riferimento al mercato delle carte di credito, O. BAR-GILL, *Seduction by Plastic*, in 98 *Nw. U. L. Rev.* (2004), p. 1373, spec. p. 1395 ss. Per uno sguardo d'insieme, v. anche M.G. FAURE, H.A. LUTH, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms: Cautions and Considerations*, in 34 *J. Consumer Pol'y* (2011), p 337 ss.

[84] V. ancora R. KOROBKIN, *The Borat Problem in Negotiation: Fraud, Assent, and the Behavioral Law and Economics of Standard Form Contracts*, in 101 *Cal. L. Rev.* (2013), p. 51 ss. Il fenomeno è descritto come «sottoscrizione al buio» da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 291 s., il quale affronta, in proposito, il problema dell'applicabilità delle norme sull'annullamento del contratto.

[85] Nel senso che la disciplina prevista a tutela del consumatore possa essere applicata anche a tutela dei professio-



non sembrano invece basi convincenti le aperture della giurisprudenza costituzionale fondate sul dovere di solidarietà [86], le quali non sono limitate ai contratti per adesione [87].

Come era avvenuto nel 1975, nella prospettiva di una riforma legislativa significative suggestioni si traggono in esperienze giuridiche straniere culturalmente vicine a quella italiana. Nell'ordinamento tedesco, come è noto, fin dall'entrata in vigore dell'*AGB-Gesetz* del 1976 il controllo delle condizioni generali di contratto è esteso ai contratti tra imprenditori [88]. Di recente in dottrina si è dubitato che la disciplina, ora contenuta nel *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), possa rappresentare un punto di riferimento per l'armonizzazione del diritto europeo, in virtù di orientamenti giurisprudenziali, volti a proteggere le piccole e medie imprese, che omettono di delineare in modo chiaro l'ambito applicativo [89]. In ogni caso, negli ultimi anni in Europa il modello tedesco appare meno isolato e sembrano ingiustificate le critiche in passato rivolte alla proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (CESL), contenente una disciplina di controllo delle clausole non oggetto di negoziazione individuale applicabile ai contratti *business-to-business* [90], che in parte era stata ripresa dal *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) [91]. Infatti, nell'ordinamento francese la *ordonnance* del 2016 [92], con norme non an-

---

nisti, v., movendo da diverse argomentazioni, F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 548 s. e p. 552; P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, cit., pp. 817-819; *contra* G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 113 ss., nonché L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto?*, in *Contratti*, 2016, p. 719 ss.

[86] Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, p. 927 ss., con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»*, ove sono individuati «possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta [...] un regolamento degli interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevabilità, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) *ex* articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa»; analogamente, Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035, con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*.

[87] Sulle diverse «filosofie» che possono informare la disciplina di controllo delle clausole contrattuali, v. T. WILHELMSSON, *Various Approaches to Unfair Terms and Their Background Philosophies*, in 14 *Jur. Int'l* (2008), p. 51 ss., spec. p. 54. Secondo la classificazione proposta dall'autore, la Corte costituzionale ha seguito il «general fairness model», ossia un modello (accolto in alcuni ordinamenti di Paesi scandinavi) che prevede un controllo contenutistico, fondato sulla buona fede, esteso a tutte le clausole contrattuali, anche a quelle oggetto di negoziazione individuale.

[88] Per un confronto comparatistico tra l'ordinamento italiano e quello tedesco, v. da ultimo E. FERRANTE, R. KOCH, *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. impr. Europa*, 2011, p. 695 ss.

[89] Così M. LEHMANN, J. UNGERER, *Save the 'Mittelstand': How German Courts Protect Small and Medium-Sized Enterprises from Unfair Terms*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2017, p. 313 ss. Il ministero federale di giustizia e per la protezione dei consumatori della Repubblica federale tedesca ha di recente commissionato uno studio in merito al diritto delle condizioni generali di contratto nei contratti tra imprenditori: cfr. *AGB-Recht für Verträge zwischen Unternehmen. Unter besonderer Berücksichtigung von Haftungsbeschränkungen* del 30 settembre 2014, curato da Lars Leuschner (il quale aveva già affrontato l'argomento in *AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr. – Zu den Grundlagen einer Reformdebatte*, in *JZ*, 2010, p. 857 ss.).

[90] Cfr. art. 86(1)(b) CESL: su cui, v. F.P. PATTI, *Le clausole abusive e il diritto comune europeo della vendita*, in G. Alpa (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 648 ss.

[91] Cfr. art. II.-9:405 DCFR.



date esenti da critiche [93], ha introdotto nel codice civile la categoria del *contrat d'adhésion*, definito come «celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties» (art. 1110 *Code civil*) [94], prevedendo che «toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite» (art. 1171 *Code civil*) [95]. La nuova norma modifica il rapporto tra giudice e contratto [96], stabilendo un controllo contenutistico generalizzato, simile a quello posto a tutela del consumatore [97]. In proposito, si è efficacemente sostenuto che il *Code civil* ha abbracciato una «filosofia» moderna di diritto contrattuale, che assicura la forza di legge e la connessa intangibilità delle pattuizioni soltanto nei casi in cui il contenuto del contratto sia stato negoziato [98]. Diversamente, ove le clausole siano state predisposte da una parte per una moltitudine di rapporti, si avverte l'esigenza del controllo contenutistico [99].

---

[92] *Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

[93] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2016, p. 299: «L'article 1171 est probablement le texte qui a suscité les plus vives polémiques et les plus sévères condamnations lors des consultations publiques».

[94] L'art. 1110 *Code civil* distingue tra il citato *contrat d'adhésion* e il *contrat de gré à gré*, ovvero «celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties». V. in proposito D. MAZEAUD, *Imaginer la réforme*, in *Rev. de contrats*, 2016, p. 610: «le droit nouveau des contrats emporte une mutation profonde de notre planéte contractuelle en raison de l'intrusion du contrat d'adhésion, intrusion qui confirme et consacre une lecture nouvelle du droit commun des contrats»

[95] L'art. 1171 *Code civil* precisa che «L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation». Sull'estensione del controllo, v. spec. C. GRIMALDI, *Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats*, in *Petites affiches*, 2016, n° 215, p. 6 ss.

[96] Cfr. D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, in *Rev. de contrats*, 2016, p. 358 ss., il quale si concentra sulle clausole generali contenute nella disciplina, che attribuiscono al giudice un significativo margine di discrezionalità. Ma v. L. AYNES, *Le juge et le contrat: nouveaux rôles?*, in *Rev. de contrats*, 2016, Hors-série, p. 14 ss.

[97] In merito ai rapporti tra l'art. 1171 *Code civil* e l'art. L. 212-1 *Code de la consommation*, v. M. MEKKI, *Réforme des contrats et des obligations: clauses abusives dans les contrats d'adhésion*, in *JCP N*, 2016, act. 1190; F. CHENEDE., *Le contrat d'adhésion de l'article 1110*, in *JCP G*, 2016, p. 776; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats*, cit., pp. 300-304. Nel senso di escludere che i parametri del controllo contenutistico previsto per i contratti tra professionisti si profilino analoghi a quelli relativi al diritto dei consumatori, v. Cass. com., 25 janv. 2017, no 15-23547 (su cui, cfr. J.-B. SEUBE, *Comment savoir si une clause crée un déséquilibre significatif?*, in *Defrénois*, 2017 – n° 18, p. 35. La disciplina di controllo per i contratti tra professionisti era stata introdotta dalla loi n° 2008-776 del 4 agosto 2008. Da una prospettiva esterna, v. P. SIRENA, *The New Design of the French Law of Contract and Obligations: An Italian View*, in J. Cartwright, S. Whittaker (eds.), *The Code Napoléon Rewritten. French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford, 2017, p. 353, il quale critica la scelta di disciplinare il controllo contenutistico dei contratti per adesione in tre diverse sedi (codice civile, codice del commercio e codice del consumo) e afferma che sarebbe stato preferibile «have one single set of rules within the Code civil, though providing for some specific differentiations in favour of consumers».

[98] Cfr. T. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *Dalloz*, 2015, p. 1217 ss.; ID., *Une philosophie générale?*, in *Rev. de contrats*, 2016, Hors-série, p. 5 ss.

[99] Peraltro, sembra opportuno precisare che la suddetta esigenza non è avvertita in tutti gli ordinamenti. Una scelta diversa rispetto a quella francese è stata compiuta dal legislatore svizzero nella recente riforma entrata in vigore il 1. luglio 2012, che ha modificato l'art. 8 della legge federale contro la concorrenza sleale (LCSI): «Agisce segnatamente in modo sleale chiunque utilizza condizioni commerciali generali che, violando il principio della buona fede, com-



Quest'ultimo rilievo, in una certa misura, conferma che la prospettiva del «contratto asimmetrico» non determina l'estinzione delle regole generali del contratto contenute nei codici civili, ma può suggerire alcune modifiche idonee a rendere il quadro sistematico più coerente e la disciplina al passo con gli intervenuti mutamenti sociali. Sotto il profilo del metodo, come in passato, interdisciplinarietà e attenzione per le evoluzioni degli ordinamenti stranieri consentono di rinvenire e valutare soluzioni normative fruibili nell'ottica di una riforma del diritto interno [100].

**11. –** In conclusione, cercando di adempiere il compito a me affidato, indicherò tre punti che mi sembrano particolarmente significativi nell'ambito del breve itinerario percorso, relativi alla prospettiva della ricerca, al metodo e al lavoro del civilista. Anzitutto, la scelta di svolgere un'indagine al servizio del legislatore è un aspetto di cui, a mio avviso, anche in epoca attuale dovrebbe tenersi conto. Roppo ha redatto l'opera monografica in un periodo storico in cui riguardo al fenomeno dei contratti standard si avvertiva l'esigenza di un intervento normativo idoneo a colmare una lacuna dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, ritengo che lo stesso approccio metodologico possa utilizzarsi in epoca attuale e altresì rispetto a materie già disciplinate dal legislatore che richiederebbero un adeguamento in virtù del mutato contesto economico e sociale o di innovativi orientamenti giurisprudenziali.

In definitiva, come è avvenuto in altre esperienze giuridiche, gli studi dottrinali possono e devono rivolgersi non solo alla comunità degli scienziati e alla giurisprudenza, ma anche al legislatore.

Connesso alla prospettiva della ricerca si presenta il problema del metodo. Il contributo monografico di Roppo dimostra che, nei casi in cui l'obiettivo della ricerca lo richieda, l'utilizzazione del metodo comparatistico costituisce un valore aggiunto per gli studi civilistici. Soprattutto nella materia delle obbligazioni e dei contratti, per indagini che hanno l'ambizione di svolgere un ruolo propositivo, utili indicazioni si rinvengono in altre esperienze giuridiche o nei

---

portano a detrimento dei consumatori un notevole e ingiustificato squilibrio tra i diritti e gli obblighi contrattuali». Da un lato, i presupposti applicativi della disciplina di controllo sono stati alleggeriti, ma, dall'altro, il relativo ambito di incidenza, da un punto di vista soggettivo, è ora espressamente limitato ai contratti in cui è parte un consumatore. V. per tutti B. EHLE, A. BRUNSCHWEILER, *Schweizer AGB-Recht im Umbruch*, in *RIW*, 2012, p. 262 ss., nonché A. BRUNNER, A.K. SCHNYDER, A. EISNER (Hrsg.), *Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht*, Zürich, 2014, e ivi, in particolare, P. GROLIMUND, *AGB in Unternehmerverträgen*, p. 227 ss. Nei rapporti *business-to-business* il diritto svizzero è spesso adottato da contraenti tedeschi come diritto applicabile al contratto allo scopo di eludere il controllo contenutistico previsto dai §§ 305 ss. BGB: cfr. T. PFEIFFER, *Flucht ins schweizerische Recht? Zu den AGB-rechtlichen Folgen der Wahl schweizerischen Rechts*, in C.F. Genzow et al. (Hrsg.), *Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz*, Köln, 2010, p. 555 ss.

[100] L'indagine può estendersi anche a ordinamenti lontani, come ad esempio, quello australiano: cfr. M. MAUGERI, *A New Law to Protect Small Businesses from Unfair Contract Terms in Australia: A Comparison with EU Law and Some Remarks Related with the Possibility of Extending the Protection even at European Level*, in corso di pubblicazione su *Nuove leggi civ. comm*., 2018, la quale esamina, nella prospettiva di una riforma del diritto dell'Unione europea, la disciplina dell'*Australian Treasury Legislation Amendment (Small Business and Unfair Contract Terms) Act 2015*, che estende il controllo contenutistico delle clausole ai contratti tra imprenditori entro determinati limiti concernenti il numero di lavoratori impiegati presso l'impresa e il valore del contratto.



progetti di armonizzazione del diritto europeo. Più è esteso lo spettro dell'indagine in relazione al problema analizzato, maggiore sarà la possibilità di elaborare soluzioni congrue per il proprio ordinamento, aderendo al modello straniero o discostandosi da esso.

Infine, la lettura dei due volumi, «contratti standard» e «il contratto del duemila», conferma che nel corso della carriera di uno studioso i risultati si raggiungono con il lavoro. I saggi dedicati al contratto asimmetrico sono una fonte di idee originali che spesso sembrano trarre spunto da un rapido sguardo alla legislazione di settore. Credo che questa capacità di lettura delle nuove discipline non sia solo il frutto dell'ingegno del giurista, ma derivi da studi analitici e approfonditi che in passato hanno richiesto all'autore impegno e fatica, dei quali i «contratti standard» sono una testimonianza.

JUS CIVILE



*GIULIA TERLIZZI*

*Assegnista di ricerca – Università di Torino*

# «AUTONOMIA E CONTROLLI» E NUOVI MEZZI DI COMUNICAZIONE *

SOMMARIO: *1. Dalla televisione a internet. – 2. I nuovi media: nuovi o vecchi problemi? – 3. Autonomia e controlli fra pluralismo informativo e concentrazioni. – 4. Autonomia e controlli fra libertà di informazione e tutela dei diritti.*

**1. –** Nel 1995, a distanza di un anno dal Rapporto Bangemann alla Commissione europea sulla società della informazione globale, Enzo Roppo apriva le giornate del Convegno di Genova dedicato ai problemi del sistema televisivo, nel quadro del processo di globalizzazione che stava caratterizzando il sistema dei mezzi di comunicazione nel suo complesso [1].

Lo scenario della televisione stava attraversando in quegli anni un mutamento radicale, caratterizzato da fenomeni di liberalizzazione e frammentazione delle regole; si assisteva al passaggio declamato a gran voce dalla Commissione europea verso la "globalizzazione ed internazionalizzazione dei mercati della comunicazione e dell'informazione", la cui tappa necessaria era segnata, come ben individuato da Roppo, da "quelle «autostrade informatiche», a loro volta destinate ad essere frequentate da tanti viaggiatori: messaggi televisivi, ma anche servizi informativi e comunicativi di altra natura", secondo una prospettiva in grado di tollerare tutto, tranne che vincoli burocratici [2].

Tuttavia, come sottolineava lo stesso Roppo in quella sede, "le prospettive appena evocate non equivalgono affatto alla cancellazione del momento delle regole, alla negazione di qualsiasi idea di governo razionale dello sviluppo in materia di televisione e di telecomunicazioni, all'azzeramento delle garanzie che devono essere poste a tutela dell'interesse generale", ma "queste prospettive ci parlano di un nuovo equilibrio fra il momento del governo, delle regole, e il momento della libertà e della autonomia degli operatori" [3].

Il sistema delle comunicazioni di massa stava vivendo un processo di "integrazione", soprattutto dal punto di vista sociologico: "i destinatari dell'informazione tendono a costituirsi sempre

---

* Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno "Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo".

[1] Gli atti del Convegno di Genova sono stati pubblicati nel volume a cura di V. Roppo, *La televisione fra autonomia e controlli. Strutture di governo e garanzia del sistema televisivo*, Cedam, 1995.

[2] V. ROPPO, *Relazione generale*, in V. Roppo (a cura di), *La televisione*, cit., 5.

[3] Ibidem



più come pubblico indifferenziato di fronte al flusso di informazioni che i diversi media proiettano nella sua direzione", un pubblico che appare "sempre meno identificabile come somma di comparti segmentati e indipendenti"[4]. Di fronte a tale constatazione, sembrava auspicabile l'integrazione del sistema delle comunicazioni anche sul piano del diritto, e più precisamente "sul piano del trattamento giuridico – vuoi legislativo, vuoi giurisprudenziale – che si riserva al sistema informativo stesso"[5], tenendo però a precisare che "trattamento integrato non significa, (…), il medesimo trattamento" e che "seppur collegati fra loro i vari *media* non sono tutti uguali, ma presentano significative differenze e specificità delle quali occorre tener conto, ai fini di una regolamentazione efficace"[6]. Serviva, in sostanza, un diritto dei mezzi di comunicazione di massa "capace di unificare, ma, insieme, anche (…) di differenziare"[7].

L'attualità di queste osservazioni rispetto ai problemi posti dai nuovi media è sorprendente; esse continuano a parlarci dei problemi – vecchi e nuovi – che i mezzi di comunicazione pongono al diritto nella società della informazione globale.

Ai mezzi di comunicazione tradizionali (tv, radio, e stampa), si contrappone oggi la giungla indisciplinata di internet, ed in particolare dal Web 2.0, definibile come l'insieme delle applicazioni online che permettono uno spiccato livello di interazione. Si tratta di applicazioni che gli utenti usano interagendo attivamente, e che sono ben rappresentate dai *social network* quali, a titolo meramente esemplificativo, Facebook, Flipboard, Twitter, Instagram.

Anche nel mondo dei nuovi media i temi da affrontare sono quelli dell'autonomia e del controllo, le "due facce della stessa medaglia"[8]. Per farlo, non si può prescindere da alcune questioni o se si preferisce da alcuni di quei "nodi della regolazione" di internet – delineati con estrema chiarezza da Roppo in un successivo articolo pubblicato nel 1999[9] –, riassumibili, ai fini di questo scritto, in due domande: è necessaria una spinta verso la regolazione, volta a garantire gli interessi pubblici e privati messi in gioco da internet o è preferibile mantenere lo spazio di internet, "vuoto di vincoli normativi", così da "permettere agli operatori di muoversi liberamente e creativamente"? E, ammessa una necessità di regolazione: è necessario creare nuove regole o è preferibile procedere con adattamenti di regole che già esistono?

A partire da queste domande, e senza pretesa di ricostruire l'articolata disciplina in vigore, si tenterà di tracciare un quadro dei nuovi problemi aperti dai mezzi di comunicazione di massa, per misurare continuità e divergenze rispetto alla situazione che si poteva osservare a metà degli anni Novanta del secolo scorso.

---

[4] Ibidem

[5] V. ROPPO, *Il diritto delle comunicazioni di massa oggi in Italia*, in V. Roppo (a cura di), *Il diritto delle comunicazioni di massa. Problemi e tendenze*, Cedam, 1985, 13-25, 18.

[6] V. ROPPO, *Un diritto dei mezzi di comunicazione di massa*? in *Riv.crit. dir.priv.*, 1983, 75-121, 108.

