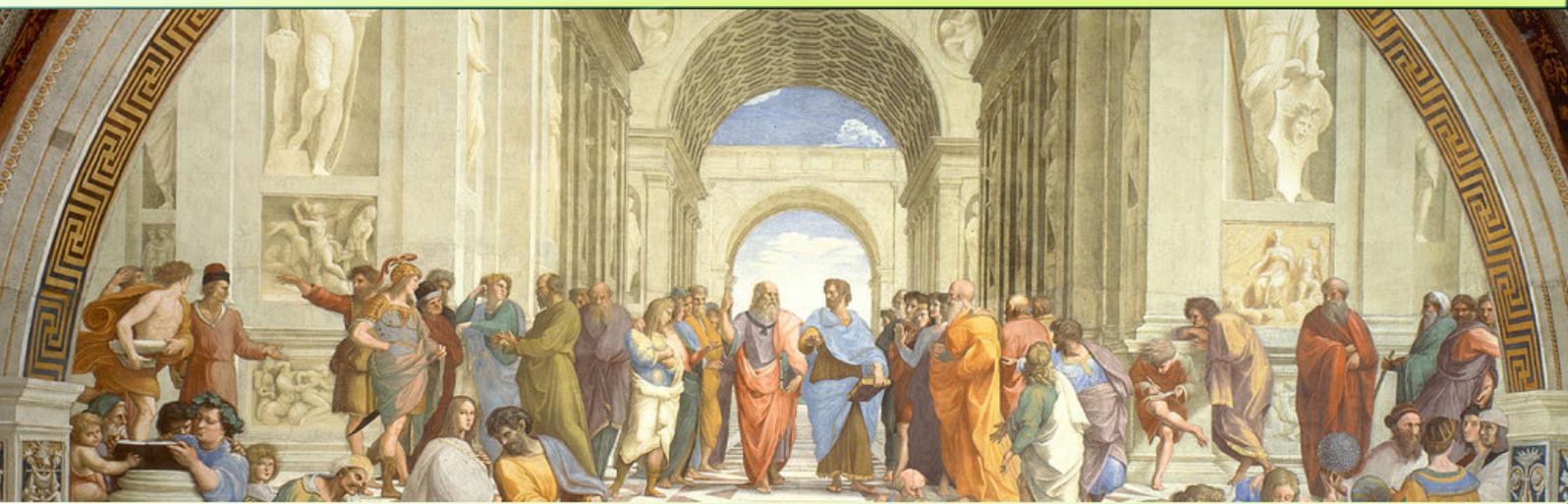


# JUS CIVILE

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



**2-2019**

*marzo-aprile*



**G. Giappichelli Editore**

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Articoli e Saggi</b>	
Il regime successorio del coniuge e del convivente di fatto nel diritto brasiliano *	
di <i>Elena de Carvalho Gomes</i>	81
Mora e contratto di mutuo: controllo di usurarietà e conseguenze civilistiche *	
di <i>Ruggero Pupo</i>	103
Il diritto di recesso nella regolazione AGCOM *	
di <i>Andrea Sardini</i>	125
How to work with the german Constitution. A contribution towards greater methodical honesty in the dispute between the two senates of the Federal Constitutional Court *	
di <i>Thomas M.J. Möllers</i>	152
<b>Giurisprudenza italiana</b>	
Sulla pretesa irrealizzabilità di effetti traslativi mediante l'atto unilaterale soggetto a rifiuto <i>ex art. 1333 c.c.</i>	
<i>Cass. civ., Sez. II, 18 giugno 2018, n. 15997 *</i>	
di <i>Francesca Bertelli</i>	185

---

\* Contributo sottoposto a revisione.



*ELENA DE CARVALHO GOMES*

*Professore associato di diritto civile – Università Federale del Minas Gerais (Belo Horizonte, Brasile)*

## **IL REGIME SUCCESSORIO DEL CONIUGE E DEL CONVIVENTE DI FATTO NEL DIRITTO BRASILIANO \***

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il regime successorio del coniuge superstite: la strada verso l'ampliamento dei suoi diritti.* – 3. *La successione intestata del coniuge superstite alla luce del cod. civ. del 2002.* – 4. *Profilo storico della convivenza di fatto nel diritto brasiliano.* – 5. *Il regime successorio del convivente di fatto nel cod. civ. del 2002.* – 6. *Osservazioni conclusive.*

1. – In dottrina<sup>1</sup>, si è registrato come, sebbene non siano emerse di recente nuove giustificazioni fondamentali per la successione legittima, quelle prospettate in passato siano comunque state reinterpretate, come è accaduto per l'idea della presunta intenzione del defunto, per quella dei doveri del *de cuius* verso i suoi familiari sopravvissuti, e per gli argomenti di politica pubblica<sup>2</sup>. Ciò ha portato a cambiamenti più o meno significativi in numerosi ordinamenti giuridici, essendo possibile individuare alcune tendenze.

Una prima tendenza concerne il miglioramento della posizione del coniuge superstite

---

\* Scritto destinato all'Opera collettanea *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, *Esperienze straniere*, in preparazione per la *Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona*.

L'Autrice ringrazia Andrea Chiuchiarelli e Mauro Tesaro per le correzioni e i suggerimenti linguistici.

\* Scritto destinato all'Opera collettanea *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, II, *Esperienze straniere*, in preparazione per la *Collana del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona*.

L'Autrice ringrazia Andrea Chiuchiarelli e Mauro Tesaro per le correzioni e i suggerimenti linguistici.

<sup>1</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective*, in *Intestate Succession*, a cura di K. G C Reid, M. de Waal, R. Zimmermann, Oxford University Press, 2015, p. 490 ss.

<sup>2</sup> Per un esame più approfondito di queste per così dire “classiche” giustificazioni fondamentali per la successione legittima, cfr. K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 447 ss.

# JUS CIVILE



rispetto a quelle degli altri successibili. Infatti, se all'inizio del Novecento la posizione del coniuge risultava debole e precaria – basti pensare alle previsioni del *Code civil* del 1804<sup>3</sup> al riguardo –, all'inizio del ventunesimo secolo essa è divenuta decisamente privilegiata, passando il coniuge ad essere considerato addirittura “*the most favoured of all the relatives*”<sup>4</sup>.

La visione contemporanea del matrimonio, inteso oggi come un'istituzione al servizio della realizzazione personale dei coniugi<sup>5</sup>, ha senz'altro giocato un ruolo importante, alla pari della concezione dello stesso matrimonio come una *partnership* nella quale i contributi dei singoli *partner* vanno riconosciuti e ricompensati<sup>6</sup>. In tale contesto, non sembra esservi spazio per una disciplina successoria che disconosca l'importanza del coniuge non solo sul piano personale ma anche su quello patrimoniale. In tale prospettiva, apparirebbe naturale riconoscere al coniuge crescenti diritti successori, essendo questa la soluzione maggiormente adeguata dal punto di vista sia della presunta intenzione del *de cuius* sia dei doveri di quest'ultimo verso il consorte superstite, al quale debbono essere offerte le condizioni per una vita dignitosa e confortevole.

Una seconda tendenza – sicuramente meno forte e geograficamente più limitata della prima – riguarda il riconoscimento di diritti successori anche nell'ambito delle convivenze di fatto. Se, infatti, tra le giustificazioni fondamentali tradizionalmente associate alla successione legittima, si trovano – come abbiamo veduto – la presunta volontà del *de cuius* e i doveri di assistenza su di esso gravanti verso le persone alle quali era più legato, sembrerebbe naturale annoverare il convivente *de facto* tra gli eredi legittimi, o quantomeno assicurargli alcuni diritti successori seppure minori rispetto a quelli spettanti al coniuge<sup>7</sup>.

La verità è che, in generale, sussiste ancora una notevole esitazione, da parte di vari ordinamenti giuridici, a introdurre una disciplina successoria per il convivente *de facto*. Ciò è dovuto a una serie di ragioni, legate allo stesso tempo alla tradizione, alla morale,

---

<sup>3</sup> L'art. 767 del *Code Napoléon* prevedeva infatti che l'eredità finisse al coniuge soltanto qualora il defunto non avesse lasciato parenti successibili né figli naturali, ciò che ha suscitato la seguente osservazione di Reid, de Waal e Zimmermann: «As far as intestate succession rights are concerned, a surviving spouse was hardly better off under the *Code Napoléon* of 1804 than under the Roman law of a millennium-and-a-half earlier, inheriting only in the absence of eligible blood relatives and preferred only to the state» (K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 489).

<sup>4</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 490.

<sup>5</sup> J.B. VILLELA, *Liberdade e Família*, Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 13 ss.

<sup>6</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 490 ss.

<sup>7</sup> Questo ragionamento è sviluppato da K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 505.



alla politica e anche agli aspetti tecnici. Oltretutto, è necessario determinare in modo univoco chi potrebbe essere considerato convivente di fatto e, in un secondo momento, stabilire in quale misura tale convivente potrebbe partecipare alla successione<sup>8</sup>.

Non si tratta, evidentemente, di problemi semplici. Così, molti ordinamenti si sono astenuti dal disciplinare in modo organico le convivenze di fatto sul piano successorio. Altri ordinamenti, invece, si sono limitati a riconoscere diritti specifici<sup>9</sup>, con riguardo ad esempio ai legati di posizione contrattuale nei contratti di locazione immobiliare.