[7] V. ROPPO, *Un diritto*, cit., 111.

[8] V. ROPPO, *Relazione generale*, in V. ROPPO, *La televisione*, cit., 5.

[9] V. ROPPO, *Terza sessione. Internet. I nodi della regolazione*, in *DRT*, 1999, 137-140, 140.



**2. –** Con l'espressione "nuovi mezzi di comunicazioni di massa" si fa riferimento ai mezzi di comunicazione informatizzati. La vera peculiarità di tali media si sostanzia nell'interattività, nella partecipazione creativa e nella formazione di comunità di utenti intorno ai contenuti digitali. In senso strettamente tecnico i nuovi media coincidono con lo sviluppo dell'informatica di massa e del personal computer.

Fra i "nuovi" mezzi di comunicazione sorti con la rete (e-mail, blog, chat lines), ci si concentrerà in questo articolo in particolare sui *social network*, che costituiscono una particolare categoria di social media qualificata da una modalità di accesso e di fruizione basata sui principi ideologici e tecnologici del Web 2.0 [10], quei principi, cioè, che permettono la creazione e lo scambio di contenuti generati dall'utente.

Per accedere ed interagire sui social network è necessario che l'utente si registri attraverso la creazione di un profilo personale (account) protetto da password; a quel punto egli ha la possibilità di effettuare ricerche nel database della struttura informatica per localizzare altri utenti e organizzarli in gruppi di contatti; le informazioni condivise variano da servizio a servizio e includono dati personali di varia natura, anche sensibili (credo religioso, opinioni politiche, inclinazioni sessuali ecc.).

Un primo dato rilevante ai fini del discorso sul rapporto tra controllo e autonomia nei nuovi media è che sui social network gli utenti non sono solo fruitori, ma anche creatori di contenuti.

Nel Web 2.0 si è assistito al passaggio dalla comunicazione unidirezionale (uno a molti) alla modalità comunicativa bidirezionale (molti a molti). A differenza delle televisioni e dei giornali, "i social network svolgono essenzialmente una attività di intermediazione di informazioni" [11]. L'informazione, così, è creata non più dall'alto e da alcuni, ma dal basso e, potenzialmente, da tutti. Gli utenti del web sono al contempo soggetti passivi e attivi nel ricevere e manifestare liberamente il (proprio) pensiero, con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione, rientrando così nell'ambito protetto dall'art. 21 della Costituzione. La partecipazione dei cittadini alla diffusione e al commento della notizia, come testimoniato da una indagine dell'AGCOM, è un aspetto cruciale per chi voglia comprendere il ruolo dei social media nell'ambito della informazione on line. Il cosiddetto fenomeno di *citizen journalism* è ampiamente evocato in tutti i dibattiti sulla rete e valorizzato anche dagli operatori tradizionali del mondo dell'informazione, tanto che la maggior parte degli editori sul web è aperta a ricevere contributi, come, per esempio video e registrazioni audio, degli utenti. In questo modo, i social network "oltrepassano l'orizzonte della ricostruzione delle relazioni interpersonali all'interno della realtà virtuale e ricoprono funzioni e attività in passato prerogativa di altri soggetti, giacché estendono, in maniera crescente, la propria sfera di influenza mediante l'interazione con i *media* tradizionali e la creazio-

[10] Il termine è utilizzato per la prima volta da Tim O'Reilly in una conferenza sul futuro del Web tenutasi nel 2004, cfr. T. O'Reilly, "*What is Web 2.0?*", O'Reilly Media, Inc., 2009.

[11] R. Caterina, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. Perlingieri – L. Ruggieri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Esi, 2015, 117-137, 126.



ne di nuovi servizi ibridi" [12]. La connotazione partecipativa dell'informazione online è dunque un tratto essenziale dei *social network* [13].

Un'altra rilevante differenza rispetto ai mezzi di comunicazione tradizionali riguarda i soggetti che gestiscono la produzione e la diffusione dell'informazione.

Al direttore, all'editore del giornale o televisivo, si affianca oggi l'Internet Service provider, definibile quale soggetto che svolge un servizio volto a consentire o facilitare il collegamento tra chi intende comunicare un'informazione e i destinatari della stessa (motori di ricerca, portali, siti di *e-commerce*, *social networks*, ecc.).

Si tratta allora di rivisitare i problemi posti dal binomio "autonomia e controllo" nel nuovo contesto dei mezzi di comunicazione di massa, con particolare riguardo a due profili: il controllo *ex ante* relativo alle concentrazioni, nel rapporto con la garanzia del pluralismo nell'accesso alle fonti informative; il controllo ex post, riguardante la responsabilità dell'internet provider per la violazione dei diritti dei singoli, nel rapporto con la libertà di informazione (art. 21 Cost., art. 10 CEDU, art. 19 Dichiarazione ONU).

**3. –** Non si può negare che, sia per quanto riguarda i tradizionali mezzi di comunicazione sia per i *social media*, "l'elemento unificante dei diversi comparti del sistema informativo" continua ad essere – oggi come ieri – "il pluralismo dell'informazione" [14]. Roppo identifica il pluralismo come un "valore, un obiettivo da conquistare", per garantire "l'effettività (e non la semplice enunciazione nominale) del diritto di informare (…), evitando che nell'esercizio di questo diritto dal doppio volto si compiano abusi, si producano strozzature o distorsioni" [15] a causa della concentrazione di un eccessivo potere di mercato in capo ad alcuni operatori.

Negli anni '90, come noto, il controllo rispetto alle concentrazioni era giustificato dalla minaccia del "crescente processo di integrazione, che sempre più diffusamente porta mezzi a stampa e mezzi elettronici a cadere in proprietà (o sotto il controllo) di medesimi soggetti o gruppi" [16]. Ci si riferiva ai networks televisivi privati, che facevano capo a importanti gruppi editoriali.

Negli scritti sul tema, Roppo critica ferocemente la Legge n. 223/1990 (Legge Mammì), che, sebbene avesse nel suo originario impianto "l'ambizione di una legge di sistema", si rivelò in concreto "una legge che consente a un solo operatore (Fininvest) di concentrare nelle proprie mani le tre reti televisive private che assorbono la grandissima parte dell'ascolto e della risorsa

---

[12] C. PERLINGIERI, *Gli accordi tra siti di social networks e gli utenti*, in C.Perlingieri – L. Ruggieri (a cura di), *Internet e diritto civile*, Esi, 2015, 201-219, 202.

[13] Cfr. Allegato A alla delibera 19/14 CONS, 126.

[14] V. ROPPO, *Il diritto delle comunicazioni di massa oggi in Italia*, in V. Roppo (a cura di), *Il diritto delle comunicazioni di massa. Problemi e tendenze*, Cedam, 1985, 13-25, 19.

[15] Ibidem

[16] V. ROPPO – R. ZACCARIA (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Giuffrè, 1991, 1-12; 9.



pubblicitaria", una legge che è "costituzionalmente illegittima perché incompatibile con il principio del pluralismo, senso e sostanza dell'art. 21 Cost." [17]. Una tale posizione di controllo porta a "comprimere la libertà di manifestazione del pensiero di tutti quegli altri soggetti che, non trovandosi a disporre delle (stesse) potenzialità economiche e tecniche, finirebbero come il vedere progressivamente ridotto l'ambito di esercizio delle loro libertà; mentre, per altro verso, impedisce di "soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione"; e così viola quell'art. 21 Cost. che vincola il legislatore a "impedire la formazione di posizioni dominanti e favorire l'accesso nel sistema radiotelevisivo del massimo numero possibile di voci diverse" [18].

È evidente che il problema di tutela del pluralismo rispetto all'accesso alla comunicazione si poneva, negli anni Novanta del secolo scorso, in termini di disponibilità degli spazi (allora limitati) dell'etere, e di tutela del pluralismo rispetto ai contenuti da far circolare in quegli spazi limitati.

Come cambia la prospettiva regolatrice nei nuovi media rispetto ai media "tradizionali"?

Con riguardo ai mezzi di comunicazione tradizionali, il pluralismo informativo è tutelato attraverso una disciplina antitrust che evita le concentrazioni, come stabilito dall'art. 43 del Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (D.lgs. n. 177 del 2005). L'Autorità Garante delle Comunicazioni (AGCom) è chiamata ad adottare i provvedimenti "necessari per eliminare o impedire" il formarsi di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo all'interno del Sistema integrato delle comunicazioni (SIC) e dei singoli mercati rilevanti individuati al suo interno. Fermo restando il divieto di costituzione di posizioni dominanti nei singoli mercati che compongono il sistema integrato delle comunicazioni, la tutela del pluralismo è affidata, in ultima analisi al divieto, per i singoli operatori, di conseguire direttamente o indirettamente ricavi superiori al 20 per cento dei ricavi complessivi del sistema integrato delle comunicazioni. Su sollecitazione della Agcom con la delibera n. 555/10/CONS, il legislatore ha incluso fra i diversi mezzi di comunicazione rilevanti il web nella sua interezza, aggiungendo all'art. 43 già citato "l'editoria elettronica e annuaristica anche per il tramite di internet" e le "pubblicità on line e sulle diverse piattaforme anche in forma diretta, incluse le risorse raccolte da motori di ricerca, da piattaforme sociali e di condivisione" [19].

Sembrerebbe dunque che ci si sia mossi nella direzione di riconoscere una dimensione integrata del sistema delle comunicazioni – come auspicato dallo stesso Roppo [20].

Ma, proprio sotto questo profilo, non si può negare la presenza di alcune problematicità, sia

---

[17] V. ROPPO, *La Corte costituzionale "censura" la Legge Mammì*, [nota a Corte cost., 7 dicembre 1994, n. 420], in *Corr. giur.*, 1995, 2, 180-182, 180.

[18] Ibidem

[19] Allegato A alla delibera n. 10/17/CONS, SISTEMA INTEGRATO DELLE COMUNICAZIONI: RISULTANZE DEL PROCESSO DI VALUTAZIONE DELLE DIMENSIONI ECONOMICHE PER L'ANNO 2015, https://www.agcom.it/documents/

[20] Cfr., V. ROPPO, *Un diritto dei mezzi di comunicazione di massa*? in *Riv.crit.dir.priv.*, 1983, 75-121.



in termini di opportunità di estendere regole anticoncentrazione ad un sistema che si sviluppa su logiche diverse, sia in termini della loro concreta praticabilità.

Come già osservato, nel sistema dei mezzi di comunicazione tradizionali, l'esigenza di una regolamentazione dell'accesso alle reti televisive attraverso il controllo pubblico di tali reti era giustificato dalla scarsità della risorsa dell'etere; da questo punto di vista, la moltiplicazione delle piattaforme trasmissive ha permesso di superare il problema relativo alla scarsità di risorse e ha consentito la diffusione e la fruizione dell'informazione in maniera tendenzialmente illimitata, comportando uno straordinario aumento del pluralismo delle fonti informative [21].

Va precisato che, sebbene ci si concentri in questo scritto su internet, ed in particolare sui *social network*, la molteplicità delle piattaforme di trasmissione ha radicalmente mutato anche lo scenario del sistema radiotelevisivo tradizionale, moltiplicando esponenzialmente l'accesso ai canali con i sistemi di Tv *on demand*, e *Pay tv* (basti pensare a Sky, o a Netflix).

Se, da un lato, ciò ha permesso di guadagnare spazi di pluralismo, dall'altro, la presenza di posizioni dominanti è un dato che caratterizza anche i nuovi social media. Come si è segnalato in dottrina, "Facebook, in particolare, ha da tempo una consolidata *leadership* mondiale, con una quota di mercato stabilmente superiore all'80%; e benché la contemporanea iscrizione a più servizi di social network non sia rara, meno del 20% degli utenti Facebook usa altri social network (mentre nella grande maggioranza dei casi gli utenti di altri social network sono iscritti anche a Facebook)" [22]. Sul punto, però, è stato opportunamente rilevato che "la maggioranza degli utenti di Internet, a causa dell'operare di esternalità di rete, usa il social network leader di mercato" [23]. Facebook, in sostanza, non potrebbe essere quello che è se non avesse una vocazione naturale a una posizione dominante.

II problema rispetto alle dinamiche di concentrazione si pone allora in termini diversi. Come già osservato dalla dottrina che si è occupata del tema, per il mondo dei social network le posizioni dominanti sono naturali e quasi "fisiologiche" per un soddisfacente utilizzo e per una fruizione ottimale del mezzo; esse non sembrano "il frutto di ragioni contingenti, ma della importante presenza di esternalità di rete: l'utilità per i partecipanti aumenta in modo diretto con il crescere del loro numero: l'utilità per i partecipanti aumenta in modo diretto con il crescere del loro numero" [24].

D'altra parte, e sotto il profilo della concreta attuabilità delle regole, non si può ignorare che, quando si parla di nuovi mezzi di comunicazione, si parla di un fenomeno che si sviluppa su scala globale, e non nazionale. A tema nel 1995 vi era il "ragionevole" pericolo – denunciato con forza da Roppo nei suoi scritti – della concentrazione del gruppo Fininvest su scala naziona-

---

[21] F. DONATI, *Il principio del pluralismo delle fonti informative al tempo di internet*, in *Dir. soc.*, 663-674, 669.

[22] R. CATERINA, *La libertà*, cit., 122.

[23] Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità on line*, All. A alla Delibera n. 19/14/CONS, 108, in www.agcom.it

[24] R. CATERINA, *La libertà*, cit., 122.



le, oggi Facebook, che rientra nel SIC insieme a Fininvest, Rai, Google, si afferma quale leader mondiale dei social media (acquistando tra l'altro altre piattaforme, come, per esempio, Instagram). Queste constatazioni ci portano ad una inesorabile ma realistica conclusione: le regole basate sul divieto di raggiungere e superare determinate soglie di concentrazione delle risorse, pensate per soggetti che operano in un ambito territoriale circoscritto, non paiono adeguate per rispondere ad un fenomeno che opera attraverso la rete, su scala planetaria.

Il rapporto fra autonomia e controlli si pone oggi in termini diversi.

Su internet gli utenti hanno un ruolo attivo, e ciò attenua vecchi problemi, e ne fa sorgere di nuovi.

Nel sistema dei mezzi di comunicazione tradizionali l'informazione era affidata a organi professionalmente deputati ad offrire l'informazione; vi era quindi un controllo ex ante, attraverso una selezione: i giornalisti devono essere iscritti a un albo. Garantire il pluralismo, con riguardo ai mezzi di comunicazione, tradizionali significava garantire l'accesso alla possibilità di informare (pur sempre limitata, e tendenzialmente unidirezionale) al maggior numero possibile di soggetti, nell'ottica di evitare una possibile "concentrazione" dei contenuti da far circolare.

Con internet, e in particolare con il Web 2.0, l'esigenza di tutelare il pluralismo in senso "quantitativo", come accesso alla facoltà di esprimersi e di partecipare attivamente all'informazione, è un obiettivo che si può dire raggiunto. Il problema è un altro: garantire la tutela del diritto ad essere informati dal punto di vista "qualitativo". Si tratta di un problema che sorge come conseguenza del massimo pluralismo nell'accesso alla informazione che con Internet ha visto la sua realizzazione.

In uno scenario in cui l'informazione non è più affidata a soggetti professionali in qualche modo selezionati e controllata, ma è alimentata dal basso, il problema diventa quello di garantire il diritto a ricevere una informazione corretta.

Secondo una impostazione che sembra corrispondere alla auree regole del liberalismo, Roppo identifica, in diversi suoi scritti, come unico obiettivo praticabile non già la verità dell'informazione, ma piuttosto il suo pluralismo [25].

L'autore precisa, infatti, che garantire il pluralismo dell'informazione significa "qualcosa di diverso da *obiettività* dell'informazione, e ancor più da *verità* dell'informazione" [26]. Il sistema informativo – prosegue Roppo – non può perseguire come finalità assolute quelle della verità e obiettività della informazione [27]. Sembra invece opportuno che "il sistema legale, nel disciplinare l'attività informativa, si ponga mete forse meno ambiziose, ma per così dire, più "laiche" e più empiricamente fondate". Tale è la meta del pluralismo dell'informazione, intesa come "garanzia che la libera ed effettiva dialettica delle comunicazioni di massa non sia irrigidita da si-

[25] Si veda, ad esempio, V. ROPPO, *Il diritto di rettifica nella disciplina dei mezzi di comunicazione di massa*, in *Foro it.*,1983, c.c. 463-475, 465.

[26] Ibidem

[27] Ibidem



tuazioni di monopolio od oligopolio dei media: come possibilità – concreta, non astratta – che più voci ed opinioni diverse si confrontino, che ad ogni informazione o valutazione o rappresentazione indirizzata al pubblico possano opporsi, da chi dissente, informazioni, valutazioni, rappresentazioni diverse" [28]. Rifuggendo da una immagine di una organizzazione pubblica "custode della verità dell'informazione", Roppo difende l'immagine di una organizzazione pubblica garante "di un pluralismo effettivo, non solo formale" [29].

La ragionevole preoccupazione di Roppo sulla necessità di un pluralismo rafforzato, di un pluralismo come garanzia "che più voci ed opinioni diverse si confrontino", che "ad ogni informazione o valutazione o rappresentazione indirizzata al pubblico possano opporsi, da chi dissente, informazioni, valutazioni, rappresentazioni diverse" a prima vista trova nei nuovi media una adeguata tutela.

In questo nuovo scenario di pluralismo potenzialmente illimitato, ci si deve chiedere però se l'affermazione di Roppo, per cui "il pluralismo surroga utilmente il valore della verità e rende superfluo il valore della obiettività" [30], non debba essere, oggi, rimeditata.

Il dibattito sulle *fake news* ha posto infatti in luce gli inediti rischi creati da un illimitato pluralismo.

Si è dimostrato infatti che gli utenti su internet tendono a diffondere e ricevere informazioni all'interno di "clusters" omogenei: le cosiddette *eco chambers* [31] (camere di eco). Si è statisticamente dimostrato come gli utenti dei social media creino nella loro interazione "camere di eco", e cioè spazi sul web nei quali le idee scambiate, essenzialmente, si confermano le une con le altre. Sembra quindi che nel Web 2.0 si arrivi all'esito paradossale per cui l'illimitato accesso alla libertà di comunicazione e informazione conduce alla chiusura degli internauti in "tribù" chiuse e assai limitatamente interagenti fra loro, mettendo a rischio ogni illuministica convinzione intorno alle virtù del pluralismo.

---

[28] Ibidem

[29] Ibidem

[30] Ibidem

[31] L'eco chamber è stata definita come "*an isolated space on the web, where the ideas being exchanged essentially just confirm one another. It can be a space of likeminded people sharing similar political views, or a page about a specific conspiracy theory. Once inside one of these spaces, users are sharing information that is all very similar, basically "echoing" each other*", cfr. W. QUATTROCIOCCHI, *How does misinformation spread online*? in *World economic Forum*, 14 giugno 2016, https://www.weforum.org/agenda/2016/01/q-a-walter-quattrociocchi-digital-wildfires. Sul fenomeno, cfr. anche M. DEL VICARIO, A. BESSI, F. ZOLLOA, F. PETRONIC, G. SCALA, A. CALDARELLI, HE. STANLEY, W. QUATTROCIOCCHI, *The spreading of misinformation online*, in *Pnas*, December 19, 2017, vol. 13, n. 3, 554-559, 556; A. BESSI, M. COLETTO, GA. DAVIDESCU, A. SCALA, G. CALDARELLI, W. QUATTROCIOCCHI, *Science vs Conspiracy: Collective Narratives in the Age of Misinformation*, in *PLoS/ONE*, 10.2, Febbraio 2015, 1-17. Nell'ambito di queste ristrette comunità si produce il fenomeno chiamato "group polarization": C. SUNSTEIN, *Echo Chambers: Bush v. Gore, Impeachment, and Beyond*, Princeton University Press, 2001, a pagina 5 scrive: "*the phenomenon, sometimes called group polarization, involves the tendency of like-minded individuals engaged in discussion with one another to fortify their preexisting views—and indeed to move toward more extreme points of view in the general direction in which they were already tending*". Su questi temi, cfr. anche C. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, 2009; E. PARISER, *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books, 2011.



**4. –** Il secondo profilo problematico del binomio "autonomia e controlli" è quello connesso al rapporto tra tutela dei diritti (della persona ma anche di proprietà intellettuale) di fronte agli illeciti, e libertà di informazione.

La libertà sancita dall'art. 21, 1° comma, della Costituzione vale senza dubbio anche per i social network, quale mezzo di diffusione e manifestazione del pensiero. Tuttavia, nelle parole di Roppo, "al problema del pluralismo informativo è legata la idea di una disciplina legale dell'attività di comunicazione di massa che sia attenta all'esigenza di dare adeguata protezione ai valori della persona, definibili di volta in volta in termini di onore e reputazione, riservatezza, identità personale: valori contro cui i media – come l'esperienza insegna – possono consumare aggressioni molto gravi" [32].

Come opportunamente segnalato in dottrina, "i temi della libertà di espressione attraverso i siti di social network e della responsabilità per gli illeciti commessi attraverso i siti stessi devono essere necessariamente trattati congiuntamente. Le aspirazioni, indubbiamente condivisibili, alla massima tutela della libertà di espressione da parte degli utenti di Internet e alla massima tutela dei diritti minacciati dagli illeciti commessi sui siti di social network debbono essere presentate anche nel loro potenziale conflitto" [33]. Senza questa consapevolezza si rischia di "approdare inconsapevolmente a soluzioni magari pienamente soddisfacenti sotto un profilo, ma problematiche sotto l'altro" [34].

Proprio con riferimento alle nuove tecnologie dell'informazione, lo stesso Roppo constatava che si tratta di "raggiungere un equilibrio difficile, perché questi mezzi si presentano connotati da una intrinseca ambiguità: per un verso essi possono moltiplicare le *chances* di espressione per individui e gruppi, possono arricchire i canali di conoscenza disponibili per essi, e in questo modo operare come strumento di diffusione del potere e di espansione della democrazia; per altro verso espongono individui e gruppi a rischi, tutt'altro che immaginari, di possibili abusi da parte di chi controlla questi nuovi mezzi informativi; se non, come qualcuno denuncia, di possibili torsioni autoritarie della stessa organizzazione politico-sociale" [35].

I modelli tradizionali sono noti: nei mezzi a stampa la disciplina della responsabilità per gli illeciti commessi è quella prevista dall'art. 11 della L. 47/1948, secondo cui "per i reati commessi col mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore"; il regime penale della responsabilità presenta invece una disciplina che "obbedisce, in questo campo, ad una logica di differenziazione" [36]: l'art. 57 cod. pen. stabilisce infatti che, in presenza di un reato di diffamazione per mezzo

---

[32] V. ROPPO, *Il diritto delle comunicazioni di massa oggi in Italia*, in V. Roppo (cur.*), Il diritto delle comunicazioni di massa. Problemi e tendenze*, Cedam, 1985, 13-25, 20.

[33] R. CATERINA, *La libertà,* cit., 120.

[34] Ibidem

[35] V. ROPPO, *Il diritto*, cit., 21.

[36] V. ROPPO, *Diffamazione*, cit., 3361.



della stampa periodica, la responsabilità penale gravi sull'autore della pubblicazione e solo in via eventuale sul direttore o vicedirettore responsabile, laddove ad essi sia imputabile una colposa omissione di controllo.

Proprio negli anni dello sviluppo della televisione, la questione della estensione o meno di un tale modello di responsabilità – nato per l'editore della carta stampata – alla emergente figura dell'editore televisivo è stata al centro di un vivace dibattito in dottrina [37] e oggetto di alcune pronunce giurisprudenziali [38]. Come sottolineato dallo stesso Roppo, la questione più generale ruotava intorno alla esistenza o meno di "elementi normativi idonei a differenziare, quanto al regime di responsabilità, la posizione del giornalista e dell'editore operanti nel settore della comunicazione elettronica, rispetto alla posizione del giornalista e dell'editore di stampa scritta" [39].

Non è questa la sede per ricostruire il travagliato percorso – segnato da pronunce della Corte costituzionale e da interventi del legislatore (legge 6 agosto 1990 n. 223 e Decreto Legislativo 15 marzo 2010, n. 44) – che ha condotto ad una parziale estensione della disciplina dettata per la stampa periodica al sistema radiotelevisivo. La nostra attenzione deve invece concentrarsi sui nuovi mezzi di comunicazione di massa.

Se l'editore tradizionale (della stampa o radio-televisivo) inevitabilmente seleziona i materiali e i programmi, ed è quindi ragionevolmente reso responsabile dei contenuti, rispetto all'Internet Service Provider si discute se tecnicamente possa e comunque se sia desiderabile che controlli i contenuti, e per questo il dibattito sulla sua responsabilità è aperto.

Nel silenzio del legislatore, in un primo tempo la giurisprudenza ha fatto ricorso "a modelli di estensione soggettiva della responsabilità civile, ritenendo analogicamente applicabile al provider la figura del responsabile editoriale di una testata giornalistica o quella, del tutto affine, dell'editore televisivo". Equiparando il gestore di un sito Internet ad un responsabile editoriale, si rendeva così ipotizzabile l'applicazione delle norme sui reati commessi a mezzo di stampa e l'attribuzione al provider dell'obbligo di verificare la legittimità di tutto il materiale pubblicato sul proprio server, compreso quello inviato da terzi [40]. In tal modo, il provider era ritenuto "corresponsabile dell'illecito da altri posto in essere sulla base di una *culpa in vigilando*, e cioè per il mancato o inesatto adempimento dell'obbligo di controllo dei contenuti immessi nella propria piattaforma telematica" [41].

---

[37] Oltre a V. ROPPO, *Diffamazione*, cit. 3364; cfr. V. ZENO– ZENCOVICH, *La pretesa estensione alla telematica del regime della stampa: note critiche*, in *Dir. inf.*, 1998, 15-28.

[38] La questione era stata affrontata da Cass., 4 febbraio 1942 n. 1147, in *Foro it.,* 1992, I, 2127. In particolare, la questione della possibile differenziazione fra la disciplina della informazione a stampa e quella della informazione televisiva, in ragione del differente impatto sociale dei due mezzi di comunicazione, era stata toccata da alcune pronunce della Corte Costituzionale. Cfr., Corte Cost., 22 ottobre 1982 n. 168; Corte Cost., 21 luglio 1981 n. 148, consultabili sul sito http://www.giurcost.org/

[39] V. ROPPO, *Diffamazione*, cit., 3364.

[40] Cfr. la ricostruzione operata dal giudice nella sentenza del Tribunale di Catania, 29 giugno 2004 n 2286, in *Giur. mer.,* 2004, 2196, consultabile anche sul sito http://www.avvocatitrani.it/pubblica/articolo.php?articolo=122.

[41] R. PETRUSO, *La responsabilità civile degli e-providers nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2011, 1107-1174, 1121.



Al successo, almeno nella prima fase di silenzio legislativo, di questo orientamento ha senz'altro contribuito la necessità di individuare un responsabile; come opportunamente segnalato occorreva "ovviare alle difficoltà – prodotte dai meccanismi stessi di funzionamento della rete – relative all'identificazione dell'autore diretto dell'illecito, e cioè all'individuazione dell'utente dello spazio telematico che quei comportamenti illeciti avesse posto in essere" [42].

A questo modello – diretto a configurare in capo all'ISP un vero e proprio obbligo di controllo dei contenuti immessi da terzi nella rete – se ne è contrapposto un altro, più cauto, e più consapevole delle "questioni relative all'apporto fornito dal provider all'illecito da altri posto in essere e alla difficoltà tecnica di eseguire un controllo editoriale sulle informazioni diffuse: presupposto, quest'ultimo, perché possa ricorrere un caso di responsabilità editoriale" [43].

Si è reso evidente nel tempo che la questione della responsabilità degli Internet Service Providers non poteva risolversi semplicemente con un richiamo alle norme tradizionalmente imposte agli editori: una soluzione di cui si è avvertita diffusamente l'inadeguatezza.

Con la Direttiva 2000/31 CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, si è giunti ad una disciplina legislativa europea in materia. Il modello adottato dal legislatore europeo è quello di una generale esclusione di un obbligo di controllo da parte degli Internet Service providers c.d. "passivi", che non svolgono sui contenuti un'attività di selezione o modificazione, e di un principio generale di esonero di responsabilità civile e penale degli stessi [44]. L'art. 15 della Direttiva esclude la sussistenza "tanto di un obbligo negativo di sorveglianza, quanto di un obbligo positivo di ricerca di attività illecite" [45].

Nel nostro ordinamento, si è proceduto all'attuazione della direttiva europea con il d. lgs. 70/2003.

Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16 del d. lgs. 70/2003 il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Il prestatore è civilmente responsabile nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non agisca prontamente

---

[42] R. PETRUSO, *La responsabilità*, cit., 1124.

[43] Ibidem. Cfr., in giurisprudenza, Tribunale di Monza, ord. 14 maggio 2001, in *Corr. giur*., n. 12, 2001, 1625; Tribunale di Oristano, 25 maggio 2000, in *Dir. inform.* 2000, 653, secondo la quale in assenza di una esplicita presa di posizione del legislatore, non è possibile applicare alla diffusione di dati ed informazioni trasmessi sul web "normative emanate in un periodo storico in cui la stessa creazione della rete dii comunicazione internet non era nemmeno ipotizzabile dal legislatore.

[44] Gli articoli 12,13 e 14 della Direttiva 2000/31 CE stabiliscono in maniera organica una disciplina di esonero di responsabilità per le tre tipologie di attività degli Internet Service Providers (attività di *mere conduit, caching*, e *hosting* a seconda che l'Internet Service Provider agisca come semplice trasportatore, come memorizzatore automatico e temporaneo e, infine, come fornitore di servizi di ospitalità, di contenuti altrui) per il contenuto antigiuridico delle informazioni immesse in rete dagli utenti cui aveva previamente fornito i propri servizi.

[45] R. PETRUSO, *La responsabilità*, cit., 1130.



per impedire l'accesso ai contenuti illeciti, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole dei contenuti, non provveda ad informarne l'autorità competente.

Tuttavia, sull'effettivo ambito di applicazione di tale principio (che coincide, come si è detto, con l'area degli ISP "passivi": mentre per molte categorie di ISP, a partire dagli stessi social network, tale qualificazione appare tutt'altro che scontata, sulla base della effettiva condotta svolta e del grado di interferenza nella pubblicazione dei contenuti digitali), così come sulle sue conseguenze (ad esempio, di fronte alla segnalazione di illiceità che provenga da un privato e non dall'autorità competente [46)], il dibattito è ancora aperto [47].

Piuttosto che una sua articolata ricostruzione, si vuole qui sottolineare la distanza, sul piano dei problemi e delle possibili soluzioni, fra i tradizionali mezzi di comunicazione di massa e la realtà di Internet.

Sotto il profilo della libertà di espressione, proprio la tutela di quel pluralismo su cui ci siamo già soffermati fa avvertire come problematica una situazione in cui soggetti privati, come i gestori dei social network, esercitino una preventiva censura. Come si è osservato in dottrina, attribuire "stringenti obblighi di sorveglianza e di controllo all'Internet Service Provider (al fine di evitare di incorrere nell'eventuale responsabilità) avrebbe l'effetto di indurre questi ultimi a rifiutare la prestazione dei propri servizi ad utenti "eterodossi", e di trasformare l'ISP da intermediario "tecnico" ad "intermediario sociale" con poteri censori, in quella che finora ha rappresentato la più concreta approssimazione del *free market place of ideas*" [48].

D'altra parte, anche un modello che fondi il dovere di rimuovere il contenuto sulla semplice segnalazione della presenza di un contenuto illecito, attraverso un meccanismo di «*notice and takedown*» predisposto dallo stesso gestore del sito, non sembra esente da problemi. La ragione è facilmente intuibile: il meccanismo di «*notice and takedown*» potrebbe generare abusi e permettere "a soggetti controinteressati di effettuare una efficace azione di contrasto dei contenuti sgraditi, in assenza di una verifica della violazione effettiva dei loro diritti" [49].

Bisogna peraltro notare che il gestore del sito potrebbe non essere tanto interessato alla potenziale illiceità dei contenuti, ma piuttosto al loro conflitto con la policy commerciale o con la linea politica o culturale del sito; d'altra parte, "tracciare una linea netta di confine tra le due classi di situazioni" risulta davvero arduo [50], e "se si considera auspicabile che il gestore del ser-

---

[46] Sul tema, cfr. ad esempio, Tribunale Napoli Nord, 03 novembre 2016, *in Dir. inform*, 2017, 2, 243.

[47] Cfr., sul tema della responsabilità civile in internet e delle diverse figure in esso operanti, E.TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv.dir. ind*., 1, 2017, 75-122, 76 e ss.; M.TESCARO, *Schemi legali e opposte tendenze giurisprudenziali in tema di responsabilità civili dell'internet provider*, in *Giur.mer.,* 12, 2013, 2584-2604.

[48] F. CAJANI, *Criminal liability of Internet service providers between "concrete need to identify the responsible of a violation" and "fraud labels"*, in M. FRANZOSI, O. POLLICINO, G. CAMPUS (a cura di), *The Digital Single Market Copyright*, Aracne, 2016, 146.

[49] R. CATERINA, *La libertà*, cit., 132.

[50] R. CATERINA, *La libertà*, cit., 127.



vizio di social network possa operare efficacemente nella rimozione dei contenuti illeciti, è difficile non riconoscergli una certa valutazione discrezionale, che potrà anche essere utilizzata per perseguire una propria policy commerciale o linea culturale" [51].

In dottrina, si è sottolineata l'esigenza di un modello "che limiti, senza mortificarla, la discrezionalità dei gestori dei siti di social network rispetto ai contenuti pubblicati, ed insieme che mantenga entro confini accettabili la responsabilità del gestore per i contenuti illeciti pubblicati" [52]. Il perno di un tale modello è la trasparenza. In questo senso si è ad esempio pronunciata la Commissione Europea elaborando linee guida per la lotta ai contenuti illeciti online, che sono state oggetto di suggerimento alle piattaforme attraverso un'apposita comunicazione [53]. La Commissione europea ha suggerito l'adozione di un modello in cui i gestori del sito "dovrebbero spiegare, nelle loro condizioni del servizio, in modo chiaro, facilmente comprensibile e sufficientemente dettagliato, la loro politica sui contenuti che disciplini il trattamento sia dei contenuti illegali sia dei contenuti che non rispettano le condizioni del servizio della piattaforma. Tutte le restrizioni sul tipo di contenuto consentito su una determinata piattaforma dovrebbero essere indicate e comunicate chiaramente ai rispettivi utenti. Tale spiegazione dovrebbe riguardare altresì le procedure poste in essere per contestare le decisioni di rimozione, anche quelle attivate da segnalatori attendibili". Secondo la Commissione le piattaforme dovrebbero istituire meccanismi facilmente accessibili e comprensibili che consentano agli utenti di segnalare i contenuti considerati illeciti, facilitando, in particolare, "la presenza di segnalazioni sufficientemente precise e adeguatamente giustificate, corredate da "una spiegazione dei motivi per cui l'autore della segnalazione considera il contenuto illecito" e da "una chiara indicazione dell'ubicazione del contenuto potenzialmente illegale" [54].

In un modello di questo genere "è indispensabile che le decisioni del gestore siano esplicitamente motivate", ed è necessario lasciare aperto lo spazio per un contraddittorio [55]. In questo senso, la Commissione europea ritiene che i soggetti che hanno fornito i contenuti debbano poter contestare "una decisione di rimozione dei contenuti mediante una replica alla segnalazione, anche nel caso di rimozione automatizzata", ricevendo una motivata risposta da parte della piattaforma online. Se poi "la replica alla segnalazione ha ragionevolmente dimostrato che l'attività o l'informazione oggetto della segnalazione non è illegale, il fornitore della piattaforma dovreb-

---

[51] Ibidem

[52] R. CATERINA, *La libertà*, cit., 130.

[53] Cfr. COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0555&from=EN

[54] Cfr. il par. 3.2.3 della COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0555&from=EN

[55] R. CATERINA, *La libertà*, cit., 131.



be ripristinare senza ulteriore indugio il contenuto rimosso o consentire il ricaricamento da parte dell'utente, fatte salve le condizioni del servizio della piattaforma" [56].

Le prospettive appena evocate, pur senza ignorare i profili critici che caratterizzano l'attribuzione di una responsabilità, e con essa di un controllo, ai gestori dei nuovi mezzi di informazione, suggeriscono dunque di elaborare modelli che condizionino il controllo e la eventuale rimozione dei contenuti da parte del gestore del sito di social network alla elaborazione di specifiche policies, purché esplicite e ragionevolmente definite, e alla predisposizione di adeguate garanzie procedimentali, che consentano la tutela di tutti gli interessi in gioco. Oggi, come nel 1995, i mutamenti tecnologici e sociali spingono alla ricerca di "un nuovo equilibrio fra il momento del governo, delle regole, e il momento della libertà e della autonomia degli operatori" [57].

[56] Cfr. il par. 4.3.1 della COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0555&from=EN

[57] V. ROPPO, *Autonomia,* cit., 5.



*LAVINIA VIZZONI*

*Dottore di ricerca – Università Ca' Foscari di Venezia*

# L'ILLECITO COSTITUZIONALE DEL LEGISLATORE (MUOVENDO DALLE RIFLESSIONI DI ENZO ROPPO)*

SOMMARIO: *1. Responsabilità dello Stato per legislazione incostituzionale? – 2. La prima ipotesi applicativa: la declaratoria di incostituzionalità della legge. – 3. La seconda ipotesi applicativa: l'omissione del legislatore. – 4. Segue. Il valore dei moniti e le questioni aperte. – 5. Il complicato problema della natura della responsabilità.*

**1. –** Già negli anni Novanta Enzo Roppo indicava, in chiave parzialmente provocatoria, la possibilità di prospettare un "illecito costituzionale del legislatore" [1], riflettendo sulla configurabilità, a carico dello Stato-legislatore, di una responsabilità per legislazione affetta da vizi di incostituzionalità. Conseguentemente, l'attenzione dell'Autore si appuntava sulla correlativa legittimazione del soggetto danneggiato dalla legge incostituzionale ad azionare dinanzi al giudice civile pretese di risarcimento del pregiudizio subito proprio a causa dell'esercizio *contra ius* del potere legislativo.