Ciononostante, vi sono pure ordinamenti che hanno adottato altre soluzioni, in alcuni casi più radicali, ad esempio la parificazione dei regimi successori del coniuge superstite e del convivente di fatto. Quest'ultimo è il caso dell'ordinamento brasiliano, oggetto del presente contributo.

Nelle pagine seguenti, tenteremo dunque di presentare le principali caratteristiche e i più recenti sviluppi della successione del convivente *more uxorio* in Brasile. A tal fine, si ritiene imprescindibile prendere le mosse dalla successione del coniuge superstite, giacché il regime successorio del convivente *de facto* vi si sta avvicinando sempre più, soprattutto negli orientamenti giurisprudenziali, come vedremo.

In ogni caso, la disciplina brasiliana sulla successione del coniuge superstite è di per sé assai interessante, rispecchiando essa la già rammentata tendenza – particolarmente evidente proprio in Brasile – all'ampliamento dei diritti riconosciuti a tale soggetto. Ciò considerato, e considerata la strada, presa dall'ordinamento brasiliano, della parificazione tra il regime del coniuge e quello del convivente di fatto, si può concludere che la tendenza è che la convivenza *more uxorio* sia in tale ordinamento ampiamente tutelata, anche sul piano successorio. Rimane peraltro da chiedersi se questo modello possa servire di ispirazione per altri ordinamenti o se rischi di restare confinato alla realtà brasiliana, considerate le variabili culturali, storiche, costituzionali e anche politiche che ne hanno determinato la creazione.

**2.** – Prendendo le mosse dalle ben note classificazioni tedesche in materia, si può affermare che l'ordinamento brasiliano rientra tra quelli che, per determinare l'ordine dei successibili legittimi tra i parenti, hanno accolto il c.d. “sistema delle tre linee” (*Dreili-niensystem*). Praticamente tutti i paesi sudamericani hanno adottato tale sistema, in continuità con la tradizione della Penisola iberica<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 505 ss.

<sup>9</sup> K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 505.

<sup>10</sup> Cfr. J.P. SCHMIDT, *Intestate Succession in Latin America*, in *Intestate Succession*, a cura di K.G.C. Reid, M. de Waal, R. Zimmermann, cit., p. 122 ss. Specificamente sul diritto portoghese, cfr. altresì I.

# JUS CIVILE



Dal punto di vista generale, il “sistema delle tre linee” si caratterizza per la semplicità delle sue regole. I parenti del *de cuius* formano tre gruppi di successibili, appunto le tre linee<sup>11</sup>.

Innanzitutto, sono chiamati a succedere i discendenti, con l’esclusione di tutti gli altri parenti. Non essendovi discendenti, sono chiamati a succedere gli ascendenti; infine, non essendovi ascendenti, sono chiamati a succedere i collaterali, fermo restando che, nell’ambito di tutte le classi di eredi, quelli di grado più vicino escludono quelli di grado più lontano, salvi i casi in cui sia previsto il diritto di rappresentazione<sup>12</sup>.

Nei vari ordinamenti che hanno adottato il “sistema delle tre linee”, la posizione del coniuge superstite ha subito una serie di variazioni nel corso del tempo. La partecipazione del consorte alla successione è stata – e in alcuni ordinamenti ancora è – condizionata dalla presenza di taluni parenti del *de cuius*, così come, talvolta, pure dalle regole sul regime patrimoniale della famiglia. Queste ultime possono infatti giocare un ruolo importante anche con riguardo alla determinazione della quota dell’asse spettante al coniuge superstite<sup>13</sup>. Vi sono pertanto non poche variabili che hanno condizionato e che tuttora condizionano la successione del coniuge superstite. Ciò considerato, è da condividere l’opinione dottrinale secondo cui, tra tutte le posizioni della successione *ab intestato*, quella del coniuge superstite è senza dubbio la più complessa<sup>14</sup>.

Il diritto brasiliano effettivamente offre un interessante esempio in tal senso. Nel diritto precodificato, il coniuge superstite era chiamato a succedere soltanto in assenza dei discendenti, degli ascendenti e dei collaterali fino al decimo grado. In pratica, costui era preferito soltanto allo Stato<sup>15</sup>, con la conseguenza che quasi mai finiva per ricevere il patrimonio del defunto in qualità di erede.

---

GALVÃO TELLES, *Apontamentos para a história do direito das sucessões português*, Universitas Olisiponensis, 1963, p. 210.

<sup>11</sup> I. GALVÃO TELLES, *op. cit.*, p. 143.

<sup>12</sup> Non sono poche le critiche rivolte dalla dottrina straniera al c.d. “sistema delle tre linee”, che ciononostante non è mai stato messo in discussione in Brasile, almeno non per quanto riguarda i suoi aspetti fondamentali. È controversa, tra l’altro, la disparità derivante dall’applicazione delle regole sulla successione dei discendenti di secondo grado, i nipoti, a seconda che costoro succedano per “diritto proprio” (*per capita*) o per diritto di rappresentazione (*per stirpes*): v. J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 127 ss. Più in generale, inoltre, il “sistema delle tre linee” è criticato per la preferenza accordata agli ascendenti rispetto ai collaterali e per tutti gli ulteriori sviluppi di tale scelta. Per una descrizione dettagliata dei problemi, cfr. J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 137 ss.

<sup>13</sup> J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 141.

<sup>14</sup> J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 141.

<sup>15</sup> *Consolidação das Leis Civis*, Typographia Universal de Laemmert, 2<sup>a</sup> ed., 1865, p. 449. La *Conso-*

# JUS CIVILE



Ciò non significa che il coniuge superstite – normalmente la moglie – fosse condannato alla miseria e all’abbandono, giacché il regime patrimoniale legale della famiglia era la comunione “di tutti i beni”<sup>16</sup>, con la conseguenza che, in assenza di una convenzione matrimoniale di scelta di un diverso regime, tra i coniugi si sarebbe instaurata quella che oggi si definisce una “comunione universale”, ovverosia una comunione dei beni presenti e futuri<sup>17</sup>. Concretamente, morto uno dei coniugi, all’altro sarebbe normalmente<sup>18</sup> spettata la metà del patrimonio della coppia in forza dello scioglimento della comunione, ciò che in fin dei conti lo avrebbe in qualche modo “compensato” per la sua mancata partecipazione alla successione.

È dunque vero che, d’ordinario, il coniuge superstite non rimaneva privo di mezzi economici, anche se, nella maggior parte dei casi, non era chiamato a succedere al consorte. Ciononostante, soprattutto all’inizio del Novecento, si iniziò a dubitare della giustizia della soluzione successoria vigente, che stabiliva la preferenza rispetto al coniuge addirittura dei collaterali<sup>19</sup>. Era l’inizio del movimento che avrebbe portato ad un continuo e progressivo miglioramento della posizione del coniuge superstite nell’ambito della successione *ab intestato* in Brasile.

A tale proposito, prima ancora che il Brasile avesse il suo primo codice civile – ciò sarebbe avvenuto soltanto nel 1916 – l’allora Presidente Afonso Pena emanò il decreto n. 1839 del 1907, conosciuto come “Lei Feliciano Pena”, in onore del senatore che aveva presentato la proposta. Essendosi già formato il consenso sulla necessità di mutare le regole sulla successione del coniuge, e non volendosi attendere la fine del già lungo percorso legislativo del disegno di legge di quello che sarebbe poi divenuto il primo codice

---

*lidação das Leis Civis* è il frutto della genialità di Augusto Teixeira de Freitas (1818-1883), detto il “Savigny delle Americhe”. Trattasi di una sorta di *restatement* del diritto privato precodificato vigente in Brasile, raccolto e sistematizzato coordinando una grande quantità di fonti normative portoghesi e brasiliane, la principale delle quali era la legislazione portoghese del periodo coloniale, rimasta in vigore anche dopo l’indipendenza del Brasile dal Portogallo, avvenuta nel 1822: v. J.P. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 119, nt. 4.

<sup>16</sup> *Consolidação*, cit., p. 81.

<sup>17</sup> Si vedano a tale proposito le note di Teixeira de Freitas all’art. 111 della *Consolidação das Leis Civis*: «Quando o regimen do casamento è o de comunhão em todos os bens, os conjuges estão em sociedade universal de bens presentes e futuros [...]»: *Consolidação*, cit., p. 81, nt. 1.

<sup>18</sup> Ovviamente, si prevedevano alcune ipotesi in cui certi beni non sarebbero entrati in comunione, per esempio nel caso di donazioni ad uno dei coniugi in cui fosse stabilita l’esclusione del bene donato dalla comunione: cfr. *Consolidação*, cit., p. 81, nt. 1.

<sup>19</sup> Sull’inizio di tale discussione, e sull’importante ruolo svolto da Clovis Bevilacqua, considerato il “padre” del primo codice civile brasiliano, quello del 1916, cfr. C.M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Forense, vol. 6, 12<sup>a</sup> ed., 2000, p. 71.