La rilettura di quelle riflessioni incontra un contesto – quello odierno – che ha visto da tempo definitivamente cadute le barriere di kelseniana memoria che, incentrandosi su una nozione ormai superata di sovranità statale, consentivano al potere politico di giovarsi di una sfera di immunità dal principio del *neminem laedere* [2]. Questo è avvenuto nei diversi versanti in cui viene

---

* Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno "Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo".

[1] V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 961 ss. Dopo aver affrontato il tema dell'illecito comunitario, in chiusura (*ivi*, p. 971) l'Autore lancia il seguente spunto: "se una legge intesa a colpire vessatoriamente e in modo discriminatorio una classe di cittadini, li impedisse o li limitasse nell'esercizio di una loro attività economica, con gravi danni patrimoniali a loro carico, e questa legge venisse dopo qualche tempo fulminata di incostituzionalità, sarebbe giusto lasciare in ultima istanza quei danni a carico delle vittime di un siffatto clamoroso "illecito costituzionale" del legislatore?". E v. anche, dell'A., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contr. impr. Eur.* 1999, p. 101 ss. L'Autore è poi tornato sul tema più di recente: cfr. V. ROPPO, *Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 366 ss.

[2] Come evidenziato da autorevole dottrina, l'affermazione del principio democratico e l'applicazione del principio di legalità anche allo Stato, assoggettato nello svolgimento dell'attività legislativa ai controlli di legittimità costituzionale, hanno eroso progressivamente il dogma della sovranità dello Stato, rimuovendo gli ostacoli frapposti al riconoscimento della responsabilità statale e, fra questi, *in primis*, l'insindacabilità dell'esercizio del potere legislativo. Cfr. A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro it.*, 2003, p. 175 ss., A. PACE,



in considerazione l'esercizio del potere pubblico, *in primis* quello della P.A., nel quale è assodata la responsabilità risarcitoria dell'organo amministrativo per violazione anche di interessi legittimi.

È parimenti vero che l'illecito comunitario – figura ampiamente esaminata da Enzo Roppo e da nutrita dottrina [3], a differenza invece dell'illecito costituzionale – trova ormai pacifica ammissione: proprio in quest'ottica si dovrebbe ulteriormente considerare l'incidenza del principio di non discriminazione dell'ordinamento interno rispetto all'ordinamento dell'UE [4]. In effetti, gli esiti stabilizzati inerenti l'illecito comunitario stridono non poco con l'immagine di un legislatore che, quando non attua o attua male una normativa dell'UE è senz'altro responsabile, mentre non lo è se emana una legge contrastante con i principi costituzionali nazionali.

Ancora, la riflessione in materia potrebbe essere favorita da altri fattori, propri di un'epoca più recente: fra questi, la tendenza della Corte Costituzionale a censurare leggi in punto di irragionevolezza e ingiustizia, guardando "oltre" o forse più globalmente al principio di uguaglianza [5] e le indicazioni provenienti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che consente di presentare ricorsi individuali contro le violazioni perpetrate anche dall'attività legislativa degli Stati e di ottenerne ristoro.

Nonostante lo scenario attuale consegni all'osservatore indici che consentono di osservare come la riflessione in tal senso possa essere incoraggiata, ipotizzare la configurabilità, a carico dello Stato-legislatore, di una responsabilità per "cattiva" legislazione perché contrastante con i principi costituzionali suona ancora, almeno alle orecchie del civilista, come una ricostruzione del tutto teorica, quasi un esercizio di stile, capace, al più, di dare vita a una figura di illecito dai contorni quanto meno enigmatici se non sfuggenti. Tale impressione pare d'altronde confermata dalla scarsa attenzione che la dottrina ha dedicato al tema.

Eppure, un tentativo di svolgimento delle osservazioni di Enzo Roppo può consentire di pervenire a sviluppi oltremodo interessanti, anche se carichi di risvolti problematici.

---

*Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 283; C. BUONAURO, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, 2001; G. LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. eur*., 2000, p. 1793 ss.

[3] Cfr. G. ALPA, *La responsabilità civile dello Stato per violazione di obblighi comunitari*, in *Rass. dir. civ*., 2000, p. 487 ss., G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it*., 1992, IV, c. 150 ss., A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni ad opera dello Stato*, in *Eur. dir. priv*., 1998, p. 748 ss., A. CIATTI CAIMI, *Appunti sull'illecito del legislatore*, in *Contr. impr. Eur*., 2009, p. 553 ss., C. PASQUINELLI, *La responsabilità dello Stato-legislatore tra illecito "comunitario" e illecito "costituzionale". Prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ*., 2009, p. 171 ss., che contiene anche riferimenti all'esperienza francese. Una compiuta analisi in materia di responsabilità da attività legislativa si deve a quest'ultima Autrice: C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile fra pubblico e privato*, Torino, 2013.

[4] V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, *cit*., p. 121, V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: un case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 347. Sul punto cfr. anche C. DI SERI, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, p. 1130 ss.

[5] L. BUONANNO, *Rilievi civilistici in tema di responsabilità del legislatore da atto normativo*, in *juscivile*, 2016, p. 377-78.



**2.** – Il carattere "costituzionale" dell'illecito in esame – sempre che propriamente di illecito si possa parlare – rende necessaria innanzitutto un'indagine sul rilievo al riguardo assunto dalla dichiarazione di incostituzionalità. La soluzione preliminare di tale interrogativo appare di maggiore rilievo in un ordinamento come il nostro che, a differenza di altri, non prevede alcuna possibilità di ricorso diretto alla Corte Costituzionale da parte del cittadino [6].

Lo studioso del diritto civile deve allora necessariamente confrontarsi al riguardo con la dottrina costituzionalistica, la cui opinione maggioritaria ritiene che la dichiarazione di incostituzionalità rappresenti un presupposto necessario affinché si possa almeno dibattere circa l'illecito e la responsabilità del legislatore [7]. Nessuna responsabilità del legislatore deriverebbe allora da una legge che, per quanto presenti profili di incostituzionalità, non è stata (ancora) dichiarata tale dall'organo istituzionale a ciò preposto: una soluzione, questa, che di certo garantisce una maggiore certezza, ma che, forse, non soddisfa sul piano della giustizia sostanziale e che, peraltro, difficilmente si concilia con il carattere originario dell'incostituzionalità stessa [8].

Ed infatti, non manca chi ritiene che la declaratoria di incostituzionalità costituisca un mero accertamento di incostituzionalità, e che lo stesso accertamento possa essere compiuto, caso per caso, persino dal giudice di merito dinanzi a cui sia lamentata la lesività del contenuto legislativo. In questa seconda prospettiva, si dovrebbe allora ammettere la possibilità di agire direttamente contro lo Stato dinanzi al giudice ordinario e demandare a costui, seppur in via incidentale, la valutazione di incostituzionalità della legge, potendosi semmai discutere sull'obbligo o meno per il giudice *a quo* – che ritenga non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'atto lesivo dei diritti del singolo – di rimettere lo stesso al giudizio della Corte costituzionale [9].

---

[6] Nonostante non manchino, comunque, riflessioni in tal senso. Cfr. R. ROMBOLI, *La Corte Costituzionale nel sistema istituzionale. La Corte Costituzionale del futuro (Verso una maggiore valorizzazione e realizzazione dei caratteri " diffusi" del controllo di costituzionalità)*, in *Foro it.*, 2000, p. 38 ss., R. TARCHI, (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali: il ricorso diretto di costituzionalità: atti del Convegno di Pisa, 19-20 settembre 2008*, Torino, 2012, e, più di recente, R. BIN, *La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?*, in *La Costituzione.info*, 13 gennaio 2017.

[7] Emblematico, in tal senso, Trib. Venezia, 6 giugno 2008, sui cui v. C. OLIVA, *Il danno da ''cattiva'' legislazione e da omessa attività di controllo sull'osservanza delle leggi*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 428 ss. Nel caso di specie, l'attore, affetto da una grave forma di asma bronchiale allergica, aveva citato in giudizio lo Stato italiano per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni subiti a causa della reiterata esposizione al fumo passivo di sigarette. Tale esposizione sarebbe derivata da un intervento legislativo inadeguato, cui si sarebbe posto rimedio soltanto con l'emanazione della l. n. 3/2003. Il giudice ha rigettato le richieste dell'attore, ritenendo che, poiché non esiste alcun obbligo giuridico di legiferare, nessuno sarebbe titolare di un diritto a veder emanata una legge, al di fuori dei casi in cui ciò costituisca esecuzione di obblighi internazionali o comunitari del lo Stato. Come puntualmente rilevato in sede di commento alla decisione, "ad impedire una disamina approfondita dell'eventuale responsabilità omissiva del legislatore italiano è stata piuttosto la scelta di sottoporre al Tribunale di Venezia il contrasto tra l'art. 32 Cost. e l'art. 1, l. n. 584/1975, senza la necessaria interposizione del giudizio di legittimità costituzionale" (OLIVA, *op. cit.*, p. 431).

In dottrina v. A. LAZARI, *Paradigma e* logos*: la responsabilità dello stato legislatore ed i destini d'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 141.

[8] V. *infra*, § 2.

[9] Ritengono che il presupposto della responsabilità dello Stato-legislatore non sia necessariamente la dichiarazio-



Comunque, laddove una dichiarazione di incostituzionalità sussista, è necessario considerare la proiezione della stessa sul piano della ricostruzione dei caratteri dell'illecito ed in particolare tenere presente che la declaratoria stessa integra di per sé un rimedio, elevandosi a mo' di reintegrazione in forma specifica.

Se per il periodo successivo alla dichiarazione di incostituzionalità la posizione del cittadino danneggiato dalla vigenza della legge appare ripristinata grazie all'espulsione della legge stessa dall'ordinamento, resta il problema riguardo al periodo precedente, in cui la legge poi dichiarata incostituzionale è stata applicata e ha prodotto effetti, anche dannosi.

L'adozione della prospettiva più restia a configurare un illecito in capo al legislatore consente al più di affermare che l'applicazione della legge integra un atto non solo lecito, ma dovuto; pertanto, anche con riguardo al periodo di vigenza della legge poi dichiarata incostituzionale non vi sarebbe spazio per la configurazione di un illecito costituzionale del legislatore, dovendosi ripiegare piuttosto sulla categoria della responsabilità da atto lecito dannoso, fonte di indennità [10].

Una soluzione di questo genere richiama peraltro quella già avanzata con riguardo all'illecito comunitario, che secondo alcuni avrebbe potuto ricostruirsi proprio in termini di atto dannoso ma lecito nell'ordinamento nazionale. Tale configurazione, per vero assai tortuosa ma dalla dubbia utilità applicativa [11], consentirebbe di evitare una diretta e non gradita affermazione di responsabilità legislativa per atto illecito in chiave nazionale: in tal modo, infatti, pare possibile sostenere che la risarcibilità delle conseguenze pregiudizievoli dell'atto dannoso sarebbe da accordarsi in applicazione non già del diritto italiano, che tale risarcimento esclude, bensì a seguito della disapplicazione del diritto autoctono in favore del diverso e prevalente diritto comunitario, che invece tale risarcimento prevede [12].

---

ne di incostituzionalità della legge R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, p. 115; A. PIZZORUSSO, op. cit., p. 179; A. PACE, op. cit., p. 67.

[10] Cfr. G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, p. 264 ss. E v. E. SCOTTI, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione* (ottobre 2014), in *ius pubblicum network review (www.ius-publicum.com)*.

[11] Esemplari le affermazioni di V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, *cit.*, 1999, p. 112 "Rilevante non è se ciò che i danneggiati possono pretendere si chiama 'indennità' anziché 'risarcimento', ma se la sua misura garantisce un'adeguata riparazione del danno sofferto. Rilevante non è se devono avanzare la pretesa verso l'Inps anziché verso lo Stato-persona, ma se l'apparato pubblico tenuto a pagare garantisce un pagamento ragionevolmente pronto e sicuro."

[12] Così Cass., SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147, in materia di retribuzione ai medici specializzandi, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 1012, nonché in *Eur. dir. priv.,* 2010, p. 311, e in *Danno e resp*., 2010, p. 19 ss., con nota critica di R. CONTI, *La natura "non illecita" dell'illecito comunitario*. La pronuncia ha affermato che la responsabilità del legislatore nazionale per la violazione del diritto dell'Unione Europea non è inquadrabile nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Da ciò discende la possibilità di accordare, in favore dei soggetti danneggiati, un mero indennizzo, derivante da un'attività – posta in essere dal legislatore – dannosa, ma non già antigiuridica (secondo l'ordinamento interno). La stessa soluzione è riproposta dalle sentenze nn. 10813, 10814, 10815 e 10816 del 2011, con cui la Corte di Cassazione è tornata sul tema, riconoscendo ai medici che avevano frequentato le scuole di specializzazione delle Facoltà di Medicina e Chirurgia di tutta Italia negli anni 1983-1991, il diritto alla retribuzione a causa del ritardo nell'adeguamento da parte dello Stato italiano alle direttive europee. Nelle sentenze, la responsabilità dello



Sono però note le difficoltà di ricostruzione di una figura generale ed unitaria di responsabilità da atto lecito, da affiancare a quella dell'illecito tradizionalmente inteso, non solo qualora si vogliano considerare tassative, nel nostro ordinamento, le fattispecie di atto lecito dannoso [13].

Anche lasciando da parte la teoria, difficilmente fondata, dell'atto lecito dannoso, e volendo dunque accogliere una prospettiva meno restrittiva, è evidente che sussistano comunque difficoltà nell'ipotizzare la configurazione di un illecito legislativo, dal momento che rimangono varie questioni irrisolte, prima fra tutte quella inerente l'individuazione del momento a partire dal quale si può ritenere che il cittadino abbia subito l'effetto dannoso, con relativa parametrazione anche dell'eventuale risarcimento dovuto.

Il quesito sul profilo temporale della risarcibilità del danno derivante da illecito costituzionale implica la definizione, a monte, del già accennato problema relativo al carattere sopravvenuto ovvero originario della pronuncia di incostituzionalità. La regola in proposito è l'originarietà: la legge nasce già incostituzionale. L'istituto della incostituzionalità sopravvenuta esiste ma è utilizzato dalla Corte Costituzionale, che ne deve esplicitare il ricorso in motivazione, solo per regolare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità; effetti che retroagiscono ma lasciano intatti i rapporti esauriti [14].

Altro profilo di non facile definizione riguarda poi l'individuazione del tipo di "censura" della legge che sia in questa sede rilevante. Ci si domanda cioè se se valga solo l'intervento della Corte Costituzionale a rendere la legge lesiva e dunque potenziale presupposto per la risarcibilità del danno subito dal cittadino, ovvero anche quello di Corti sovranazionali.

In particolare, il problema ben potrebbe porsi riguardo alle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che valutano una certa normativa nazionale non conforme al diritto europeo, soprattutto in considerazione del valore vincolante che tali pronunce hanno negli ordinamenti degli Stati membri.

Anche in questo caso, analogamente a quanto accade per la declaratoria di incostituzionalità, la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea vale a inibire la produzione di effetti pregiudizievoli *pro futuro*, dal momento che la norma censurata non potrà più trovare applicazione, o perlomeno essa non potrà più essere applicata interpretandola nella maniera censurata.

L'aspetto più complesso riguarda, di nuovo, coloro che hanno subito l'applicazione di una legge poi rivelatasi non conforme all'ordinamento dell'Unione, e l'attenzione si sposta sull'ob-

---

Stato è espressamente qualificata come responsabilità per inadempimento di un'obbligazione *ex lege* di natura indennitaria per attività non antigiuridica. Al riguardo cfr. A. LAZARI, *Il giudice complesso e la responsabilità dello Stato*, in *Danno e resp*., 2012, p. 1225 ss. Nella vicenda dei medici specializzandi si segnala, da ultimo, il recente intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che, con la decisione del 24 gennaio 2018, C-616/16 e C-617/16, ha sancito il diritto dei medici specializzandi ad un'adeguata retribuzione, precisando l'azionabilità di tale diritto anche laddove la direttiva che lo preveda non sia stata recepita nell'ordinamento nazionale.

[13] Si tratta comunque di una prospettiva piuttosto superata: cfr. V. ROPPO, *Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo, cit*., 2017, pp. 367-68.

[14] V. G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, p. 69 ss., e, più di recente, D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in *Consulta online*, 2016, p. 194 ss.



bligo del giudice *a quo* di sollevare questione pregiudiziale nel caso di specie. Tuttavia, se nella vicenda giudiziaria nazionale si è interposto il limite del giudicato, non sembra che vi siano appigli per intraprendere un'azione risarcitoria.

Certo, in questo specifico caso, il confine con l'illecito comunitario si fa labile: qui – diversamente dall'illecito comunitario, che coincide con la mancata o inesatta attuazione di una normativa UE attributiva di diritti ai singoli – si potrebbe ipotizzare un illecito derivante dalla contrarietà di una normativa interna (non di origine comunitaria) con quelli che potremmo definire i "principi costituzionali europei", contenuti nella Carta di Nizza.

Si tratta comunque di una soluzione da affermare con cautela, al momento priva di riscontri, in cui, tuttavia, proprio l'aggancio all'ordinamento sovranazionale, sgomberato il campo da sovrapposizioni con l'ormai consolidato "illecito comunitario", potrebbe agevolare la valutazione di illiceità della condotta e dunque la risarcibilità del danno [15].

**3.** – Una seconda ipotesi applicativa, che sembra lasciare margini più ampi per ipotizzare la configurabilità di un illecito costituzionale del legislatore, coincide con la fattispecie omissiva. Si allude alla situazione in cui la Corte Costituzionale esorti il legislatore ad intervenire, ma tale invito resti inascoltato.

In questo versante, la situazione nella quale appare meno difficoltosa la configurazione di un illecito costituzionale omissivo è sicuramente quella in cui la Consulta emetta una dichiarazione di incostituzionalità di una legge "nella parte in cui non prevede che …", con invito al legislatore a provvedere [16].

Negli anni più recenti, molte sono state le pronunce della Corte Costituzionale che, pur non essendo formulate esattamente in tali termini, tendono comunque ad attribuire rilievo alla condotta inerte del legislatore, rispetto ad esortazioni rimaste prive di seguito.

L'analisi della giurisprudenza costituzionale evidenzia almeno tre recenti vicende di estrema attualità ed interesse, sia sul piano politico sia sul versante sociale. Si tratta di casi ben noti e analizzati da più punti di vista, che si possono provare a rileggere proprio nella cornice dell'ille-

---

[15] Come hanno dimostrato le evoluzioni inerenti allo stesso illecito comunitario, per quanto consistente in una situazione non coincidente con quella in esame, il riferimento all'ordinamento europeo tende ad incentivare soluzioni favorevoli alla risarcibilità. D'altronde, lo stesso V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, *cit*., p. 116, rileva che "(…) la questione della configurabilità dell'illecito e della responsabilità dello Stato legislatore ha una valenza pressoché solo teorica di fronte alle violazioni comunitarie, mentre ha una valenza pesantemente pratica di fronte alle violazioni costituzionali. (…) l'interprete deve avvertire un più pesante carico di responsabilità quando cerca – nell'ambito del diritto interno – la risposta al problema dell'illecito "costituzionale", mentre può sentirsi relativamente "deresponsabilizzato" quando si interroga sul problema dell'illecito "comunitario": perché in quest'ultimo caso la sua risposta non decide dell'esistenza della pretesa risarcitoria (comunque già decisa dal diritto comunitario), mentre nel primo caso essa è decisiva per ammettere ovvero negare la tutela del soggetto leso".