## JUS CIVILE



civile brasiliano<sup>20</sup>, il Presidente intervenne legislativamente determinando che, nell'ambito della successione intestata, il coniuge avesse diritto all'eredità qualora non vi fossero stati né discendenti né ascendenti del defunto; solo in assenza del coniuge superstite sarebbero stati chiamati i collaterali fino al sesto grado e, per ultimo, lo Stato.

Era l'inizio di un grande e profondo mutamento nel diritto brasiliano che, peraltro, non arrivò ad attribuire al coniuge la qualità di legittimario, riservata soltanto ai discendenti e agli ascendenti. L'importanza della "Lei Feliciano Pena" va comunque sottolineata, soprattutto considerando il momento in cui fu emanata, prima ancora del codice civile del 1916.

In linea di continuità con la "Lei Feliciano Pena", il codice civile del 1916 ha poi stabilito che come eredi legittimi fossero chiamati innanzi tutto i discendenti, in mancanza di questi gli ascendenti e, in mancanza pure degli ascendenti, il coniuge superstite<sup>21</sup>. Solo in assenza di queste tre classi di eredi sarebbero stati chiamati i collaterali. Non essendovi nemmeno collaterali, l'eredità sarebbe finita allo Stato.

Tale soluzione fu considerata un passo avanti, dal momento che il regime successorio del codice civile era incentrato sulla parentela, in linea con il diritto francese a quel tempo vigente, cui il legislatore brasiliano si era ispirato<sup>22</sup>. Così, pur di garantire al coniuge superstite una più equa partecipazione alla successione *ab intestato*, il legislatore del 1916 dovette rinunciare alla purezza concettuale. In tal modo, si poté dare continuità al modello introdotto nel 1907, inserendo il coniuge superstite nella terza classe di eredi, a seguire soltanto i discendenti e gli ascendenti.

Eppure, vi fu chi ritenne questo ammodernamento insufficiente. Lo stesso codificatore del 1916, Clovis Bevilacqua, arrivò ad affermare che, poiché il coniuge costituiva "l'elemento primordiale della famiglia", sarebbe dovuto rientrare nelle prime due classi di successibili, essendo cioè chiamato a concorrere con i discendenti e con gli ascendenti. Peraltro, sempre secondo Bevilacqua, qualora il coniuge superstite avesse ottenuto la metà del patrimonio della coppia a causa dello scioglimento del regime patrimoniale della famiglia, il citato concorso non sarebbe stato necessario, giacché il sopravvissuto avrebbe comunque ricevuto assistenza economica<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Clovis Bevilacqua (1859-1944) iniziò i lavori di codificazione nel 1899. In poco tempo ultimò il suo progetto di legge, che divenne codice civile solo nel 1916. Su questo lungo percorso, cfr. J.P. SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, Mohr Siebeck, 2009, p. 46 ss.

<sup>21</sup> Art. 1603.

<sup>22</sup> C.M. SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 71.

<sup>23</sup> C. BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, Francisco Alves, vol. 6, 1955, p. 46 ss.

# JUS CIVILE



L'eccezione in parola era contemplata dal cod. civ. del 1916, ma solo fino al 1977, quando il regime patrimoniale legale della famiglia fu modificato dal legislatore. Fino ad allora, infatti, in mancanza di diversa convenzione stipulata dagli sposi, vigeva il regime della *comunhão universal*<sup>24</sup>, simile alla “comunione di tutti i beni” del diritto precodificato. Questo regime, come anticipato, è incentrato sulla comunione non solo dei beni acquistati dai coniugi, insieme o separatamente, durante il matrimonio, bensì di tutti i loro beni, compresi quelli di cui ciascun coniuge era proprietario esclusivo prima del matrimonio, e compresi quelli acquistati successivamente al matrimonio anche per donazione o successione a causa di morte.

In presenza di una comunione così “radicale” quale regime legale, era naturale che la discussione sulla posizione del coniuge superstite nell'ambito della successione *ab intestato* passasse in secondo piano. Ciò spiega perché, subito dopo aver suggerito il concorso del coniuge con le due prime classi di eredi legittimi – i discendenti e gli ascendenti –, Bevilaqua sostenesse che, per ragioni di semplicità, il legislatore brasiliano aveva preferito assegnargli il terzo posto nell'ordine dei successibili<sup>25</sup>. Di più non sembrava necessario, proprio perché l'assistenza economica al coniuge sopravvissuto sarebbe stata garantita non tanto dalle regole successorie, quanto piuttosto da quelle sullo scioglimento della comunione<sup>26</sup>.

Da quanto fin qui rilevato, può trarsi una prima conclusione, e cioè che in Brasile l'influsso delle regole in tema di regime patrimoniale della famiglia sulle regole in tema di posizione del coniuge superstite come successibile legittimo è una costante storica, non solo una caratteristica della contemporaneità, come si potrebbe pensare alla luce del cod. civ. attualmente in vigore. Peraltro, con la codificazione del 2002, questo influsso ha raggiunto livelli inediti, come verificheremo nel prosieguo.

Ciò chiarito, occorre considerare che il citato mutamento della posizione successoria del coniuge – posto davanti ai collaterali, pur essendogli ancora preferiti i discendenti e gli ascendenti – non ha costituito l'unica evoluzione legislativa in suo favore. Nel corso del Novecento, gli sono infatti stati riconosciuti altri diritti, sempre in combinazione con le regole in tema di regime patrimoniale della famiglia.

Viene a questo proposito in rilievo, innanzitutto, il diritto di usufrutto sulla quarta parte dei beni appartenenti al *de cuius*, qualora vi fossero figli (comuni o soltanto del de-

---

<sup>24</sup> Art. 258 del cod. civ. del 1916.

<sup>25</sup> C. BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 46 ss.

<sup>26</sup> Così C.M. SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 71.



funto), oppure sulla metà di tali beni, qualora vi fossero soltanto ascendenti del defunto. Altrettanto importante è stato il diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, previsto a favore del coniuge superstite finché durasse la vedovanza, e alla condizione che tale bene immobile fosse l'unico di questa natura lasciato dal defunto.

Tali diritti sono stati entrambi contemplati dalla legge n. 4121 del 1962 che, sebbene si occupasse, tra gli altri temi, della tutela sul piano successorio delle donne sposate (fino a quel momento per la legge dotate di capacità di agire limitata), conteneva disposizioni valedoli anche nell'ipotesi in cui il *de cuius* fosse la moglie. Non vi sono dubbi, però, che i diritti in parola erano stati concepiti a tutela della vedova.

Né l'usufrutto né il diritto reale di abitazione comportavano in capo al coniuge la posizione di erede, bensì quella di legatario *ex lege*. Vi era, tuttavia, una condizione comune per il loro acquisto: il regime patrimoniale della famiglia del defunto e del coniuge superstite non poteva essere la c.d. comunione universale, cioè il regime legale. La protezione non si giustificava in questo caso, giacché al coniuge superstite veniva comunque riservata la metà di tutto il patrimonio appartenente alla coppia per effetto dello scioglimento della comunione.

La posizione successoria del coniuge si è dunque assai rafforzata durante lo scorso secolo. Ciononostante, essa rimaneva fragile, dal momento che il coniuge, non essendo considerato legittimario – diversamente da quanto valeva per i discendenti e per gli ascendenti<sup>27</sup> –, poteva sempre essere escluso dalla successione per testamento. Per questa ragione, un orientamento dottrinale – guidato da uno dei più illustri giuristi brasiliani della seconda metà del Novecento, Caio Mário da Silva Pereira – affermava la ormai ineludibile necessità di includere il coniuge superstite tra i legittimari. Si evidenziava, più precisamente, che la preferenza accordata al coniuge superstite rispetto ai collaterali poteva rimanere priva di significato pratico, considerata la libertà di testare riconosciuta all'altro coniuge<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Art. 1721 del cod. civ. del 1916.

<sup>28</sup> C.M. SILVA PEREIRA, *op. cit.*, p. 74 ss. Peraltro, in ambito dottrinale, non mancavano alcune posizioni diffidenti verso la libertà di testare, potendo essa associarsi a finalità diverse dalla pur condivisibile tutela della volontà del defunto. Al riguardo, è significativa l'opinione espressa da Clovis Bevilacqua: «Atendendo aos interesses da família, o Código limitou essa liberdade [di testare] à metade dos bens do testador, quando houver descendentes ou ascendentes sucessíveis, isto é, que não sejam excluídos da herança por disposição de lei (indignos) ou por ato do sucedendo (deserdados). A socialização do direito e o reclamo dos sentimentos éticos, [sic], opõem-se a que se ponha nas mãos do indivíduo esta arma perigosa da plena liberdade de testar, com a qual o egoísmo pode praticar revoltantes injustiças, desfazer o bem doméstico e conturbar as bases econômicas da sociedade» (C. BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 145 ss.). Peraltro, un dibattito, sia pure solo *de lege ferenda*, sulla opportunità di abolire la legittima non avrebbe mai potuto trovare spazio in Brasile; in



Non si può negare che il legislatore brasiliano avrebbe dovuto finire per includere il coniuge superstite tra i legittimari. Questo passo sarebbe stato effettivamente compiuto nel cod. civ. del 2002. La verità, però, è che la più recente codificazione è stata costretta ad andare ben oltre, dal momento che alla fine del secolo scorso furono introdotte due fondamentali novità, che avrebbero avuto importanti conseguenze sul piano successorio.

La prima novità riguarda la c.d. “legge del divorzio” del 1977<sup>29</sup> che, oltre ad aver introdotto questa causa di scioglimento del matrimonio nel diritto brasiliano, ha cambiato il regime patrimoniale legale della famiglia: dalla “comunione universale” si è passati alla “comunione parziale”, cioè alla comunione dei beni acquistati dai coniugi, insieme o separatamente, durante il matrimonio, esclusi i beni personali. Cadeva, così, il presupposto che storicamente aveva orientato la disciplina successoria del coniuge superstite nel diritto brasiliano.

La seconda novità concerne, invece, la promulgazione della vigente Costituzione del 1988 che, fra le tante sue regole in tema di persone e famiglia, ha riconosciuto le convivenze di fatto (*uniões estáveis*) quali “entità familiari”<sup>30</sup>. Tale riconoscimento costituzionale ha spinto il legislatore ordinario ad approvare due importanti leggi, le cui conseguenze sul piano successorio non si sono limitate alla convivenza di fatto, coinvolgendo invece anche il matrimonio<sup>31</sup>.

È sulla base di queste premesse che si procederà, nel prosieguo, alla disamina della disciplina successoria del coniuge superstite nel vigente cod. civ. del 2002, per poi confrontarla con quella, che sempre più le si avvicina, del convivente di fatto.

**3.** – Il progetto di legge che sarebbe poi stato recepito nel vigente cod. civ. del 2002 risale agli anni 70 dello scorso secolo<sup>32</sup>. Ovviamente, il testo originario ha dovuto essere adeguato agli innumerevoli cambiamenti avvenuti non soltanto nella società, ma anche nella legislazione brasiliana durante il lungo processo legislativo. Alcuni aggiornamenti sono stati fatti in modo del tutto soddisfacente. Altri, invece, sono stati frutto di improvvisazione e di insufficiente riflessione. Quest’ultimo è, purtroppo, il caso di tante regole

---

linea di continuità con il codice civile previgente, infatti, anche quello del 2002 contempla la legittima, pari invariabilmente alla metà dell’asse.

<sup>29</sup> Cfr. art. 50, co. 7, legge n. 6515 del 26 dicembre del 1977.

<sup>30</sup> Art. 226, co. 3°.

<sup>31</sup> Torneremo su questo argomento nel par. 4.

<sup>32</sup> Più precisamente, al 1975. Sulle origini del cod. civ. del 2002, cfr. J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 66 ss.



successorie, come verificheremo più avanti, specialmente quando esamineremo la successione del convivente di fatto.

Con specifico riguardo alla disciplina successoria del coniuge superstite, il legislatore del 2002 ha cercato di tradurre in norme l'opinione espressa in dottrina sulla necessità di un ampliamento dei suoi diritti, soprattutto dopo il cambiamento avvenuto con riguardo al regime patrimoniale legale<sup>33</sup>.

Oggi, infatti, il coniuge rientra tra i legittimari insieme ai discendenti e agli ascendenti<sup>34</sup>. Inoltre, mantenuto dal cod. civ. il c.d. "sistema delle tre linee", il coniuge riceve l'eredità intestata in concorso con i discendenti e, in mancanza di essi, con gli ascendenti. Non essendovi né discendenti né ascendenti del *de cuius*, gli spetta tutta l'eredità. In altre parole, oggi la partecipazione del coniuge superstite alla successione non è condizionata alla totale assenza di discendenti e di ascendenti del defunto, prevedendo la legge il concorso tra il coniuge e citati parenti. Si tratta evidentemente di un cambiamento notevole.

Eppure, la disciplina testé rammentata, anche se integra un progresso enorme, soprattutto se confrontata con quella del cod. civ. previgente, non può considerarsi soddisfacente. Nel tentativo di attuare un bilanciamento con le regole sui vari regimi patrimoniali della famiglia contemplati dalla legge, soprattutto in merito al concorso tra i discendenti e il coniuge, il legislatore ha creato una disciplina estremamente complessa, che lascia aperte non poche incertezze. Tutto ciò in un contesto in cui si afferma sempre più in dottrina l'idea che le soluzioni ottimali debbano evitare regole troppo complesse, le quali finiscono per portare confusione, piuttosto che positiva raffinatezza<sup>35</sup>.

Ciò premesso, esaminiamo nel dettaglio l'art. 1829 del vigente cod. civ. brasiliano, ove si stabilisce l'ordine degli aventi diritto alla successione legittima: «La successione legittima segue il seguente ordine: I. I discendenti, in concorso con il coniuge superstite, tranne il caso in cui costui fosse sposato con il *de cuius* in regime di comunione universale o di separazione, qualora essa risulti da un'imposizione legale<sup>36</sup>, o il caso in cui, in regime di comunione parziale dei beni, il *de cuius* non abbia lasciato beni personali; II.

---

<sup>33</sup> J.P. SCHMIDT, *Intestate Succession*, cit., p. 146.

<sup>34</sup> Art. 1845.

<sup>35</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 158.

<sup>36</sup> La legge prevede alcuni casi in cui non si consente agli sposi la scelta del regime patrimoniale della famiglia, imponendo la legge stessa la separazione dei beni. Si tratta dei casi di cui all'art. 1647 del cod. civ. del 2002, nei quali rientra, per esempio, quello in cui uno degli sposi abbia 70 anni o più. Tale previsione è spesso criticata, dal momento che comporta una gravosa limitazione alla libertà patrimoniale delle persone.



Gli ascendenti, in concorso con il coniuge; III. Il coniuge superstite; IV. I collaterali fino al quarto grado».

È evidente che la soluzione offerta dall'art. 1829 è tutt'altro che semplice e intuitiva, soprattutto per la prima classe di eredi. Inoltre, essa comporta un ulteriore problema: non essendosi il legislatore occupato del concorso tra i discendenti e il coniuge superstite che, con il *de cuius*, avesse optato per un regime patrimoniale della famiglia diverso<sup>37</sup> da quelli menzionati nell'art. 1829, semplicemente manca una regola che disciplini la successione qualora il regime patrimoniale non sia la comunione parziale o quella universale, o la separazione imposta dalla legge. Ciò può accadere, per esempio, qualora il regime prescelto sia la c.d. *participação final nos aquestos*<sup>38</sup>.

Tornando alla complessità delle regole di cui all'art. 1829, per avere un'idea dei problemi che ne derivano, basti riferire che lo stesso *Superior Tribunal de Justiça* – Corte con il compito di uniformare l'interpretazione della legislazione ordinaria – è arrivato a soluzioni diametralmente opposte per il caso che il regime patrimoniale tra il coniuge superstite e il defunto fosse la “comunione parziale”<sup>39</sup>. Ci sono infatti voluti anni di incertezza perché finalmente, nel 2015, la Corte prendesse una strada unitaria al riguardo, la quale peraltro non è stata pienamente condivisa dalla dottrina<sup>40</sup>.

Tutto ciò considerato, il problema non consiste tanto nel tentativo di coordinare le regole sulla successione intestata del coniuge con quelle sul regime patrimoniale della fa-

---

<sup>37</sup> Si tenga conto che la legge brasiliana consente ai coniugi l'adozione di un regime atipico, diverso da quelli previsti nel cod. civ.

<sup>38</sup> La *participação final nos aquestos*, chiaramente ispirata alla *Zugewinnngemeinschaft* tedesca, è regolata negli artt. 1672-1686 del cod. civ. del 2002. Visto il silenzio del legislatore, vi è chi, in dottrina, sostiene l'applicazione della norma sul concorso tra i discendenti e il coniuge in comunione parziale anche nell'ipotesi in cui il regime patrimoniale della famiglia sia la *participação final nos aquestos*: cfr. C.S. DINIZ, *A Salvaguarda dos Direitos dos Cônjuges e Companheiros na Perspectiva Civil-Constitucional*, in *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, a cura di A.C. BROCHADO TEIXEIRA e G. PEREIRA LEITE RIBEIRO, Processo, 3<sup>a</sup> ed., 2017, p. 684; in senso contrario, cfr., però, L.P. VIEIRA DE CARVALHO, *Direito das Sucessões*, Atlas, 2015, p. 355.

<sup>39</sup> La c.d. *Terceira Turma* della Corte sosteneva che, in questo caso, l'eredità del coniuge avrebbe dovuto essere calcolata soltanto con riferimento alla metà spettante al *de cuius*, una volta sciolta la comunione per la sua morte: v. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 1.117.563-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 17.12.2009. La c.d. *Quarta Turma* affermava, invece, che, nel medesimo caso, l'eredità del coniuge comprendesse solo i beni personali del defunto: v. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 974.241-DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, v.u., j. 07.06.2011. Nel 2015, il *Superior Tribunal de Justiça* ha risolto il contrasto con una sentenza della c.d. *Segunda Seção* (la quale si occupa, tra l'altro, di uniformare la giurisprudenza della Corte), facendo prevalere l'interpretazione della *Quarta Turma*: v. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 1.368.123-SP, Rel. Min. Raul Araújo, *maioria*, j. 22.04.2015.