[16] È questa la vicenda che ha riguardato i vincoli espropriativi, su cui v. lo stesso V. ROPPO, *Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo*, *cit*., 2017, p. 368.



cito costituzionale, e che, in tal senso, rendono di particolare attualità e conferiscono tratti di lungimiranza alle intuizioni di Enzo Roppo.

Il primo caso riguarda la legge elettorale. All'esito di una lunga vicenda giudiziaria, con sentenza n. 1/2014 [17], la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della legge elettorale allora vigente (c.d. "Porcellum"), valorizzando la perdurante inerzia del legislatore, che era stato ripetutamente invitato a considerare con attenzione i punti problematici della disciplina, già a partire dalla sentenza n. 13/2012 [18].

Il cittadino istante riassumeva quindi il processo dinanzi al giudice *a quo*, ossia la Corte di Cassazione. I presupposti perché fosse ritenuta accertata la lesione del diritto di voto del cittadino e fosse accolta la sua pretesa risarcitoria sembravano sussistere. Effettivamente, la Cassazione avrebbe potuto riconoscere integrata una vera e propria ipotesi di "illecito costituzionale del legislatore".

Ma così non è stato, e la Suprema Corte ha reso una pronuncia, la n. 8878/2014 [19], "a metà" che – pur accogliendo la domanda del cittadino istante (e degli interventori) e riconoscendo la lesione del diritto di voto da questi subita – considera la sentenza della Consulta una forma "pienamente satisfattiva" di "riparazione in forma specifica", idonea di per sé a ripristinare la legalità costituzionale e infine, per effetto della accertata lesione, condanna la Presidenza del Consiglio ed il Ministero degli Interni solo a sostenere le spese di lite [20]. Di certo un peso decisivo nella decisione in esame è stato giocato da considerazioni di finanza pubblica; un profilo tutt'altro che indifferente nella questione in esame, laddove una volta accertata la violazione del diritto di voto, l'unica forma di ristoro ipotizzabile sarebbe proprio quella per equivalente pecuniario, moltiplicata per decine di milioni di elettori danneggiati [21].

La seconda ipotesi, più recente, ha formato oggetto della sentenza della Corte Costituzionale 286/16 [22], con la quale la Consulta è tornata ad occuparsi – ancora di fronte ad una perdurante inerzia del legislatore – della legittimità della regola dell'automatica attribuzione del cognome paterno. Si tratta dell'ultimo, definitivo episodio di una saga giurisprudenziale iniziata con una

---

[17] Si tratta della nota C. Cost. del 13 gennaio 2014, n. 1, in *Foro it.*, 2014, p. 677 ss., con nota di R. ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, e in *Giur. cost.*, 2014, p. 27 ss., con nota di G. U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*.

[18] C. Cost., 24 gennaio 2012, n. 13, in *Giur. cost.*, 2012, p. 117 ss., con nota di A. D'ATENA, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio*, e in *Corr. giur*. 2012, p. 42 ss., con nota di S. FELICETTI, M. R. SAN GIORGIO, *Referendum popolare in materia di disciplina elettorale*.

[19] Cass., 16 aprile 2014, n. 8878, in *Foro it*. 2014, p. 3225 ss., con nota di R. ROMBOLI.

[20] Per un'analisi della sentenza, ed una critica al carattere pienamente sattisfattivo della riparazione in forma specifica v. L. BUONANNO, *op. cit.*, p. 396 ss.

[21] V. i rilievi di C. CONSOLO, *L'antefatto della sentenza della Consulta n. 1/2014: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, in B. CAPPONI, B. SASSANI, A. STORTO, R. TISCINI (a cura di), *Il processo esecutivo*, Milano, 2014, p. 1426.

[22] C. Cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Nuova giur. civ*., 2017, p. 818 ss., con nota di C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori ed identità dei figli*.



precedente pronuncia della stessa Corte [23], con cui era stato lanciato il primo monito al legislatore, non raccolto neppure all'atto della riforma codicistica della filiazione [24] e tuttora inascoltato.

La terza ipotesi si riferisce alla sentenza n. 170/2014, di grande valenza politica, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale il c.d. divorzio imposto. La vicenda è del tutto peculiare sotto l'angolatura qui considerata perché è vero che anche in questo caso la Corte Costituzionale lancia un monito al legislatore – monito già presente in precedenti decisioni, a partire dalla n. 138/2010 [25] – il quale non è però riferito alla disposizione relativa al divorzio imposto. La pronuncia ha dichiarato infatti incostituzionali le previsioni secondo cui – in caso di mutamento del sesso originario da parte di uno dei coniugi – il matrimonio deve ritenersi automaticamente sciolto, non consentendo ai coniugi stessi, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che disciplini adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

In realtà, ciò che viene dichiarato incostituzionale finisce quindi per essere la "pura e semplice" omissione del legislatore, sanzionato per non aver "obbedito" al monito della Corte Costituzionale [26].

In quest'ultimo caso, la questione può dirsi sostanzialmente risolta grazie alla legge n. 76/2016 sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze [27], ma non è escluso che permangano profili problematici relativi a coloro che abbiano subito danni per effetto della passata inerzia legislativa.

**4.** – Resta comunque arduo stabilire in generale in che termini debbano essere qualificati i moniti lanciati dalla Consulta e quale sia la loro valenza.

In proposito è opportuno segnalare come nel corso della conferenza stampa annuale del 2013, l'allora Presidente della Corte Costituzionale, Franco Gallo, si sia soffermato proprio su casi di mancato rispetto, da parte del legislatore, di specifici moniti o avvertenze contenuti in

---

[23] C. Cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Giur. cost*., 2006, p. 552 ss., con nota di E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince.*

[24] Com'è noto, si tratta della l. n. 219 del 10.12.2012, recante "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali", a cui è seguito il d.lgs. attuativo n. 154 del 28.12.2013. Su quest'ultimo in particolare, v. M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014. Con specifico riguardo alla mancata risoluzione della questione relativa al cognome, v. M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. e dir*., 2013, p. 380 ss. e L. LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ*, 2013, p. 201 ss. In generale, sul tema cfr. F. GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità*, in *Nuova giur. civ*., 2014, p. 139 ss.

[25] C. Cost., 25 febbraio 2010, n. 138, in *Foro it*., 2010, p. 1361 ss. e 1701 ss., con note di R. ROMBOLI, F. DAL CANTO e D. COSTANTINO.

[26] È quanto opportunamente osservato da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consulta online*, 2014, p. 1 ss.

[27] Come noto, si fa riferimento alla legge del 20 maggio 2016, n. 76, c.d. legge Cirinnà, su cui v. G. FERRANDO, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge. Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it*., 2016, p. 1771 ss.



pronunce della Corte, ricordando che "queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione (…) che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia" [28].

L'assunto per cui il legislatore "è tenuto ad intervenire" è di grande impatto, posto che sembra integrare l'affermazione di un vero e proprio obbligo a carico del legislatore, con attivazione delle relative conseguenze in caso di "inadempimento" dello stesso.

Il profilo è di particolare delicatezza, posto che involge lo stesso ruolo della Corte Costituzionale dinanzi al processo legislativo, tanto che una delle voci più autorevoli in materia [29] ha prospettato al riguardo, in chiave fortemente critica, l'invasione della Corte Costituzionale in una sfera – quella della lotta politica – che non le è propria.

In ogni caso, se anche il legislatore si considerasse inadempiente dinanzi ad un'esortazione della Consulta rimasta priva di seguito, resterebbero aperte parecchie questioni, attinenti *in primis* anche in questo scenario al profilo temporale: da quando si potrebbe cioè ritenere integrato l'inadempimento legislativo? qual è il lasso di tempo che può dirsi ragionevole per attendersi l'intervento legislativo? quanto tempo il cittadino leso nei propri diritto deve attendere (invano) l'intervento del legislatore, per poter adire direttamente il giudice e chiedere ristoro della propria situazione?

Un altro aspetto problematico che si innesta su questi interrogativi riguarda la necessità o meno di un secondo passaggio costituzionale che confermi la perdurante omissione legislativa. È evidente che quest'ultima soluzione, nonostante renda più agevole l'accertamento dell'inadempienza o comunque dell'illiceità della condotta inerte del legislatore, appare decisamente più sfavorevole per l'ipotetico cittadino ricorrente. In verità, si deve comunque considerare come, su un piano meramente fattuale, un successivo intervento della Consulta che riscontri la perdurante inerzia legislativa, non sia così infrequente; ciò è ad esempio avvenuto proprio nella vicenda relativa all'attribuzione del cognome materno.

**5.** – Ammesso che possa configurarsi una responsabilità del legislatore, e dunque sciolto in senso positivo il nodo che si pone a monte, il civilista non può esimersi dal considerare il titolo della pretesa vantata verso lo Stato che il privato può azionare davanti al giudice.

Nell'economia di questo contributo e nella consapevolezza che il tema meriterebbe ben altra indagine, si è cercato di ricostruire due figure di illecito costituzionale, che per semplificare possono essere definite l'una "commissiva" e l'altra "omissiva": l'ipotesi omissiva, posto che allude all'inadempimento di un obbligo, è difficilmente riconducibile alla responsabilità *ex* art.

[28] Su cui v. R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale "in-politica": dentro la politica o implicata politicamente? Dialogando con gli scritti di Gustavo Zagrebelsky a proposito di alcune sentenze del 2014 e del progetto di riforma costituzionale*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il Costituzionalista riluttante*, Torino, 2016.

[29] G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1988, 136 ss.



2043 c.c., dovendosi piuttosto riportare alla responsabilità *ex* art. 1218 c.c. Per la fattispecie commissiva, la qualificazione più immediata parrebbe essere quella di illecito *ex* art. 2043 c.c.: la sussistenza della violazione costituzionale costituirebbe allora il più importante elemento strutturale di questo illecito *sub specie* di "ingiustizia del danno", sebbene non quello esclusivo, poiché il giudice dovrebbe comunque determinare nei singoli casi l'esistenza o meno di un pregiudizio causalmente collegato alla norma "viziata".

Non pare tuttavia opportuno né produttivo ricondurre a regole di responsabilità distinte due manifestazioni di una medesima fattispecie, quale quella dell'illecito costituzionale del legislatore, ponendo il cittadino istante in situazioni non propriamente identiche sul piano degli oneri probatori e anche sull'orizzonte dei termini prescrizionali.

Lo spostamento verso la natura contrattuale della responsabilità per atto normativo incostituzionale postula probabilmente la costruzione di un'obbligazione al di fuori di un inconcepibile rapporto obbligatorio cittadino-creditore/Stato-debitore, ma avente fonte negli altri atti o fatti che chiudono l'elenco delle fonti delle obbligazioni *ex* art. 1173 c.c. [30]. Per parte sua, la qualificazione in termini aquiliani si accompagna ad un maggiore sforzo ricostruttivo degli elementi della regola dell'art. 2043 c.c. [31]. Entrambe le ricostruzioni hanno poi bisogno di opportuni filtri sul piano risarcitorio per contenere fenomeni di *over-litigation* [32].

Per superare la dicotomia, si potrebbe forse fare riferimento a una terza via, impiegando proprio i criteri già ampiamente individuati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione alla distinta figura dell'illecito comunitario, che fungono anche da argine alle pretese risarcitorie, identificabili nel fatto che la norma giuridica violata debba essere preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente sullo Stato e il danno subito dai soggetti lesi [33]. Il tutto, nell'ambito di un problematico intreccio di fonti, con correlativa necessità di adattare i criteri europei all'ordinamento nazionale, posto che, a differenza dell'illecito comunitario, l'illecito

---

[30] Così L. BUONANNO, *op. cit*., p. 390.

[31] Nella determinazione dell'ingiustizia del danno, la sussistenza di una violazione, nella specie della Costituzione, costituisce certamente elemento di valutazione, benché non esclusivo, in quanto la regola da osservare è sempre quella dell'art. 2043 c.c., che rimette essenzialmente al giudice il compito di determinare nei singoli casi la sussistenza o meno del danno ingiusto e, ove abbia a riscontrarla, di quantificarne l'entità. Così A. PIZZORUSSO, op. cit., p. 183, e A. BARONE, R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore (regionale). Cinque lustri dopo*, in *Foro it*., 2017, p. 181. Secondo R. BIFULCO, *op. cit*., p. 117, "laddove sia accertato il nesso di causalità (...), la dichiarazione di non conformità a Costituzione equivale all'implicito riconoscimento dell'ingiustizia del danno".

[32] Non a caso L. BUONANNO, *op. cit*., circonda la figura di numerosi filtri sul piano risarcitorio: l'assoluta irragionevolezza della emanazione di una legge incostituzionale (p. 390), la mala fede (o l'abuso) del legislatore (p. 392) oltre al carattere insopprimibile del diritto leso (p. 393 s.).

V. anche la ricostruzione in termini aquiliani operata da C. PASQUINELLI, *op. ult. cit*., p. 232 ss., sebbene con riguardo all'illecito comunitario, che identifica il filtro nella buona fede oggettiva.

[33] Per un riepilogo dei criteri europei, affermati a partire dalla celebre sentenza Francovich, v. E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contr. Impr.*, 2010, p. 71 ss.



costituzionale del legislatore avrebbe "sia gambe che testa" nell'ordinamento interno [34].

A ben vedere, comunque, i criteri europei non sembrano contraddire, ed anzi corrispondono essenzialmente con l'indagine sugli elementi costitutivi dell'art. 2043 c.c. Ad esempio, come è stato osservato, la violazione "grave e manifesta" non denega il requisito della colpa, bensì può significare colpa, sebbene *in re ipsa*, del legislatore [35].

Peraltro, se si opta per la qualificazione unitaria in termini di responsabilità extracontrattuale, si può dire che i timori che Enzo Roppo avanzava a fine anni '90 sull'incontenibile *flood of litigation* [36], sul possibile dilagare delle pretese risarcitorie, abbiano perso ormai di consistenza, grazie alle evoluzioni giurisprudenziali degli ultimi anni, che, consentendo una ridefinizione in termini più rigorosi dei confini della responsabilità civile, hanno appuntato una diversa attenzione sulla latitudine del danno risarcibile [37]. Proprio a questo riguardo, appare opportuno, da ultimo, evidenziare che in molti dei casi nei quali si possa prospettare un illecito costituzionale del legislatore, i danni subiti avrebbero carattere non patrimoniale. In siffatta prospettiva, la dimensione costituzionale dell'illecito ben si potrebbe allora riflettere sul rilievo costituzionale del diritto leso, così come la violazione "grave e manifesta", oltre a concretizzare colpa *in re ipsa* del legislatore, integrerebbe la stessa serietà della lesione: il che rende sicuramente applicabile al caso di specie l'art. 2059 c.c., nella sua nota interpretazione costituzionalmente orientata [38].

---

[34] L'espressione mutua l'evocativa definizione di A. Di Majo, *op. cit*., p. 748. L'Autore sostiene infatti che nella responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie "la testa si trova nel diritto comunitario" e "le gambe negli ordinamenti degli stati membri".

[35] L'imputazione soggettiva della responsabilità sarebbe da ritenersi in *re ipsa* nell'illegittimità dell'atto. Così G. Alpa, *Il* revirement *della Corte di cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ*., 1999, p. 920 e A. Pace, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *www.rivistaaic.it*, 2015, p. 11 ss., per il quale, nell'ipotesi della dichiarazione di incostituzionalità di una legge, la responsabilità dello Stato deriverebbe, a titolo di colpa, dall'aver applicato la stessa legge senza essersi diligentemente rappresentato la possibilità dell'evento dannoso, poi in concreto verificatosi.

[36] V. Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, *cit*., p. 118.

[37] Esemplarmente, cfr. P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile. Artt. 2043-2053: Fatti illeciti*, Milano, 2008, 1, e M. Franzoni, *L'illecito*, in M. Franzoni (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, II, 2010.

[38] V. per tutti, E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in E. Navarretta (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, p. 36 ss.

JUS CIVILE



*FEDERICO AZZARRI*

*Ricercatore in Diritto privato – Università di Pisa*

# DIRITTO DI FAMIGLIA E PROCESSI REGOLATIVI: RILEGGENDO UN VOLUME DI ENZO ROPPO*

«Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici» è il titolo della terza monografia di Enzo Roppo, pubblicata nel 1981 per i tipi del Mulino, la quale segue il volume del 1975 sui contratti standard, edito da Giuffrè, e quello del 1977 sul contratto in generale, pubblicato sempre presso l'editore bolognese.

Già la scelta del titolo è significativa: non tanto perché, con la consueta chiarezza, definiva immediatamente la linea della ricerca, ma, soprattutto, perché anticipava come questa non avrebbe potuto esaurirsi "solo" sul piano tecnico – quello dei presupposti e dei limiti dei poteri del giudice innanzi alla famiglia appena riformata – dovendosi al contempo, inevitabilmente, addentrare anche in un campo più vasto, quello giuspolitico del rapporto tra autorità e libertà. Premette infatti Roppo che «la questione dell'intervento del giudice nella famiglia si inscrive nel quadro del (e non può pertanto affrontarsi senza riferimento al) più generale problema dei rapporti tra stato e famiglia, tra famiglia e diritto» [1]; un terreno insidioso, prosegue l'Autore, perché elettivo, più di ogni altro settore del diritto, per la costruzione e la propagazione di ideologie, a cominciare da quella dell'"autonomia della famiglia" [2]. Ed è proprio in virtù di questa attitudine che la materia rappresenta, ancora oggi, un ambito di sicuro interesse per il giurista.

A seguito della riforma del diritto di famiglia del 1975, erano comparse nel codice civile due norme che, pur non spiccando per la particolare invasività dell'intervento giudiziale che prospettavano, suscitarono nondimeno la singolare ed energica reazione di una parte della dottrina. Si trattava dell'art. 145 e dell'art. 316: il primo consentiva (consente) a ciascun coniuge, in caso di contrasti nella gestione del *ménage*, di sollecitare la mediazione del giudice, onde raggiungere una soluzione concordata, o finanche stabilita dal magistrato stesso, in ossequio alle esigenze di unita e di vita della famiglia, ove siano in gioco «affari essenziali» e l'adozione di un provvedimento non impugnabile sia richiesta espressamente e congiuntamente dai coniugi; il secondo, invece, oltre ad estendere la regola dell'accordo anche all'esercizio della potestà genitoriale, stabiliva che in caso di contrasto tra i genitori, su temi di particolare importanza, il giudice po-

* Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno *Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo*.

[1] E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981, 51.

[2] E. ROPPO, *op. cit.*, 38 s.



tesse, su richiesta di uno di essi, suggerire le determinazioni ritenute più opportune, eventualmente attribuendo, stante la persistenza del contrasto, il potere di decisione al genitore che fosse apparso maggiormente idoneo a curare l'interesse del figlio: tale eventualità è stata peraltro mantenuta anche nel nuovo regime di responsabilità genitoriale, venendo invece opportunamente eliminata la vistosa eccezione in origine prevista al quarto comma, per il caso di incombente pericolo di grave pregiudizio al figlio, che rimetteva in tale frangente soltanto al padre l'adozione dei provvedimenti urgenti e indifferibili.

Non erano certo queste le uniche ipotesi di intervento giudiziale nella famiglia conosciute dal sistema. Esistevano, infatti, anche disposizioni penali tese a punire comportamenti inerenti a rapporti o situazioni familiari qualificati come reati; vi erano poi norme che contemplavano l'intervento del giudice in presenza di conflitti di ordine patrimoniale tra i coniugi, come quelle che chiamano il magistrato ad assumere le misure in vario modo necessarie a preservare l'interesse della famiglia, là dove l'amministrazione della comunione sia compromessa da cattive decisioni o dall'impossibilità di un coniuge di provvedervi; ancora, vi erano norme che prevedevano l'intervento del giudice nella fase di dissoluzione della famiglia, o una volta che la famiglia si fosse ormai dissolta, come quelle contenute nella disciplina della separazione o del divorzio; e, infine, si potevano censire anche norme eterogenee, che ammettevano l'intervento del giudice indipendentemente dall'esistenza di un conflitto tra i coniugi, onde affermare interessi non coincidenti con gli interessi individuali di questi ultimi: è il caso, tra gli altri, delle disposizioni preposte a garantire la valida formazione del vincolo nuziale (si pensi ai pronunciamenti sulla dispensa da impedimenti matrimoniali, sull'opposizione al matrimonio o sulla contestazione della sua validità). [3]

Orbene, mentre alla base di ognuno di questi gruppi di ipotesi erano rinvenibili collaudate *rationes* a sostegno dell'intervento giudiziale (l'esigenza di reprimere condotte criminose, la natura esclusivamente patrimoniale dell'oggetto del conflitto, la necessità di definire l'assetto dei rapporti personali e patrimoniali tra i membri della famiglia in vista della sua probabile o certa dissoluzione, la rilevanza pubblica, o comunque preminente, degli interessi tutelati dal provvedimento del magistrato), diversamente, invece, i poteri assegnati al giudice dagli artt. 145 e 316 c.c. non si lasciavano ascrivere ad alcuno dei tradizionali motivi di legittimazione, il che spiegava – ma non giustificava – il diffuso atteggiamento di chiusura degli interpreti nei confronti delle novità legislative [4], tanto più che, all'atto pratico, il rilievo di dette innovazioni, e soprattutto quello dell'art. 145 c.c., si sarebbe dimostrato assai modesto, rendendo ben lungi il ricorso al giudice dal divenire strumento ordinario di risoluzione dei dissidi coniugali [5].

L'assenza dei consueti riferimenti giuspolitici confortava l'impressione di alcuni autori che, sia per queste sia per altre innovazioni apportate dal diritto riformato (tra cui anche la parifica-

[3] E. Roppo, *op. cit.*, 17 ss.

[4] E. Roppo, *op. cit.*, 29 ss.

[5] E. Roppo, *op. cit.*, 334 s.



zione dei figli naturali a quelli legittimi e il superamento della separazione per colpa in favore del meccanismo dell'addebito), fosse in corso una sorta di «debilitazione legislativa della famiglia legittima» [6], la quale imponeva altresì di abbattere quella pretesa immunità della famiglia al potere pubblico che, in nome di una distorta concezione giusnaturalistica, veniva invocata in via pregiudiziale, come se ogni ingerenza di quest'ultimo potesse essere desiderabile o deprecabile di per sé, e non in quanto veicolo o meno dell'adeguamento delle relazioni familiari al disegno costituzionale – e, in particolare, ma non solo [7], al principio di eguaglianza dei coniugi [8] e alle esigenze di tutela dei minori [9].

In realtà, segnalava puntualmente Roppo, quel che veniva contestato non era tanto lo strumento dell'intervento pubblico in quanto tale, bensì, invece, la sua direzione costituzionalmente orientata, ovvero volta anzitutto a promuovere la parità dei coniugi e la loro eguale responsabilità, e, con ciò, una visione della famiglia quale luogo di sviluppo della personalità dei singoli inseparabile da questa vocazione. Vocazione che ne permeava a tal punto l'essenza da rendere non solo giustificata, ma pure doverosa, la predisposizione di una normativa in materia di divorzio, indispensabile onde conferire al matrimonio un regime compatibile con l'art. 2 Cost. [10].

Capitava, allora, che autorevoli scrittori incorressero, senza avvedersene, nella contraddizione di rimproverare al legislatore di avere invaso la sfera di autonomia della famiglia, attraverso la previsione della comunione legale quale regime patrimoniale di base della medesima, quando poi, al contempo, gli stessi non mancavano tuttavia di prendere posizione a favore di quella ben

---

[6] Questo il titolo del saggio di A. DE CUPIS, apparso in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 317, ove si preconizzava, tra l'altro, anche la distruzione dell'autonomia familiare; vi è da dire, però, con riguardo all'art. 145 c.c., che l'A. si riferiva invero al contenuto, dai toni più risoluti di quello attuale, che tale disposizione aveva nel testo unificato approvato dalla Commissione Giustizia della Camera il 1° dicembre 1971 (v. art. 26). In effetti, in quella versione, là dove il giudice non fosse riuscito a persuadere i coniugi a trovare una soluzione concordata, circa l'indirizzo della vita familiare, avrebbe allora potuto adottare immediatamente la soluzione ritenuta più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita familiare stessa, pur sulla base delle «indicazioni formulate dai coniugi», la cui possibile impugnabilità del provvedimento, tuttavia, non ne avrebbe comunque sospeso l'esecuzione.

[7] Ad esempio, osservava ancora E. ROPPO, *op. cit.*, 283 s., la repressione penale dell'adulterio era stata rimossa dalla Corte costituzionale per il privilegio che la sua costruzione normativa assegnava al marito, e quindi per la discriminazione che essa comportava a discapito della moglie; tuttavia, una diversa disciplina, che avesse punito in base a identici presupposti e con identica pena tanto il marito quanto la moglie, sarebbe risultata nondimeno inaccettabile alla moderna coscienza sociale e giuridica, essendo all'eguale criminalizzazione dei coniugi infedeli senz'altro preferibile un sistema che tenesse in ogni caso la legge penale «fuori dalla camera da letto».

[8] V., sul punto, M.R. MARELLA, *Le donne*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. NIVARRA, Milano, 2008, 345 ss.

[9] E. ROPPO, *op. cit.*, 271 ss. e spec. 279 ss.

[10] Se, infatti, la garanzia costituzionale dello *status familiae* fosse stata suggellata dall'indissolubilità del vincolo, si sarebbe attribuito a un coniuge il diritto di costringere l'altro ad una condizione familiare imposta, anche quando la convivenza matrimoniale fosse ormai divenuta, per quest'ultimo, incompatibile con «qualsiasi esigenza di svolgimento e di positiva espressione della sua personalità»; M. BESSONE, *Art. 29*, in *Comm. Cost.* a cura di G. Branca, *Rapporti etico-sociali (art. 29-34)*, Bologna-Roma, 1976, 29 ss.

Si noti che la difesa dell'indissolubilità del matrimonio era stata collegata dalla dottrina cattolica proprio alla difesa della struttura gerarchica e patriarcale della famiglia antecedente alla riforma; lo segnala A. GALOPPINI, *Profilo storico del divorzio in Italia*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, 662 e nota 214.



più pervasiva interferenza rappresentata, invece, dalla repressione penale delle infedeltà coniugali. E ad un'analoga incoerenza andava poi incontro chi, pur professando la necessaria salvaguardia della famiglia da ogni intromissione statale, incoraggiava nondimeno l'istituzione di un "tribunale della famiglia" al quale deferire, per esempio, le controversie tra i genitori circa l'educazione religiosa della prole, confidando che un simile organo, munito di appositi poteri di iniziativa e di indagine, avrebbe potuto efficacemente vigilare sulla famiglia presidiandone i valori etici e morali [11].

In queste resistenze a collocare il problema del rapporto tra stato e famiglia nella sua giusta ottica costituzionale vi era, invero, una sorta di ritardo culturale rispetto allo spirito della riforma del 1975, probabilmente dovuto al fatto che i modi di "fare famiglia" appartengono ai fenomeni di lunga durata, così come i modi di intendere i rapporti tra i sessi e tra le generazioni, essendo dunque suscettibili di sedimentarsi nel tempo e di intrecciarsi a loro volta con fattori sociali, politici ed economici [12].

Per esempio, quando si accosta l'organizzazione della famiglia antecedente alla riforma ad uno schema proprietario, non si evoca il primo diritto reale solo per indicare il ruolo predominante che in quel modello occupava l'autorità del capofamiglia [13], ma anche per mettere in evidenza come la sua disciplina fosse anzitutto funzionale a un certo assetto economico, ossia a garantire la preservazione del patrimonio familiare di generazione in generazione (in particolare, avversando le pretese che avrebbero potuto avanzare i figli naturali) poiché, prima dello sviluppo industriale e della conseguente diffusione delle società di capitali, il tessuto artigianale ed agricolo italiano si fondava principalmente sulla concentrazione delle ricchezze individuali [14].

E ancora, il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, sancito dal secondo comma dell'art. 29 Cost., che appare oggi un indiscusso elemento di civiltà giuridica, non fu, a ben vedere, unanimemente condiviso in Assemblea costituente, ove, anzi, giuristi di grande levatura come Piero Calamandrei, Francesco Saverio Nitti e Vittorio Emanuele Orlando non si capacitavano né di come il gruppo familiare, in quanto gruppo sociale, potesse restare senza un capo, né, soprattutto, di come la Costituzione potesse recidere un'idea così radicata nel diritto positivo senza che vi fosse, al contempo, la volontà politica di modificare quest'ultimo [15]. Vi era

---

[11] E. ROPPO, *op. cit.*, 274 s. Sulla proposta, avanzata nel dibattito italiano della prima metà degli anni Settanta, di istituire un «tribunale per la famiglia», v. ancora, in senso critico, ID., *op. cit.*, 337 ss.

[12] C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2012, 28 e *passim*.

[13] S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 43; ID., *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in *Pol. dir.*, 1975, 661 ss.

[14] Pertanto, anche la disciplina della famiglia legittima, più che l'istituzione morale in sé, risultava semmai diretta a preservare un modello autoritario di famiglia, in ragione del ruolo economico che questo aveva assunto; E. RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, 21; analogo rilievo in U. MAJELLO, *Relazione introduttiva*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un convegno di studi*, Napoli, 1975, 7; ricorda l'epoca in cui i tempi di divisione del lavoro e la distribuzione dei ruoli familiari si sovrapponevano Z. BAUMAN, *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, trad. it. S. Minucci, Roma-Bari, 2003, 56 ss.

[15] V. *Atti Ass. Cost.*: XCIII, seduta del 17 aprile 1947, 2981; XCVII, seduta del 19 aprile 1947, 3094; CII, seduta del 23 aprile 1947, 3244.



qui un errore di «grammatica giuridica» [16], poiché si continuava a vedere nelle norme del codice civile, e non in quelle della Costituzione che si stava scrivendo, il riferimento principale del sistema: errore che tradiva, di nuovo, un retaggio culturale lontano, che traspare anche dai lavori preparatori del Grundgestez, ove si esortava a non ripetere lo "sbaglio" della Carta di Weimar di improntare il matrimonio alla parità dei sessi (art. 119), ricordando peraltro come una differenziazione dei diritti e degli obblighi del marito e della moglie sarebbe nondimeno corrisposta alla "diversa natura dell'uomo e della donna" – tant'è che l'art. 6 GG non contempla espressamente un'affermazione coincidente con quella del nostro art. 29 Cost., sebbene, pure in quel sistema, la giurisprudenza costituzionale abbia scorto nel principio in parola un imprescindibile elemento strutturale della *Ehe* [17]) [18].

Il mutamento della sensibilità giuridica e sociale avviato negli anni successivi alla riforma dissolse, infine, il timore che l'intervento pubblico implicasse ineluttabilmente la messa a repentaglio dell'autonomia familiare, essendosi, anzi, progressivamente acquisita non solo la legittimità, ma pure la doverosità di tutti quegli interventi (e soltanto di quegli interventi) tesi ad allineare le dinamiche familiari «all'evoluto programma» della Costituzione [19].

La formula adoperata dal primo comma dell'art. 29 Cost., del resto, non intendeva certo rendere la famiglia oggetto di uno *ius naturale* assoluto ed astratto dalla storia, pregiudicando così la valenza promozionale che su di essa dispiega l'art. 2 Cost. [20], quanto, piuttosto, proteggerla, al livello più alto dell'ordinamento, da ogni irragionevole intromissione statale e da discipline del matrimonio irrazionali e strumentali [21], come quelle che si erano avute, in Italia, con le leggi razziali, e in Germania con le leggi di Norimberga. La stessa direttiva costituzionale dell'eguaglianza tra i coniugi, del resto, è ormai largamente penetrata nella legislazione, e le residue eccezioni, come per il cognome della moglie, non ne intaccano la sostanza [22]. Si è, poi, registrata un'espansione di disposizioni che prevedono un intervento del giudice nella famiglia coniugale anche al di là dei confini di quest'ultima. Ad esempio, già prima della formale proclamazione dell'unicità dello stato di figlio, sancita con la riforma della filiazione del 2012, la l. 8 febbraio 2006, n. 54, sull'affidamento condiviso, aveva esteso ai figli di genitori non coniugati i provvedimenti individuati agli artt. 155 ss. c.c. per il caso della separazione dei coniugi; la l. 20 maggio 2016, n. 76, poi, ha applicato al nuovo istituto delle unioni civili vasti settori della legislazione matrimoniale, come quello dei rapporti patrimoniali e dei provvedimenti previsti in caso

---

[16] S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 61 s.

[17] BVerfG, 31 maggio 1978, in *NJW*, 1978, 2289.

[18] Così, rispettivamente, V. MANGOLDT e SÜSTERHENN, nella seduta dell'Ausschuss für Grundsatzfragen del 23 novembre 1948, in E. PIKART e W. WERNER (a cura di), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*, 5/II, Ausschuß für Grundsatzfragen, Boppard am Rhein, 1993, 643.

[19] M. BESSONE, *op. cit.*, 20 s.

[20] M. BESSONE, *op. ult. loc. cit.*

[21] P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 93.

[22] G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2015, 61 ss.



di scioglimento di matrimonio dalla l. 1° dicembre 1970, n. 898, contemplando altresì nelle relazioni tra persone dello stesso sesso pure lo strumento degli ordini di protezione di cui all'art. 342-*ter* c.c., che, peraltro, era stato in origine pensato dal legislatore in funzione della tutela non solo del coniuge, ma anche del convivente. Sempre la l. 76/2016, infine, ha incluso proprio il convivente, benché in modo incompleto, tra i soggetti destinatari delle prerogative che derivano dalla partecipazione all'impresa familiare, *ex* art. 230-*ter* c.c.

Oltre a ciò, negli ultimi anni si è assistito a un singolare moto di sviluppo del diritto di famiglia (e delle persone), giacché tra i consociati sono andate emergendo nuove situazioni di natura familiare che, non avendo trovato una pronta tutela presso il legislatore, a causa di difficoltà regolative o rappresentative [23], la hanno ricercata, e spesso ottenuta, presso le corti. In varie occasioni, infatti, la giurisprudenza – di merito, di legittimità, costituzionale ed europea attraverso la Cedu – è stata destinataria e garante di istanze di riconoscimento di diritti fondamentali che, altrimenti, avrebbero rischiato di restare sacrificati alla disattenzione o, più frequentemente, alla reticenza, anche ideologica, del legislatore. Il discorso sul rapporto tra diritto privato e giurisprudenza ora accennato porterebbe lontanissimo, coinvolgendo potenzialmente tutte le ramificazioni del primo e chiamando in causa il ruolo ed i limiti della funzione giurisdizionale. Possono però rapidamente ricordarsi alcune pronunce, che bene illustrano la grande portata del contributo delle corti all'innovazione del quadro giuridico.

Volendo accennare a una prima e sparsa ricognizione, gli esempi non mancano.

Si pensi, intanto, tra le decisioni della Suprema Corte, a quella sul matrimonio della persona transessuale [24], con cui (prima della l. 76/2016) si era stabilito che, in caso di mutamento di sesso di una persona coniugata, qualora entrambi i coniugi si fossero opposti all'automatico scioglimento del vincolo prefigurato dalla l. 898/1970, quest'ultimo sarebbe allora proseguito fino a quando il legislatore non avesse approvato una normativa in materia di unioni tra persone dello stesso sesso, sì da evitare ai coniugi di restare d'un tratto sforniti delle garanzie che assistono il regime matrimoniale. In questo modo, il matrimonio veniva quindi assoggettato a una condizione temporale risolutiva: si trattava, senza dubbio, di una soluzione singolare, ma la cui singolarità, invero, derivava dalla necessità di preservare il nucleo familiare degli interessati a fronte di un automatismo che era sì stato reputato illegittimo dalla Consulta, ma in forza di una sentenza che, ribadendo la tesi dell'avvenuta costituzionalizzazione, ad opera dell'art. 29 Cost., del requisito dell'eterosessualità dei coniugi, avrebbe reso altrimenti problematico disinnescare la norma illegittima nell'attesa dell'intervento del legislatore [25].

---

[23] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 60 s.

[24] Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Corr. giur.*, 2015, 1048, con nota di S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione "ancorché non più matrimoniale"*, su cui v. anche L. BOZZI, *Se il matrimonio è eterosessuale e il divorzio «imposto» è incostituzionale. La Cassazione alla ricerca di una (impossibile?) soluzione: il matrimonio «a tempo»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 520.

[25] Corte cost., 11 giugno 2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, 2674, con note di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del «divorzio imposto»: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, e di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*.



Un'altra celebre sentenza del Supremo Collegio è poi quella che ha ammesso la possibilità per il convivente (etero o omosessuale) di ricorrere all'adozione in casi particolari del figlio dell'altro convivente, intendendo qui la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, *ex* art. 44, primo comma, lett. *d*), l. 4 maggio 1983, n. 184, non solo come impossibilità di fatto, ma anche come impossibilità di diritto. Così facendo, la Corte ha offerto una declinazione "aggiornata" del diritto del minore a una famiglia, coerente col contesto costituzionale e convenzionale, che può essere seguita in tutti quei casi in cui tale opzione rappresenti la scelta migliore, nell'interesse dell'adottando, per il consolidarsi di un legame affettivo, tra questi e l'adottante, già caratterizzato da stabilità, continuatività e dall'adempimento, da parte del secondo, di doveri di accudimento, assistenza, cura ed educazione analoghi a quelli genitoriali [26].