<sup>40</sup> Per un riassunto delle varie posizioni, cfr. L.P. VIEIRA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 348 ss.



miglia, ciò che del resto integra una caratteristica costante del diritto brasiliano, come abbiamo veduto. Il problema consiste, piuttosto, nella creazione di una disciplina altamente complessa, come quella di cui all'art. 1829, la quale finisce per portare dubbi e insicurezze, invece che stabilità e certezza. Il regime della successione intestata deve favorire innanzi tutto la chiarezza e la semplicità. Chi desidera un approccio più elaborato ha pur sempre la strada del testamento<sup>41</sup>.

La complessità non è, purtroppo, l'unico problema della disciplina successoria del coniuge. Ve ne sono anche altri, i quali, complessivamente, danno all'interprete l'impressione che il legislatore abbia svolto il suo compito in modo frettoloso e poco accurato.

Si pensi, per esempio, alla regola che indica la quota di eredità intestata spettante al coniuge superstite in concorso con i discendenti del defunto. Secondo l'art. 1832 cod. civ.<sup>42</sup>, al coniuge andrebbe una frazione uguale a quella spettante ai discendenti che erediterebbero *per capita*, fermo restando che tale frazione non potrebbe mai essere inferiore alla quarta parte dell'eredità intestata, qualora il coniuge fosse anche ascendente degli altri eredi in parola.

Purtroppo, la regola – già di per sé estremamente complessa – non è stata accompagnata da un'altra che si occupi della situazione – sempre più comune – in cui non tutti i discendenti del *de cuius* siano allo stesso tempo discendenti anche del coniuge superstite. Varrebbe anche in tale caso la riserva della quarta parte dell'eredità intestata in favore del coniuge superstite? La legge, purtroppo, non offre una soluzione espressa al riguardo<sup>43</sup>.

Un altro problema è legato all'art. 1830 cod. civ., ai sensi del quale il coniuge superstite è chiamato ad ereditare *ab intestato* soltanto qualora non sia separato di fatto dal defunto da più di due anni, salvo il caso in cui si provi che la fine della vita in comune è avvenuta senza colpa del coniuge superstite<sup>44</sup>.

Anche senza contare che la formulazione letterale dell'art. 1830 non ne agevola

---

<sup>41</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 158.

<sup>42</sup> Art. 1.832: «Em concorrência com os descendentes (art. 1829, 1º co.) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com quem concorrer».

<sup>43</sup> La dottrina ha cercato di elaborare alcune proposte interpretative per risolvere il problema creato dal legislatore. Si è però poi giunti alla conclusione che nessuna di queste proposte risultava pienamente adeguata, ritenendosi necessario l'intervento del legislatore: cfr. G.M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, vol. 20, 2003, p. 229.

<sup>44</sup> Art. 1830: «Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente».



l'interpretazione, emerge qui una contraddizione con la disciplina della convivenza di fatto, ove sono attribuiti diritti successori al convivente superstite.

Infatti, la convivenza *more uxorio* può essere instaurata non solo da persone *single*, separate giudizialmente, divorziate o vedove, ma anche da persone separate meramente di fatto<sup>45</sup>, senza che si debba osservare un periodo minimo di convivenza. Essendo così ampi i requisiti soggettivi della convivenza di fatto, è possibile che, al momento della morte, una medesima persona lasci una moglie o un marito da cui si era separata di fatto e pure un convivente, entrambi titolari di diritti successori, visto l'art. 1830. Tale previsione finisce, così, per creare una fattispecie tanto singolare quanto assurda: il concorso successorio tra un coniuge superstite e un convivente di fatto, entrambi riferiti a una medesima persona defunta.

Sempre in merito all'attuale regime successorio del coniuge superstite, è stata infine mantenuta la disciplina previgente del diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare finché duri la vedovanza, a condizione che tale bene immobile sia l'unico di questa natura lasciato dal defunto<sup>46</sup>. L'usufrutto sulla quarta parte dei beni appartenenti al *de cuius*, invece, non è stato contemplato dal cod. civ., dal momento che non lo si riteneva più necessario, beneficiando ora il coniuge di una riserva ereditaria incentrata sulla proprietà – non più sul mero godimento – dei beni che la compongono<sup>47</sup>.

Alla luce delle più rilevanti caratteristiche della vigente disciplina brasiliana sulla successione intestata del coniuge, trova sicura conferma l'assunto secondo cui il cod. civ. del 2002 ha portato avanti la tendenza all'ampliamento dei suoi diritti. Va ribadito, tuttavia, che questo ampliamento è stato attuato in modo del tutto insoddisfacente, con poca accuratezza, senza la necessaria riflessione e, soprattutto, in assenza di un coordinamento sistematico con le altre regole del cod. civ., specialmente con il diritto di famiglia. Ne è derivata una disciplina confusa, incompleta e al tempo stesso complessa, che ha reso il diritto delle successioni una delle materie più frequentemente sottoposte all'esame delle corti da quando è entrata in vigore la codificazione del 2002<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Ciò risulta dalla lettera dell'art. 1723, co. 1.

<sup>46</sup> Art. 1831.

<sup>47</sup> C.S. DINIZ, *op. cit.*, p. 685; G. M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *op. cit.*, p. 216.

<sup>48</sup> J.P. SCHMIDT, *Das gesetzliche Erbrecht nichtehelicher Lebenspartner in Brasilien – der lange Weg zur Gleichstellung mit der Ehe*, in *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, dicembre 2017, p. 11.



4. – Per rendere pienamente comprensibili le riflessioni che svilupperemo più avanti, occorre premettere alcune sia pure sintetiche considerazioni sul profilo storico della convivenza di fatto nel diritto brasiliano. Solo dopo aver considerato l'evoluzione della disciplina, infatti, potremo analizzare e valutare le regole successorie attualmente vigenti.

In Brasile, la convivenza *more uxorio* tra un uomo e una donna non sposati è da sempre un fenomeno abbastanza diffuso, per una serie di ragioni<sup>49</sup>, anche di natura storica. A tale proposito, si rammenti che, con specifico riguardo all'ambiente luso-brasiliano, il risalente *Livro das Leis e das Posturas* già prevedeva il “matrimonio di pubblica fama”, facendo così prevalere il fatto sul diritto<sup>50</sup>.

Ciononostante, le convivenze di fatto non furono riconosciute dal cod. civ. del 1916 che, riproducendo il conservatorismo della società del tempo, contemplava un solo tipo di famiglia, quella fondata sul matrimonio.

La situazione ha cominciato a mutare soprattutto nella seconda metà dello scorso secolo, quando importanti cambiamenti sociali e culturali sono emersi con maggiore chiarezza<sup>51</sup>. La donna, sempre più presente nel mercato del lavoro, è divenuta un punto di riferimento dell'economia domestica. I costumi sono mutati e le vecchie istituzioni – compreso il matrimonio – sono state messe in discussione<sup>52</sup>. Tutto ciò ha prodotto cambiamenti nella disciplina dei rapporti personali e familiari, introdotti alcuni dal legislatore, come nel caso del già rammentato “statuto della donna sposata” del 1962, altri dalla giurisprudenza, come nel caso della convivenza di fatto.

Così, nel 1964, il *Supremo Tribunal Federal* ha deciso che, dimostrata l'esistenza di una società di fatto tra i conviventi, ne sarebbe stato possibile lo scioglimento, con la divisione del patrimonio acquisito attraverso lo sforzo comune degli stessi<sup>53</sup>. Si trattava di

---

<sup>49</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 12. Per un dettagliato elenco di queste ragioni, cfr. R. MADALENO, *Manual de Direito de Família*, Forense, 2017, p. 434 ss.

<sup>50</sup> J.B. VILLELA, *op. cit.*, p. 16. Redatto nel 1639, il *Livro das Leis e das Posturas* raccoglie una serie di norme su temi diversi risalenti ai secoli XIII e XIV. Trattasi di una pietra miliare giuridica del Medioevo portoghese. Con specifico riguardo al tema oggetto del presente scritto, si prevedeva che, se un uomo e una donna avessero convissuto sotto lo stesso tetto per più di sette anni consecutivi, trattandosi reciprocamente come “marito” e “moglie” ed essendo così riconosciuti dalle altre persone, non avrebbero potuto negare di essere sposati, anche in assenza della celebrazione del matrimonio in chiesa. Per il testo letterale della previsione in parola, cfr. J.B. VILLELA, *op. cit.*, p. 16, nt. 18.

<sup>51</sup> Cfr. J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 13 ss., il quale offre un dettagliato resoconto dell'evoluzione storica in materia.

<sup>52</sup> Con specifico riguardo al matrimonio, cfr. J.B. VILLELA, *op. cit.*, p. 17.

<sup>53</sup> Cfr. *Súmula* 380 del *Supremo Tribunal Federal*: «Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum».



un importante passo in avanti, ispirato dalla finalità di garantire una qualche protezione economica alla parte più debole, la donna, qualora la convivenza terminasse<sup>54</sup>. Si noti, peraltro, che tale progresso si è verificato non sul piano del diritto di famiglia, bensì su quello del diritto societario. Ci sarebbe voluto ancora del tempo perché le convivenze di fatto potessero essere considerate diritto di famiglia in senso stretto<sup>55</sup>.

Non vi sono dubbi che il principale traguardo, nel processo di crescente riconoscimento giuridico delle convivenze di fatto, è stato segnato dalla vigente Costituzione del 1988, il cui art. 226 testualmente attribuisce la natura di “entità familiari” – non di mere formazioni sociali – alle “unioni stabili” (*uniões estáveis*), cioè alle convivenze di fatto costituite da un uomo e una donna. Pochi anni dopo la promulgazione della Costituzione del 1988, sono state inoltre approvate due leggi che hanno cercato di concretizzare sul piano privatistico tale riconoscimento costituzionale.

La prima legge, n. 8971 del 1994, garantiva ai conviventi di fatto il diritto agli alimenti, qualora uno di loro non potesse fare fronte alle proprie esigenze di vita. Tale legge prevedeva, inoltre, che l’eredità intestata fosse destinata al convivente superstite allorché non vi fossero né discendenti né ascendenti superstiti; e riconosceva, infine, al convivente che avesse collaborato all’acquisto degli stessi, il diritto alla metà dei beni lasciati dal *de cuius*.

Due anni dopo, si è avuta la legge n. 9278, che ha sancito i diritti e i doveri reciproci dei conviventi in modo del tutto analogo a quanto previsto per i coniugi<sup>56</sup>. La medesima legge ha altresì istituito una comunione legale<sup>57</sup> tra i conviventi sui beni acquistati du-

---

<sup>54</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.

<sup>55</sup> Questa evoluzione si sarebbe compiuta soltanto con la legge n. 9278 del 1996, che ha attribuito ai giudici di famiglia la competenza sulle liti concernenti qualsiasi profilo delle convivenze di fatto (*uniões estáveis*).

<sup>56</sup> Ecco i diritti e i doveri previsti dalla legge n. 9278, art. 2: «São direitos e deveres iguais dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos; II – assistência moral e material recíproca; III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns». Ecco invece i diritti e i doveri previsti per i coniugi dal vigente codice civile, art 1566: «São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II – vida em comum, no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e considerações mútuos». Si noti che la legge non richiede che i conviventi abitino nella stessa casa, in linea del resto con il pacifico orientamento giurisprudenziale: cfr. Superior Tribunal de Justiça, Agravo regimental em agravo de instrumento em recurso especial nº 59.256-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, *v.u.*, j. 18.09.2002; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 1096324-RS, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, *v.u.*, j. 02.03.2010; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 275839 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, *v.u.*, j. 26.08.2008; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial nº 474962 – SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *v.u.*, 23.09.2003.

<sup>57</sup> Il testo della legge non era chiaro a tale riguardo; ciononostante, questo è sempre stato l’orientamento



rante l'unione stabile con lo sforzo comune di entrambi e, infine, sul piano successorio, ha previsto, in favore del convivente superstite, il diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, finché costui non si sposasse o non iniziasse un'altra unione stabile.

Il quadro appena illustrato consentirebbe di concludere che, dopo il riconoscimento compiuto dalla Costituzione del 1988, il legislatore aveva preso la strada del progressivo avvicinamento del regime della convivenza di fatto a quello del matrimonio. Ciò risultava in modo particolarmente chiaro da due norme: da un lato, quella che stabiliva i diritti e i doveri tra i conviventi<sup>58</sup>; dall'altro, quella che aveva istituito la comunione legale degli acquisti compiuti dai conviventi, insieme o separatamente, durante la convivenza, esclusi i beni personali.

In modo analogo, anche sul piano successorio tale avvicinamento si era verificato sotto due profili: in primo luogo, con l'inserimento del convivente di fatto tra i successibili, a seguire soltanto i discendenti e gli ascendenti; in secondo luogo, con la previsione in suo favore del diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare.

Una simile prospettiva, però, si pone parzialmente in contrasto con il vigente cod. civ. del 2002, soprattutto con riferimento alla materia successoria. Come verificheremo nel prosieguo, in tale materia vi è infatti stato un vero e proprio passo indietro, che è stato poi per così dire “corretto” dalla giurisprudenza, sia pure in modo del tutto criticabile.

Quanto alla convivenza di fatto in sé, e alle conseguenze che ne discendono direttamente, resta, tuttavia, confermata la tendenza precedentemente menzionata. Infatti, il legislatore del 2002 ha non solo mantenuto l'elenco dei diritti e dei doveri dei conviventi<sup>59</sup>, ma ha anche disciplinato – senza le precedenti ambiguità – la loro comunione legale degli acquisti<sup>60</sup>.

Ai sensi dell'art. 1723 cod. civ., le *uniões estáveis* possono essere definite “entità familiari” formate da un uomo e una donna, incentrate su una convivenza pubblica, continua e duratura con l'obiettivo di costituire una famiglia. La fattispecie, già di per sé oggettivamente ampia, è stata ulteriormente allargata dalla più alta Corte brasiliana, il *Su-*

---

prevalente: cfr. J.B. VILLELA ed E.C. GOMES, *Os Patrimônios Separados no Estatuto Jurídico da Família, in Família e Dignidade Humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, a cura di R.C. PEREIRA, IOB Thomson, 2006, p. 479.

<sup>58</sup> Cfr. l'art. 2 della legge n. 9278 del 1996 e l'art. 1566 del cod. civ. del 2002.

<sup>59</sup> Art. 1.724: «As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos».

<sup>60</sup> Art. 1725: «Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens».



premo *Tribunal Federal*, che, nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale, l'ha estesa anche alle coppie omosessuali<sup>61</sup>.

Per configurare una *união estável*, non si richiede alcuna manifestazione di volontà da parte delle persone coinvolte, né un periodo minimo di convivenza, ciò che nella prassi comporta un'enorme incertezza, non essendo poche né di scarsa rilevanza le conseguenze che ne derivano, come sappiamo. Infatti, non è del tutto improbabile che, con sorpresa dell'altro – che magari non ravvisava alcuna dimensione giuridica nel rapporto intrapreso –, uno degli *ex-partner* presenti una domanda giudiziale di riconoscimento dell'*união estável*, allo scopo di ottenere la divisione degli acquisti compiuti quando le parti “stavano insieme”. Toccherà dunque al magistrato valutare concretamente la sussistenza di un rapporto senza implicazioni giuridiche, oppure – in presenza del requisito legale dell'obiettivo di costituire una famiglia – di una vera e propria convivenza di fatto. È evidente che l'ampiezza della fattispecie della *união estável*, basata fondamentalmente su concetti elastici, finisce per compromettere la prevedibilità e la certezza del diritto, valori questi che il legislatore dovrebbe invece assicurare, considerate le conseguenze, soprattutto patrimoniali, delle convivenze di fatto<sup>62</sup>.

Indice emblematico dell'appena menzionata incertezza è la creazione – avvenuta nella prassi – di una tipologia di patto destinata ad escludere l'applicazione dell'art. 1723 cod. civ., e così anche la fattispecie dell'*união estável*. Trattasi del c.d. *contrato de namoro*, con il quale le parti ribadiscono l'irrilevanza giuridica del loro rapporto, per l'assenza di un obiettivo attuale e concreto di costituire una famiglia<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade, n° 4277 – DF, Rel. Min. Ayres Brito, v.u., j. 05.05.2011. Secondo il *Supremo Tribunal Federal*, il riferimento costituzionale alle *uniões estáveis* basate sulla “convivenza tra un uomo e una donna” non avrebbe potuto essere preso “alla lettera”, così da escludere le coppie omosessuali. La soluzione contraria avrebbe violato il generale dovere – costituzionalmente previsto – della Repubblica di «promuovere il bene di tutti, senza preconcetti relativi all'origine, alla razza, al sesso, al colore, all'età o qualsiasi altra forma di discriminazione». Per estendere – con l'approvazione della dottrina maggioritaria – la fattispecie dell'*união estável* alle coppie omosessuali il *Supremo Tribunal Federal* ha dovuto adottare un'interpretazione elastica dei principi costituzionali, che suscita qualche perplessità. La natura di tale operazione ermeneutica emerge chiaramente dal testo della sentenza, soprattutto dalla seguente affermazione: «Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas».

<sup>62</sup> In dottrina, vi è però anche chi sostiene la posizione contraria, e cioè che il legislatore dovrebbe astenersi dal disciplinare dettagliatamente l'*união estável*, lasciando alla giurisprudenza il compito di valutare la sussistenza oppure non di una convivenza di fatto: v. A. BIRCHAL, *União Estável* in *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, a cura di A. C. BROCHADO TEIXEIRA e G. PEREIRA LEITE RIBEIRO, cit., p. 121.

<sup>63</sup> Sebbene sia emerso nella prassi, il *contrato de namoro* è oggi riconosciuto ed esaminato anche dalla dottrina: cfr. R. MADALENO, *op. cit.*, p. 471 ss.



Ovviamente, non avendo le unioni stabili natura negoziale, gli effetti di un patto di questo tipo sono limitati, specialmente qualora esso contrasti con la realtà del rapporto instauratosi. Ciò non toglie, tuttavia, il valore che tale strumento può assumere come mezzo di prova dell'obiettivo di costituire una famiglia, richiesto dalla legge affinché si configuri un'unione stabile.