Sempre in via pretoria, e pur nel silenzio della legge, si è altresì data effettività, anche nel nostro ordinamento, al diritto dell'adottato alla ricerca delle proprie origini là dove la madre naturale avesse chiesto di non essere nominata nell'atto di nascita. A tale risultato si è pervenuti, per un verso, grazie alla Consulta, che ha censurato l'art. 28, settimo comma, l. 184/1983, il quale di fatto rendeva irreversibile l'opzione materna in favore dell'anonimato [27], e, per altro verso, grazie alle Sezioni Unite, secondo cui, pur non avendo il legislatore ancora regolato le modalità di attuazione del diritto del figlio ad accertare la persistenza o meno della volontà della madre di mantenere il segreto, spetta nondimeno al giudice, nel frattempo, ricavare dal sistema le regole che, con le cautele necessarie a garantire la riservatezza della donna, consentano tuttavia al figlio l'esercizio di tale diritto, posto che la norma dichiarata illegittima non può comunque trovare più applicazione [28].

Infine, sulla scia delle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo [29], si segnalano diverse decisioni che hanno dato ingresso nel nostro sistema a *status* di filiazione legittimamente formatisi all'estero benché non previsti dal diritto interno. Il Tribunale per i minorenni di Firenze, ad esempio, ha dichiarato «riconosciuta ad ogni effetto» in Italia l'adozione di due minori pronunciata nel Regno Unito dalla Family Court di Kingston-upon-Hull in favore di due cittadini italiani uniti in una *civil partnership*, giacché non può essere negato ai figli dei ricorrenti il loro legittimo *status* a causa dell'orientamento sessuale dei genitori, sol perché tale orientamen-

---

[26] Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1135, su cui v., nella II parte, a p. 1213, G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016.*

[27] Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Fam. dir.*, 2014, 11, con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, su cui v. B. CHECCHINI, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 709, e S. TACCINI, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 405.

[28] Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Fam. dir.*, 2017, 740, con nota di P. DI MARZIO, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*.

[29] V., ad esempio, Corte eur. dir. Uomo, 26 giugno 2014, ric. 65192/11, *Mennesson c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1122, con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico).*



to avrebbe inibito a questi ultimi, in Italia, la possibilità di unirsi in matrimonio e dunque di accedere alla c.d. adozione piena. Le conseguenze di una simile preclusione, «ideologica e discriminatoria» [30], infatti, non possono andare a discapito dei minori coinvolti, che hanno invece un «diritto fondamentale alla conservazione dello *status* legittimamente acquisito all'estero»; si avrebbe, altrimenti, prosegue il decreto, una violazione del principio di eguaglianza, che esprime la pari dignità sociale di tutti i cittadini e vieta differenziazioni legislative basate su condizioni personali e sociali [31]. A sua volta, poi, la Corte di Appello di Trento ha del pari ritenuto efficace in Italia il provvedimento giudiziale straniero che attribuiva la co-genitorialità al compagno del padre biologico del minore nato da gestazione per altri a seguito di impianto nella gestante di un ovocita proveniente da una terza donatrice e fecondato con il seme del secondo. A tale esito, infatti, non osta la mera incompatibilità della norma straniera con la legislazione nazionale [32], in quanto il giudice non deve verificare la conformità col diritto italiano dell'atto di nascita i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, bensì deve accertare se esso contrasti o meno con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali enucleabili dalla Costituzione, dai Trattati dell'Unione europea e dalla Carta di Nizza e, ancora, dalla CEDU: e in questi termini si era già espressa, in particolare, pure la Suprema Corte, a proposito del riconoscimento (giudicato ammissibile) di un atto di nascita straniero relativo a un minore figlio di due donne che avevano deciso di intraprendere all'estero la gravidanza l'una fornendo il proprio ovocita, fecondato col gamete di un donatore esterno, e l'altra portando avanti la gestazione [33]. Tutte queste decisioni, come emerge chiaramente dalla loro lettura, traggono origine da una nuova interpretazione della clausola generale dell'ordine pubblico (internazionale) [34] – su cui è stata, invero, appena sollecitata la pronuncia delle Sezioni Unite [35] –, la quale ha finito per assumere, in luogo della tradizionale portata "esclusiva", una valenza "inclusiva": non solo, infatti, si è negato che ad infran-

---

[30] V. CALDERAI, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 994.

[31] Trib. Minorenni Firenze, 7 marzo 2017, in *Fam. dir.*, 2017, 559, con nota di S.P. PERRINO, *Brevi note sul riconoscimento di sentenza straniera di adozione in favore di coppia dello stesso sesso*.

[32] App. Trento, 23 febbraio 2017, in *Corr. giur.*, 2017, 935, con nota di G. FERRANDO, *Riconoscimento dello* status *di figlio: ordine pubblico e interesse del minore.* Una giurisprudenza consonante si ravvisa anche nell'ordinamento tedesco, su cui v. M. LÖHNIG, *Die Leihmutterschaft in der aktuellen Rechtsprechung*, in *NZFam*, 2017, 548 s., il quale rammenta altresì il condivisibile rilievo della Corte di Appello di Düsseldorf, secondo cui «die Prävention von Leihmutterschaften darf nicht auf dem Rücken der betroffenen Kinder ausgetragen werden».

[33] Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 181, con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis.

In tema, il Tribunale di Pisa, con un'ordinanza del 15 marzo 2018, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità del quadro normativo interno nella parte in cui non consente la formazione di un atto di nascita in cui siano riconosciute come genitori di un minore di nazionalità straniera nato in Italia due persone dello stesso sesso, quando la filiazione sia stabilita sulla base della legge applicabile ai sensi dell'art. 33 l. 31 maggio 1995, n. 218 (nel caso in parola, il figlio era nato in Italia da una cittadina americana sposata negli Stati Uniti con una cittadina italiana che aveva prestato il suo consenso al procedimento di fecondazione eterologa avvenuto in Danimarca).

[34] In tema, v. A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*, in *Giur. it.*, 2017, 2368 ss.

[35] L'ordinanza di rimessione è Cass., 22 febbraio 2018, n. 4382, in *DeJure*.



gere tale limite basti la mera non conformità al diritto italiano dell'atto di nascita o del provvedimento straniero, dovendosi piuttosto assumere come criterio di riferimento l'eventuale violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dalle Carte europee, ma si è anche erto al rango di ordine pubblico proprio quel principio di superiore interesse del minore che esige, tra l'altro, di assicurare la continuità transnazionale dello *status* di figlio che si sia validamente formato all'estero.

Come si vede, di fronte ai nuovi problemi del diritto di famiglia, le corti, senza venire meno al presupposto della divisione dei poteri o alla funzione stessa della giurisdizione, bensì attingendo ai gradi più alti della gerarchia delle fonti, interne e sovranazionali, hanno saputo scongiurare quei vuoti di tutela dei diritti fondamentali che l'inadeguatezza del tessuto normativo e l'inerzia del legislatore rischiavano altrimenti di determinare. Ciò è avvenuto, peraltro, anche nell'ambito del diritto delle persone [36], se solo si pensa ai principi sviluppati dalla Suprema Corte in materia di autodeterminazione terapeutica [37], che hanno poi ispirato la recente disciplina delle direttive anticipate di trattamento, ove la nutrizione e l'idratazione artificiali sono state, non a caso, ricomprese tra i trattamenti sanitari suscettibili di essere rifiutati dal paziente [38].

In tutte queste occasioni, insomma, la mancanza o l'inidoneità della regola chiamata a risolvere il singolo caso ha indotto il giudice ad azionare, di volta in volta, quelle leve che preservano l'effettività delle garanzie proprie dello stato costituzionale di diritto, ossia il controllo di legittimità ad opera della Consulta, l'applicazione diretta del precetto costituzionale, in special modo in presenza di una lacuna legislativa, e la preferenza per la ricostruzione ermeneutica più coerente con la dimensione assiologica del sistema, mercé l'adozione di un metodo che assume la salvaguardia dei diritti inviolabili come criterio ispiratore e valvola di chiusura di ogni procedimento interpretativo. Come ha osservato Stefano Rodotà, infatti, per un verso, al giudice non è consentito il *non liquet*, e ciò incoraggia l'inoltro alle corti di nuove domande sociali, alle quali egli non può rifiutarsi di dare una risposta, ogni qual volta sia rinvenibile una base legale per elaborarla, giacché, diversamente, il «blocco della politica» (ovvero, l'inazione del legislatore) sconfinerebbe anche nel «blocco della democrazia» [39]; per altro verso, poi, il giudice, nell'esercizio del proprio ruolo, è soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), e dunque alla Costituzione [40], e ciò gli conferisce un potere di difesa dei diritti delle persone per certi aspetti persino più efficace di quello del legislatore, il cui ruolo istituzionale lo vincola spesso a logiche di tipo maggioritario e rappresentativo che non necessariamente preludono al compimento delle scelte più adeguate a garantire i diritti di tutti. Del resto, della scollatura che

---

[36] G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 370.

[37] Si allude, chiaramente, a Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83, con nota di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cura e incapacità*.

[38] Art. 1, quinto comma, l. 22 dicembre 2017, n. 219. In generale, per un primo commento alla nuova normativa, v. P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 247.

[39] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 60 s.

[40] S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 64 s.



può esservi tra questo orizzonte e i tempi e le priorità di un organo di rappresentanza politica è piuttosto indicativa la circostanza che solo nel 2016 – dopo ripetuti solleciti della Consulta e della Corte europea dei diritti dell'Uomo – sia stata approvata, con notevolissimo ritardo sul resto d'Europa e del mondo occidentale, una legge in materia di unioni tra persone dello stesso sesso, e per di più al termine di una discussione parlamentare tutt'altro che serena e condivisa [41].

Orbene, se la giurisprudenza ha non di rado mostrato una preziosa attitudine a promuovere l'evoluzione dell'ordinamento in un senso particolarmente attento alle basi personalistiche del medesimo, ciò non mette, tuttavia, in ombra la fisiologica importanza che continua (e continuerà) ad avere lo strumento legislativo. Infatti, al di là del banale rilievo per cui non ogni orientamento giurisprudenziale è sempre foriero della soluzione migliore, la legge, per sua natura, può intanto assicurare uniformità alla pratica giuridica, finanche a quella talora anticipata dal "diritto vivente" nelle aule di giustizia [42], assecondando così la certezza delle regole ed evitando di dover ricorrere al giudice per ogni caso controverso [43], il che dà luogo a condizioni sistematiche tutt'altro che disprezzabili, ove abbinate all'affermazione della giustizia insita nei diritti fondamentali; al contempo, poi, e in presenza di interpretazioni discordanti tra le corti [44], o addirittura di interpretazioni che appunto muovono da postulati errati e pervengono a conclusioni scarsamente persuasive, la legge può, invece, ove il legislatore ne abbia coscienza, fugare le incertezze ermeneutiche e far prevalere migliori argomenti, prendendo partito a favore della soluzione più funzionale alla difesa dei diritti fondamentali, ed eventualmente arricchendola con quelle regole di tipo tecnico che consentono di rendere più efficace e sicuro il loro esercizio.

Di nuovo, insomma, l'intervento pubblico nella famiglia – intesa come insieme di realtà familiari diverse, tutelate, in quanto formazioni sociali, anzitutto dall'art. 2 Cost. (e non solo

---

[41] A tacer del fatto, poi, che il modello regolativo prescelto dal legislatore italiano – quello appunto delle unioni civili – è stato nel frattempo ormai superato in numerosi ordinamenti, ove si è invece, giustamente, provveduto ad aprire il matrimonio anche alle coppie omosessuali, talvolta proprio grazie alla spinta decisiva della giurisprudenza, come in Austria, con la pronuncia del Verfassungsgerichtshof del 4 dicembre 2017 (G 258-259/2017-9), consultabile sul portale Internet della Corte *www.vfgh.gv.at*.

[42] L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 447.

[43] S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2010, 103.

[44] Per restare ad esempi già citati, si pensi agli indirizzi contrastanti insorti nella giurisprudenza di merito sia a proposito del diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini in caso di parto anonimo della madre naturale, diritto reso azionabile da talune corti e non da altre, sia a proposito della possibilità per uno dei conviventi di adottare il figlio dell'altro, ai sensi dell'art. 44, primo comma, lett. *d*), l. 184/1983. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, poi, è da sottolineare che i dissensi tra le corti (v. Trib. Minorenni Milano, 17 ottobre 2016 e 20 ottobre 2016, in un senso, e, nell'altro, App. Milano, 9 febbraio 2017, tutte in *Fam. dir.*, 2017, 983 ss., con nota di E. BILOTTI, *L'adozione del figlio del convivente. A Milano prosegue il confronto tra i giudici di merito*) non si sono placati nemmeno a seguito del pronunciamento, pur favorevole e meditato, della Corte di Cassazione, avendo il legislatore tenuto sul punto una posizione ambigua: infatti, poiché in occasione della legge sulle unioni civili non vi era un sufficiente consenso tra le forze di maggioranza per modificare (come inizialmente prospettato) il primo comma dell'art. 44, l. 184/1983 (sì da affiancare, alla lett. *b*, al «coniuge» anche la «parte dell'unione civile»), si è allora ripiegato su un escamotage di compromesso, che, al ventesimo comma dell'art. 1, l. 76/2016, ha, per un verso, escluso l'applicazione della l. 184/1983 alle parti unite civilmente, e, per altro verso, fatto nondimeno salvo «quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».



all'interno del più ristretto perimetro dell'art. 29) – continua ad essere un tema insuscettibile di destare un giudizio positivo o negativo di per sé, a prescindere, cioè, dai criteri che detto intervento ispirano: sicché, proprio la selezione di questi criteri rappresenta un passaggio cruciale per l'interprete, sia al fine di individuare quali dovrebbero essere le linee di politica del diritto per la famiglia, sia per valutare la consistenza e la coerenza delle specifiche regole nelle quali l'attività legislativa si traduce.

I criteri in parola, evidentemente, non possono allora che trarsi dalle direttive costituzionali, con il monito, però, che la lettura di queste ultime non può essere scissa dalla realtà sociale (e finanche tecnologica, se si pensa alle moderne tecniche di riproduzione assistita) entro la quale si andranno a calare, onde coglierne il più vivo significato ed improntarvi il conseguente adeguamento della sfera normativa.

Questa consapevolezza, invero, non sempre è stata tenuta presente nella dialettica interna al nostro sistema. Lo dimostra bene, in particolare, quell'interpretazione dell'art. 29 Cost. avallata dalla Consulta che, ricostruendo il contenuto di tale previsione alla luce del paradigma civilistico del matrimonio vigente all'epoca in cui la Carta è stata scritta, ammanta di copertura costituzionale il requisito della diversità di sesso dei coniugi, trascurando con ciò, da un lato, l'inversione metodologica nell'analisi delle fonti a cui un simile ragionamento conduce [45], e, da un altro lato, l'incoerenza insita nello stesso, posto che, se portata alle estreme conseguenze, tale argomentazione dovrebbe allora indurre a ritenere illegittima perfino la disciplina del divorzio, stante il principio di indissolubilità del vincolo che caratterizzava il matrimonio civile conosciuto dal legislatore costituente [46].

Al contrario, in altri ordinamenti vi è stata maggiore attenzione a questo aspetto. Un esempio recente è offerto da una pronuncia molto importante della Corte costituzionale tedesca, la quale ha affermato il diritto delle persone intersessuali ad avere sui registri di stato civile una terza opzione – oltre all'alternativa *männlich/weiblich* – sotto la quale registrarsi, sì da ottenere in questo modo un pieno riconoscimento (anche) della loro identità sessuale, posto che, fino ad oggi, alle persone che non erano associabili in modo univoco né al sesso maschile né a quello femminile, il § 22, terzo comma, PStG consentiva soltanto di lasciare in bianco la voce del registro delle nascite relativa al *Geschlecht*. Orbene, tra i vari passaggi della decisione, ve ne è uno di notevole rilievo ai fini del nostro discorso, nel quale il Bundesverfassungsgericht precisa che l'attuale mancanza di una *positive Eintragung* per le persone intersessuali lede il divieto di discriminazione per ragioni legate al sesso, stabilito al terzo comma dell'art. 3 GG, il quale deve infatti ritenersi valido pure per coloro che non appartengono né al genere maschile né a quello femminile, sebbene il *Verfassungsgeber* del 1949 difficilmente potesse presagire un simile mutamento nella tenuta dei registri di stato civile, posto che le ragioni di tale ampliamento del

[45] S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, cit., 104.

[46] Mentre, come ricordato in precedenza, è proprio la previsione di ipotesi legali di scioglimento del matrimonio ad attribuire al vincolo discendente dall'istituto una fisionomia rispettosa dell'art. 2 Cost.; M. BESSONE, *op. cit.*, 31.



*Diskriminierungsschutz* sono maturate solo molto tempo dopo, con l'acquisizione di nuove conoscenze e la manifestazione di inedite rivendicazioni legate alla complessità dell'identità sessuale [47].

Chiarita l'esigenza di non tradire la naturale dimensione diacronica del diritto, è possibile adesso tracciare una prima, essenziale, conclusione circa i valori-guida che l'interprete, i giudici e il legislatore debbono ricercare e proteggere nella trama del diritto di famiglia. Pur in una diversità di contesti e di questioni, i parametri adesso evocati possono ancora oggi essere rinvenuti in quelli che, a suo tempo, aveva già individuato Enzo Roppo onde dirimere il problema degli «interventi pubblici» nella famiglia: autonomia, libertà e tutela della personalità dei singoli, in quanto partecipi di esperienze familiari, continuano infatti ad esprimere i principi più sicuri onde trarvi le risposte alle istanze di tutela e di giuridicità che si affacciano nella vita sociale [48], consentendo di fondare sulla loro combinazione una «regola di compatibilità» tra modelli familiari diversi, e non una «regola di supremazia» di uno di essi, la quale legittimerebbe inesorabilmente discriminazioni irragionevoli a danno degli altri [49]. Restano, invece, ora come allora, da rifuggire quelle soluzioni normative ed ermeneutiche che dovessero meramente poggiare su astratte petizioni di principio, spesso buone solo a dissimulare sentimenti di «disgust and contamination», come ha puntualmente osservato una filosofa americana [50], oppure su una elaborazione del significato costituzionale degli istituti giuridici della famiglia ancorata esclusivamente alla fisionomia che questi avevano al tempo e nella società del legislatore costituente, come se non dovessero essere gli strumenti del diritto ad adeguarsi alle trasformazioni che, via via, richiede la tutela dei diritti delle persone bensì il contrario.

---

[47] BVerfG, 10 ottobre 2017, in *FamRZ*, 2017, 2046, con nota di T. HELMS. Con riferimento al punto citato nel testo, si legge nella pronuncia (Rn. 61): «Dass dem Verfassungsgeber 1949 bei der Formulierung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kaum Menschen weiteren Geschlechts vor Augen gestanden haben dürften, hindert die Verfassungsinterpretation nicht daran, diese Menschen angesichts des heutigen Wissens um weitere geschlechtliche Identitäten in den Diskriminierungsschutz einzubeziehen».

[48] E. ROPPO, *op. cit.*, 304.