Alla luce delle osservazioni appena svolte, si potrebbe ragionevolmente ipotizzare un'insoddisfazione generale, in Brasile, in merito alla disciplina delle convivenze di fatto, considerate la sua incertezza, la sua imprevedibilità, e in qualche modo anche il suo autoritarismo. Ma non è così. Invero, poche voci hanno criticato la disciplina dell'*união estável*, sia pure, a nostro avviso, in modo pienamente condivisibile, giacché tale disciplina, sempre più vicina a quella del matrimonio, in molti casi finisce di fatto per "sposare *ex officio*"<sup>64</sup> tanti individui che consapevolmente non vogliono unirsi in matrimonio. Ciò finisce per pregiudicare la stessa libertà di stare insieme a qualcuno per la sola finalità di volergli bene<sup>65</sup>.

5. – Chiusa la parentesi sulle principali caratteristiche delle convivenze di fatto in Brasile, per come esse si sono storicamente sviluppate, rimane da affrontare la disciplina successoria delle *uniões estáveis*, materia questa che ha vissuto notevoli cambiamenti a

---

<sup>64</sup> L'espressione è di J.B. VILLELA, *Conferência de Encerramento da I Semana de Direitos da Família da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais*, inedito, 2004, p. 2 ss.

<sup>65</sup> Sembra opportuna, a tale proposito, la domanda di J.B. Villela: «In un ordine giuridico dove il matrimonio è gratuito e il divorzio si ottiene facilmente, quante volte si voglia, quale sarebbe il senso di una disciplina delle unioni affettive?». L'Autore è stato uno dei pochi in Brasile ad aver trattato in modo severamente critico le regole sulle convivenze di fatto, affermando testualmente: «Estamos perdendo a batalha pela liberdade no direito de família. Estamos sendo expurgados da autonomia de organizar nossas relações afetivas e de dar forma, expressão e destino ao nosso patrimônio. Mas sobretudo estamos perdendo nossa liberdade de amar. Uma conspiração urdida por legisladores, juízes, advogados e doutrinadores insiste em submeter o amor a efeitos extrínsecos às nossas vontades, fazendo nascer obrigações onde só queremos ver sonhos e emoção, monetarizando em tudo as relações de família e casando *ex officio* as pessoas que deliberadamente não se querem casar. Estar ou não estar casado é a mais pessoal das liberdades e unir-se pelo afeto o mais sagrado dos direitos. Hoje as pessoas não podem mais se aproximar umas das outras por pura afeição porque isso cheira a dinheiro, ônus, encargos ou para usar uma palavra da moda, tem sabor de estresse. Em uma ordem jurídica, onde o casamento é gratuito e o divórcio se obtém facilmente quantas vezes se queira, por que haver uma regulação das relações afetivas? Estáveis ou instáveis é nelas ou fora delas, é no casamento formal ou fora dele que cada um busca a realização de seus sonhos. E infeliz a sociedade onde temos de pagar pelos nossos sonhos. O Estado não tem o direito de nos proteger onde dispensamos a sua tutela, de nos defender onde abrimos mão de suas armas ou de nos impor o benefício de suas regras onde preferimos a prática da autodeterminação. A máxima *invito non datur beneficium*, se è válida para as relações patrimoniais privadas, mais ainda o è quando está envolvido o nosso direito ao autodesenvolvimento, que em boa hora o Art. 2º da *Grundgesetz* erigiu à categoria fundamental do ser humano» (J.B. VILLELA, *op. ult. cit.*, p. 2 ss.).



causa delle interpretazioni giurisprudenziali, le quali sono riuscite a riportare il diritto brasiliano sulla già menzionata strada dell'avvicinamento al matrimonio.

La partecipazione del convivente di fatto alla successione legittima è regolata dall'art. 1790 cod. civ., disposizione questa non presente nel progetto di legge presentato al Congresso nazionale nel 1975<sup>66</sup>. La disposizione è stata introdotta solo nel 1985, in occasione dei dibattiti svoltisi presso il Senato federale<sup>67</sup>. Essa fu a quel tempo considerata un notevole progresso, non essendo fino ad allora stati previsti diritti successori per il convivente superstite. Comunque, i diritti in quel momento introdotti erano assai limitati, soprattutto in confronto con quelli spettanti al coniuge superstite; ciononostante, rappresentavano un passo avanti rispetto alla legislazione previgente.

Eppure, l'art. 1790 cod. civ. sarebbe rapidamente divenuto anacronistico<sup>68</sup> e inadeguato, soprattutto dopo la Costituzione del 1988, con la quale l'ordinamento brasiliano ha preso, assai nettamente, la strada della parificazione tra i regimi del matrimonio e della convivenza di fatto. Sarebbe allora stato ragionevole pensare che il legislatore avrebbe adattato l'art. 1790 cod. civ. ai nuovi tempi e alla Costituzione. Ciò, però, non si è verificato.

Nel lungo e caotico<sup>69</sup> processo legislativo che ha portato all'approvazione del cod. civ. del 2002, non vi è stato spazio per un adeguamento della normativa introdotta nel 1985, essendosi così arrivati a una disciplina insufficiente, soprattutto se confrontata con le regole a quel tempo vigenti in tema di successione intestata del convivente superstite<sup>70</sup>.

L'art. 1790 cod. civ.<sup>71</sup> prevede che l'eredità del convivente si riferisca soltanto ai beni acquistati durante la convivenza, ad esclusione di quelli personali, soluzione questa che sembra poco appropriata per due ragioni fondamentali<sup>72</sup>. In primo luogo, il convi-

---

<sup>66</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 16.

<sup>67</sup> Cfr. G. M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *op. cit.*, p. 55.

<sup>68</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 16.

<sup>69</sup> J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 16.

<sup>70</sup> Non sono pochi nemmeno i problemi squisitamente tecnici legati all'art. 1790 c.c., che integra, forse più di ogni altra disposizione, un chiaro esempio dei fondamentali difetti del codice civile brasiliano: cfr. J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, p. 17. Si aggiunga che l'art. 1790 non è collocato, nel libro sul diritto delle successioni, nel titolo sulla successione intestata, bensì in quello sulla successione in generale.

<sup>71</sup> Art. 1.790: «A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outoro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança».

<sup>72</sup> Gli argomenti sono di J.P. SCHMIDT, *Intestate Succession*, cit., p. 153.



vente ha in linea di principio già diritto a tali beni in forza delle regole del diritto di famiglia, ciò che fa pensare che il legislatore abbia a ben vedere fatto confusione tra la disciplina del regime patrimoniale della famiglia e quella del diritto delle successioni.

In secondo luogo, l'art. 1790 cod. civ. stabilisce che, nel caso di concorso con i figli del *de cuius*, la quota spettante al convivente sia variabile: qualora i figli siano comuni, succedono tutti in parti uguali; qualora si tratti di figli solo del defunto, al convivente spetta la metà della quota loro attribuita. Stranamente, non si prevede alcunché in merito all'ipotesi – sempre più frequente – in cui vi siano figli comuni e figli solo del defunto, né in merito all'ipotesi di concorso tra il convivente e altri discendenti del *de cuius*.

Non è però questa la parte più controversa dell'art. 1790 cod. civ. Invero, il punto più discusso è la previsione di un concorso tra il convivente di fatto e “gli altri parenti successibili” – collaterali compresi – allorché il defunto non abbia lasciato figli. In tale caso, al convivente di fatto spetta un terzo dell'eredità. Si supponga, ad esempio, che il defunto lasci il convivente e due cugini, suoi parenti in linea collaterale di quarto grado. Al convivente spetta un terzo, mentre ai cugini vanno i restanti due terzi dell'eredità, fermo restando che la partecipazione del convivente è limitata ai beni del *de cuius* che facevano parte della comunione, come già chiarito. Si tratta di una soluzione assurda, soprattutto dal punto di vista di una delle più tradizionali giustificazioni fondamentali dell'ordine di preferenza tra i successibili *ab intestato*: la presunta volontà del defunto<sup>73</sup>. Infine, l'eredità è devoluta esclusivamente al convivente di fatto solo qualora non vi siano “altri parenti successibili”.

I problemi del regime successorio del convivente di fatto nel cod. civ. del 2002 non riguardano solo l'art. 1790. Sebbene già dal 1996 fosse stato riconosciuto ai conviventi di fatto il diritto reale di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare, il nuovo cod. civ. non ha previsto alcunché al riguardo. Ciò non ha tuttavia impedito la conferma di tale diritto da parte della giurisprudenza<sup>74</sup>, sulla base dell'argomentazione che, non essendosi il cod. civ. del 2002 occupato della materia in modo esaustivo, resterebbe in vigore la legislazione precedente<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Tale giustificazione è spesso messa in discussione dalla dottrina, che peraltro continua a riproporla: cfr. K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 446.

<sup>74</sup> Cfr. Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 1203144-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, *v.u.*, j. 27.05.2014; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 129227 – SC, Rel. Luís Felipe Salomão, *maioria*, j. 17.12.2013; Superior Tribunal de Justiça, Recurso especial n° 1.156.744 – MG, Rel. Min. Marco Buzzi, *v.u.*, j. 09.10.2012.

<sup>75</sup> Tale argomentazione è stata criticata, in modo pienamente condivisibile, da J.P. SCHMIDT, *op. ult. cit.*, 153: «From a methodological point of view, this argument seems slightly dubious, as the Code presumably



In presenza di questa contraddittoria e lacunosa normativa, è stata affermata l'incostituzionalità dell'art. 1790 del cod. civ. del 2002, prima da parte della dottrina<sup>76</sup> e poi – nel 2017 – da parte del *Supremo Tribunal Federal*<sup>77</sup>.