[49] Per questo approccio, proposto in via generale per i temi di bioetica, v. S. RODOTÀ, *Modelli culturali e orizzonti della bioetica*, in *Questioni di bioetica*, a cura di S. RODOTÀ, Roma-Bari, 1993, 430.

[50] M. NUSSBAUM, *A Right to Marry?*, in *California Law Review*, 2010, 683 s.

JUS CIVILE



*MARCO MARTINO*

*Professore associato di Diritto privato – Università di Bologna*

# UNA DIGRESSIONE SUL LINGUAGGIO MANUALISTICA E TRATTATI: LA SCELTA PER LA CHIAREZZA*

SOMMARIO: *1. La «scelta» per la chiarezza: un doveroso caveat. − 2. Un τόπος retorico. − 3. Un τόπος giuridico (tra moderno e postmoderno). − 4. La chiarezza nel contesto metodologico della Scuola civilistica genovese. − 5. La chiarezza nel contesto metodologico dell'opera di Vincenzo Roppo.*

**1.** − Concepire e sviluppare una "digressione" sulla chiarezza del linguaggio di un Maestro del quale, a più riprese nella giornata odierna, sono stati rimarcati il nitore, la perspicuità, l'essenzialità e la limpidezza dello stile, espone ineluttabilmente al rischio di tradire proprio questi caratteri. Siffatto – inutile – tentativo di illustrare ciò che è già evidente potrebbe inoltre assumere connotati spiacevoli, ove finisse per avventurarsi nella disamina di ciò che risponde in definitiva alla personalità dello studioso e al modo, in fondo, con il quale egli intende insindacabilmente consegnare il frutto delle sue ricerche, con lo scrivere e il parlare.

Fortunatamente, l'intuizione del Prof. Alberto Maria Benedetti, nell'assegnare il titolo di questo intervento, ha posto il tema nella prospettiva di una "scelta" (per l'appunto: la «scelta per la chiarezza»), consentendo di dedicare la predetta digressione non tanto all'esporre il risultato in sé, quanto piuttosto le ragioni che ne hanno animato il perseguimento; il tutto avendo cura di tradurre l'indagine su un piano il più possibile obiettivo e di calarla, per quanto possibile, nel contesto in cui l'attività di ricerca e quella di insegnamento del Prof. Roppo si sono collocate, raccogliendo una tradizione – quella della Scuola civilistica genovese – già saldamente orientata in quella direzione.

**2.** − La chiarezza del linguaggio (e la perspicuità del ragionamento che in esso si esprime) non è certo un *τόπος* che possa dirsi appannaggio esclusivo dei giuristi; lo si rinviene in tutta la grande tradizione, antica e moderna, dell'*ars oratoria* e dell'eloquenza; la chiarezza è, per certi versi, la qualità che accomuna, nell'additare i requisiti desiderabili del dire, i maestri di retorica, i grandi autori di apoftegmi, i moralisti francesi e d'oltremanica: tutti, inevitabilmente, protesi a

* Lo scritto riproduce, con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno *Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo*.



considerare il parlar chiaro – e, dunque, il parlar bene – come proprio dell'uomo savio ed elegante, animato da una *φρόνησις* che sa, in ogni cosa, cogliere ed esprimere il giusto mezzo, l'aristotelico "*μεσότης*" [1]. Beninteso, non si tratta unicamente di stile, ma ancor prima di organizzazione del discorso: non solo la chiarezza della frase, ma ancor prima la chiarezza dell'*inventio* e della *dispositio* della materia trattata.

Gli esempi si sprecano, e si collocano su tutti i piani prima sfiorati: cosa dire (quali questioni affrontare) e come dirlo (con quale disposizione, con quale grado di analiticità e con quale linguaggio).

È a Lord Chesterfield che si deve la felice puntualizzazione per cui la mente forte vede le cose nella loro esatta proporzione, a differenza di quella debole che le immagina dietro una lente di ingrandimento che, come fa della mosca un elefante, ingrandisce gli oggetti minuscoli ma non riesce a vedere quelli grandi. Che la vera eloquenza consista nel dire «il necessario e soltanto il necessario» è precetto che – pur affondando le radici nel radicalismo evangelico del «sì, sì, no no» (Mt., 5.37) – è formulato anche dal caustico La Rochefoucauld. Per Cicerone e per Quintiliano, infine, il difetto più grande dell'oratore è quello di indietreggiare dinanzi al linguaggio ordinario e dinanzi alle idee generalmente accettate: l'oratore deve persuadere, e ciò può fare unicamente assicurandosi che il destinatario delle sue argomentazioni non sia tenuto lontano dall'argomentazione a causa di un linguaggio astruso e impenetrabile. Dunque chiarezza è sintesi ordinata, assenza del superfluo, predilezione per un linguaggio piano.

**3.** − Orbene, passando dal piano generalissimo dell'oratoria a quello più specifico del diritto e delle scienze giuridiche, il *τόπος* della chiarezza ha almeno due declinazioni: una che potremmo dire più ingenua, quantunque protesa a occuparsi dell'essenza del diritto quale diritto "giusto"; l'altra sicuramente dotata di un maggior grado di caratterizzazione storico-positiva e, pertanto, senz'altro più interessante nel contesto di una "digressione" minimamente approfondita sulla chiarezza del dire di un giurista.

Giusta la prima, il "chiaro/scuro" del diritto segna la differenza tra il giusto e l'ingiusto del diritto.

Un diritto copioso e oscuro non può essere giusto o, comunque, non risponde al suo scopo. La mancanza di chiarezza è l'antitesi del diritto: impedendo il *suum cuique tribuere* – perché non è possibile sciogliere il precetto nella sua portata ultima – ne corrompe l'essenza. Che siano le tavole della legge ad essere appese dal tiranno Dionigi troppo in alto per essere lette, una volta finalmente concesse ai cittadini, o che siano le disposizioni (o la loro interpretazione) ad essere in sé

[1] Ma acuto paradosso descrive Adorno, *Minima moralia*, § 64 (*Morale e stile*):«l'espressione generica consente all'ascoltatore d'intendere a un dipresso quel che preferisce e che pensa già per conto suo. L'espressione rigorosa strappa un'accezione univoca, impone lo sforzo del concetto (*die Anstrengung des Begriffs*) a cui gli uomini vengono espressamente disabituati, e richiede da loro, prima di ogni contenuto, una sospensione dei giudizi correnti, e quindi il coraggio di isolarsi, a cui resistono accanitamente».



troppe, oscure e incomprensibili, il risultato non cambierà: si dovrà dire *non est lex, sed legis corruptio*. Memore di questa tradizione di sfiducia, Flaubert, nel suo *Dizionario dei luoghi comuni*, accomunerà il *Diritto* al *chiaroscuro* in una definizione lapidaria: «*nessuna sa che cosa sia*».

Giusta la seconda, e calato subito il tema della chiarezza del diritto nel contesto della modernità, è una precisa prospettiva filosofica e istituzionale che anima l'esigenza di realizzare, nella legge scritta e, in particolare, nella sua codificazione razionale, un diritto chiaro, conoscibile, solido nel tempo e in grado di resistere alla sua indebita manipolazione [2].

Un diritto da edificarsi a costo di gettare via le precedenti leggi per farsene di nuove, secondo la notissima professione di fede costruttivista voltaireiana; al contempo, un diritto – chiaro – nel quale si riflettono i diversi ruoli degli attori del *legal process* (legislatore, giudici, dotti) che vengono inevitabilmente ridisegnati dal vero perno della modernità, vale a dire l'appropriazione esclusiva della legittimazione alla produzione normativa, ad opera della statualizzazione del diritto privato (*rex facit legem*). La chiarezza, divenuta una qualità intrinseca della legge, quale espressione di una razionalità di Stato (tanto da far considerare inutile, in un certo momento storico, che essa si doti di "*preambula*", non avendo la volontà legislativa necessità di convincere, ma solo di imporsi [3)], astringe a sé l'attività dell'interprete, nel vincolo di rispetto del perimetro interpretativo che essa, in maniera esclusiva, pretende di creare: chiaro e completo, il testo legislativo non necessita che di applicazione, altrettanto chiara e priva di inutili orpelli. In questa singolare e fortunatamente delimitata parentesi storica, in cui si consuma tuttavia una ridefinizione – almeno negli intenti – dell'intero operare dell'esperienza giuridica, l'applicazione della legge è «un apparecchio automatico», non meccanico, ma logico [4].

È tuttavia ormai un'ovvietà segnalare come a fronte della declamazione e della fede esegetica, le cose siano andate diversamente, e quanta parte abbiano avuto la prassi giurisprudenziale e l'elaborazione dogmatica nell'illuminare le oscurità legislative, nel colmarne le insufficienze linguistiche, nel porre rimedio alle opacità retrospettive o prospettive, ovvero, più ordinariamente, nell'adeguare il linguaggio legislativo – ora a maglie strette, ora a maglie larghe – alle mutevoli esigenze dei destinatari delle norme [5]. Si tratta, può dirsi, dell'ordinaria amministrazione di un sistema giuridico, in cui per quanto la chiarezza sia proclamata, essa rimane pur sempre un obiettivo da conquistare.

Di tutt'altra sostanza si mostra, invece, la "chiarezza del diritto" nella contemporaneità postmoderna dell'esperienza giuridica.

---

[2] Numerosi esempi di un consimile afflato sono compendiati, ad esempio, in Bonini, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, Bologna, 1988.

[3] Su cui v. M. T. Fögen, *Il canto della legge*, Napoli, 2012.

[4] «*kein mechanischer, sondern ein logischer Automatismus ist*»: Bockelmann, *Richter und Gesetz*, in *Rechtsprobleme in Staat und Kirche*, Göttingen, *Festschrift für Smend*, 1952, p. 26.

[5] Un affresco di ampie vedute in Alpa, *Trattato di diritto civile*, I, *Storia, fonti, interpretazione*, Milano, 2000, p. 15 ss., ove ampiezza di riferimenti. Un'efficace descrizione della *École de l'Exégèse*, capace di coglierne le sfaccettature al di là delle affermazioni di principio, è in Gambaro, Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da Sacco, Torino, 2002, p. 310 ss.



Il tramonto della coerenza e della calcolabilità del diritto, come fattore derivato dall'incedere della complessità (e della Tecnica, per calarsi in un noto modello filosofico ormai ben noto ai giuristi), da un lato, e dalla perdita di paradigmi forti (in senso proprio "epistemici"), dall'altro, comporta necessariamente uno spostamento di prospettiva.

È persa l'idea per cui la chiarezza sarebbe espressione di una ritrovata razionalità adombrata del legislatore [6]; persa l'idea per cui il legislatore avrebbe offerto all'interprete un prodotto imperfetto dietro il quale si nasconde, tuttavia, una perfezione da disvelare grazie all'adozione di corretti metodi interpretativi.

La chiarezza diviene piuttosto la fruibilità e la controllabilità della motivazione che conduce alla formulazione della regola concreta ed è, in primo luogo, capacità di autoriflessione dell'interprete, nel suo essere ontologicamente, prima che metodologicamente, "inquinato" dalla precomprensione. La chiarezza non è più nell'oggetto (la legge), ma nel governare senza zone d'ombra il procedimento argomentativo e motivazionale che, in un contesto semantico, concettuale e assiologico comune – frutto del sedimentarsi di un'esperienza pregressa e non individuale, ma "di sistema" – muovendo dalla legge, conduce alla concretizzazione della regola.

Questo procedimento muove dai problemi e torna ai problemi. È, per ciò, necessariamente proteso alla chiarezza e all'essenzialità, quantunque richieda, nel suo dispiegarsi, di governare (e, se del caso, di abbandonare) faticosamente le sovrastrutture concettuali che, fino a quel momento, hanno consentito ai problemi di essere efficacemente condivisi e risolti in un medesimo "luogo" ordinamentale. Si tratta di una chiarezza che coinvolge tutti e tre i piani già segnalati – cosa dire, come organizzare il discorso, come dire – e che è conquistata a caro prezzo: *perspicuitas in verbis praecipuam habet proprietatem; sed proprietas ipsa non simpliciter accipitur*; è questo passo di Quintiliano che si legge in apertura del volume di Luigi Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, del 1996, in cui sono declinate fino in fondo, con insuperata maestria, le caratteristiche del necessario connubio – non già della acritica contrapposizione – tra ermeneutica e dogmatica, additando come orizzonte da riscoprire proprio quello – per definizione problematizzante – della topica giuridica (tratta ormai dalle secche di una retorica sclerotizzante).

**4.** − Tanto osservato, la scelta per la chiarezza è allora una scelta *metodologica* per la chiarezza: non già un'esigenza di mera stilistica, ma l'espressione più consapevole della necessità, nel contesto istituzionale postmoderno, in cui la complessità sociale divora il diritto, suo figlio prediletto, di muovere – in maniera sorvegliata e consapevole, non iconoclasta e nemmeno archeologica – dai problemi, per ritornare ai problemi [7].

---

[6] Cfr. per la c.d. teoria ermeneutica "oggettiva" Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschat*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, trad. it. *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, p. p. 38 ss.

[7] Roppo, *Presentazione*, nel *Trattato dei contratti*, Milano, 2006, p. VIII s.: «punto di partenza sono i problemi; punto di arrivo la soluzione di problemi» (citato da A.M. Benedetti, *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in questa *Rivista*, 2017, I, p. 30, nt. 74).



La carica innovativa di una scuola e del suo "programma scientifico" può allora misurarsi anche in ragione di come essa si pone rispetto alla scelta predetta: una reale propensione "propulsiva", a non accontentarsi delle precedenti chiavi di lettura ormai percepite come insufficienti, può portare alternativamente alla formulazione di un linguaggio "esoterico", che cementi e identifichi gli appartenenti alla scuola – ma con il rischio di confinare *extra collegium* chi non sia aduso ai neologismi coniati – ovvero all'uso, scientemente perseguito, di un'asciutta stilistica, che consenta la massima diffusione, condivisione e – auspicabilmente – recezione dei risultati, anche di quelli più critici ed eterodossi. Il linguaggio chiaro e ordinario può favorire l'accordo sulle idee; e del pari una deliberata organizzazione della materia secondo canoni accettati rende più semplice detto accordo [8].

Orbene, un recente contributo, apparso su questa rivista [9], ha tratteggiato proprio il binomio di cui si è detto nel contesto della civilistica genovese facente capo a Stefano Rodotà, a Guido Alpa, a Mario Bessone e a Pietro Trimarchi: da un lato, la carica progressista e critica nell'analisi del diritto privato, all'insegna «di una sensibilità non solo interdisciplinare, ma culturale nel senso più ampio del termine» e dell'apertura a nuove tecniche di indagine (su tutte, la comparazione e l'analisi economica del diritto); dall'altro lato, l'attenzione a non perdere «*la bussola del diritto civile*», vale a dire la propensione a inscrivere i risultati di quell'approccio in un contesto condiviso e comprensibile, nel quale il dialogo con le altre scienze sociali e la vocazione critica potessero trovare pur sempre un immediato precipitato per sondare i risultati conseguiti.

Non è un caso, dunque, che la produzione scientifica che fa capo a quella scuola abbia conosciuto, accanto ai contributi monografici più propensi ad esaminare territori di frontiera e a lavori collettanei animati da idee di fondo protese a registrare le nuove stagioni della disciplina, anche una mole impressionante di note a sentenza – nelle quali, come è noto, la chiarezza e l'asciuttezza devono obbligatoriamente presiedere alla decostruzione della decisione e alla sua analisi anche "tra le righe" della motivazione – e una costante attenzione per la manualistica, saldamente ancorata a un'impostazione rigorosa e tradizionale della materia offerta agli studenti e sempre protesa a rendere il ragionamento «comprensibile (e verificabile) a chiunque vi si accosti» [10].

**5.** − Venendo alla produzione scientifica del Prof. Roppo, sono sufficienti pochi esempi per comprovare quanto detto.

La monografia dedicata al Contratto è, sin dall'edizione del 1977, caratterizzata per un ap-

---

[8] Così Perelman, Olbrechts-Tyteca, Paris, 1958, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, trad. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2001, *passim* e in particolare p. 71 ss.

[9] Benedetti, *Antichi e moderni a confronto*, cit., 18 ss.

[10] Benedetti, *op. cit.*, p. 30.



proccio – anche grafico, senza note a piè di pagina – che mira dichiaratamente a rendere agevole al lettore al contempo una visione d'insieme della materia e una sua disamina critica: l'analisi è funzionale alla sintesi (non v'è possibilità intellettuale di *compositio* se non preceduta da *resolutio*), ma è la sintesi cui si deve mirare, quale compimento dell'attività scientifica e divulgativa. Che non si tratti di una sovrimposizione di categorie classiche (finanche scolastiche), da parte di chi scrive, al *modus procedendi* dell'Autore, si crede di poterlo affermare, per esempio, giusta quanto emerge nelle edizioni del 2001 e del 2011: l'Autore conserva alla materia una indubbia organicità, ma si prodiga nell'illustrare i nessi profondi che disvelano la vitalità dell'Istituto, la sua irriducibilità a corpo disteso sul tavolo anatomico. In particolare, la trattazione del tema del «*regolamento contrattuale*» (Cap. XIV) mira «*a portare a sintesi una serie di elementi che il linguaggio legislativo distingue, ma che per essere colti nel loro pieno significato esigono la consapevolezza dei nessi reciproci*»; lo sforzo diviene quello di «*definire singolarmente, e reciprocamente differenziare*», per arrivare a cogliere, del contratto «*la sua essenza*».

Prospettiva, questa, sicuramente non riducibile alla specifica materia segnalata, e che pare possibile ritenere adottata come chiave di lettura sia dell'intera disciplina privatistica, sia di sue partizioni nelle quali sarebbe facile optare per ricostruzioni sistematizzanti o archeologizzanti. Esempio del primo caso è la Prefazione al *Diritto privato* (2010), ove si giustifica l'abbandono del riferimento, nel titolo, alle *Istituzioni* (presente sin dall'edizione del 1994) con la volontà di «*eliminare quella che è pur sempre una sovrastruttura concettuale, per afferrare direttamente la materia e portarla in primo piano nella sua essenzialità, vorrei dire nella sua nudità*». Esempio del secondo, l'asciutta voce *Responsabilità patrimoniale*, nella *Enciclopedia del diritto* (1988), in cui la completezza della trattazione si accompagna, pur nel contesto ordinante dei concetti tradizionali, al nitore della descrizione dei problemi (dai più antichi ai più attuali) e all'essenzialità dell'apparato critico.

Certo, se in tutto ciò si è correttamente scorta la cifra della «scelta per la chiarezza», in una chiave di lettura non intimistica – e, dunque, da conservare intatta rispetto a irriverenti analisi – ma propria di un programma scientifico e culturale, peraltro non isolato ma "di scuola", solo il Maestro che onoriamo potrebbe dirlo.

Quel che è certo è che – si torna a dirlo – una diversa e pur possibile impostazione della digressione sul linguaggio del Prof. Roppo, celebrativa dello stile che tutti gli riconoscono, non sarebbe stata opportuna e, si crede, gradita (soprattutto in sua presenza): è convinzione di chi scrive che, Lui per primo, la avrebbe stigmatizzata.