Secondo la più alta corte brasiliana, la distinzione tra i regimi successori del coniuge e del convivente di fatto sarebbe incostituzionale, dovendosi applicare anche a quest'ultimo l'art. 1829 c.c., in tema di successione intestata del coniuge superstite. Si giunge a tale conclusione ritenendo che la distinzione in parola sia incompatibile con la Costituzione, dalla quale non potrebbe desumersi una preferenza per le famiglie fondate sul matrimonio rispetto a quelle fondate sulla convivenza di fatto. In tale prospettiva, la differente disciplina successoria di cui all'art. 1790 cod. civ. sarebbe incostituzionale, dal momento che violerebbe i principi della dignità umana, della “proporzionalità come divieto di mancata protezione” e del “divieto di arretramento”.

L'operazione ermeneutica compiuta dal *Supremo Tribunal Federal* desta evidentemente molte perplessità, essendo quantomeno dubbio che i menzionati principi – di contenuto così generale, talvolta nemmeno previsti espressamente – possano portare all'incostituzionalità dell'art. 1790 cod. civ. Ciononostante, occorre registrare che il *Supremo Tribunal Federal* è di fatto riuscito a riportare la disciplina successoria della convivenza di fatto sulla strada che essa aveva cominciato a percorrere dal 1988.

Se, da un lato, le sentenze del *Supremo Tribunal Federal* hanno fatto una certa chiarezza sulla disciplina successoria della convivenza di fatto – cui si applicano le regole del matrimonio, come già evidenziato –, esse hanno, dall'altro lato, suscitato rilevanti dubbi, ancora irrisolti. Non è chiaro, ad esempio, se il convivente di fatto sia un legittimario alla pari del coniuge superstite, giacché tale qualificazione deriva dall'art. 1845, non dall'art. 1829 cod. civ. Essendo così considerato, il convivente di fatto è altresì tenuto alla collazione dei beni ricevuti in donazione dal *de cuius*? Purtroppo, non vi è ancora una risposta chiara a questa e ad altre domande, essendo comunque possibile cogliere una tendenza alla totale parificazione dei regimi.

---

intended to make full provision for cohabitation, but it is understandable from a practical point of view, as the cohabitant will often have the same interest as a spouse in the family house».

<sup>76</sup> In tal senso, v. C.S. DINIZ, *op. cit.*, p. 690 ss.; L.P. VIEIRA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 399; C. CHAVES DE FARIAS e N. ROSENVALD, *Curso de Direito Civil: Sucessões*, vol. 7, Atlas, 2015, p. 298 ss.

<sup>77</sup> Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário n° 878694-MG, Rel. Min. Roberto Barroso, *maioria*, j. 10.05.2017; Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário n° 646721-RS, Rel. Min. Roberto Barroso, *maioria*, j. 10.05.2017, con commento di J.P. SCHMIDT, *Das gesetzliche Erbrecht*, cit.



6. – Alla luce delle più rilevanti caratteristiche della disciplina successoria brasiliana del coniuge e del convivente di fatto, si può concludere che, dal 1988 ad oggi, si è affermata – seppure con qualche discontinuità – una tendenza alla parificazione dei regimi.

In dottrina è stato sottolineato che, sebbene la citata parificazione non sia del tutto sorprendente, dal momento che i rapporti tra i conviventi sono, per il loro concreto svolgimento, analoghi a quelli tra i coniugi – proprio per questo motivo, del resto, si parla di convivenza *more uxorio* –, non tutti i paesi si sono spinti così avanti<sup>78</sup>. In Brasile ciò è stato possibile soltanto perché si sono combinati una serie di fattori di diversa natura, anche storica e culturale. Ma l'elemento decisivo è stato senz'altro la Costituzione del 1988, che ha attribuito alla convivenza di fatto la natura di "entità familiare". In presenza di una scelta così chiara da parte del legislatore costituzionale, era prevedibile che la disciplina della materia prendesse la strada della parificazione tra la convivenza di fatto e il matrimonio, nonostante le profonde differenze intercorrenti tra l'una e l'altro.

Tutto ciò considerato, il modello brasiliano sembra troppo influenzato dalle variabili culturali, storiche, costituzionali e politiche del suo ordinamento di provenienza, affinché possa servire da ispirazione per altri paesi ancora alla ricerca del modo migliore per regolare le convivenze di fatto, anche in merito ai profili successori. Ciononostante, vale sicuramente la pena di studiare tale modello, soprattutto affinché altrove possano essere evitati i problemi e le difficoltà già vissuti in Brasile.

In conclusione, forse quello che l'esperienza brasiliana può offrire, più che un esempio di disciplina organica delle convivenze di fatto, è una domanda. Dopo due anni dall'entrata in vigore del cod. civ. del 2002, J.B. Villela<sup>79</sup> si chiedeva quale potesse essere il senso di una disciplina delle unioni affettive, essendo il matrimonio gratuito e potendo il divorzio essere ottenuto facilmente e senza limiti, ma oggi la questione è un'altra: consolidatasi nella prassi la parificazione, anche sul piano successorio, dei regimi dei conviventi di fatto e dei coniugi, quale reale utilità potrà assumere in futuro la disciplina del matrimonio?

---

<sup>78</sup> In tal senso, v. K.G.C. REID, M. DE WAAL, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 506: «If a surviving cohabitant must have been in a spouse-like relationship with the deceased, it is hardly surprising that the succession rights conferred in return are usually those of a surviving spouse. Some countries, however, are unwilling to go so far».

<sup>79</sup> J.B. VILLELA, *op. ult. cit.*, p. 2.



*RUGGERO PUPO*

*Dottore in giurisprudenza*

## **MORA E CONTRATTO DI MUTUO: CONTROLLO DI USURARIETÀ E CONSEGUENZE CIVILISTICHE**

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Natura giuridica degli interessi moratori.* – 3. *Usura e interessi moratori.* – 4. *Vaglio di usurarietà degli interessi moratori convenzionali.* – 5. *Conseguenze civilistiche.* – 6. *Conclusioni.*

1. – I controversi rapporti tra mora e normativa anti-usura hanno impegnato, ed invece impegnano ancora, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

La Suprema Corte di Cassazione non è ancora riuscita ad elaborare una soluzione interpretativa pienamente soddisfacente, incappando in contraddizioni ed incoerenze, talvolta inconsapevoli<sup>1</sup>, che la più attenta dottrina non manca di sottolineare.

Palesandosi incerti gli approdi interpretativi raggiunti, le giurisprudenza di merito e di legittimità procedono in ordine sparso, mentre non sembra prossimo un definitivo pronunciamento delle Sezioni unite sulla questione.

Ed invece, la definizione di un quadro interpretativo sistematico e coerente con la *ratio legis* dipende dalla soluzione di un quadruplice ordine di questioni.

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla recente conclusione raggiunta da Cass., SS.UU., 20 giugno 2018, n. 16303, in *Corr. giur.*, 2018, 11, 1339 ss., con nota di C. Colombo, *Commissione di massimo scoperto e disciplina antiusura: le sezioni unite avallano il principio di simmetria ed impongono la comparazione separata*, relativa alla diversa questione dell'inclusione delle CMS nel TEG. Dopo aver affermato *ore rotundo* l'assoggettabilità del tasso di interesse moratorio al tasso soglia con la pronuncia Cass., 17 maggio 2018, n. 27442, consultabile su [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), nella succitata sentenza il giudice di nomofilachia, nella sua massima composizione, ha avallato il c.d. "principio di simmetria", alla stregua del quale bisognerebbe includere nel TEG esclusivamente le voci di costo rilevate dalla Banca d'Italia ed incluse nel TEGM. L'affermazione di siffatto principio conduce, inevitabilmente, ad escludere il tasso moratorio dal TEG, siccome l'Autorità di vigilanza bancaria non ha mai tenuto conto del saggio di interesse di mora ai fini della formazione del TEGM.



Preliminarmente, va individuata la natura giuridica e la funzione degli interessi moratori, onde comprendere se essi partecipano alla composizione del complessivo costo del credito, ovvero se costituiscono una prestazione con funzione sanzionatoria.

In secondo luogo, indagando sulla struttura della disciplina anti-usura, bisogna saggiare la compatibilità degli interessi moratori con la nozione di “*interessi usurari*” di cui all’art. 644 c.p.

In terzo luogo, ove si accertasse la rilevanza degli interessi moratori ai fini della disciplina anti-usura, emergerebbe la necessità di individuare un sistema di valutazione degli stessi che sia, ad un tempo, capace di tenere in debito conto le peculiarità strutturali degli interessi moratori e coerente con l’individuata *ratio legis* degli artt. 644 c.p. e 1815 c.c.

Infine, occorre determinare le conseguenze civilistiche dell’usura riscontrata, allorché essa dipenda dal peso economico degli interessi moratori.

**2.** – Orbene, dall’individuazione della natura giuridica degli interessi moratori dipendono le conseguenze di disciplina in caso di tasso moratorio convenzionale eccessivo.

Proprio per questa ragione, la questione ha acceso il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Parte della dottrina<sup>2</sup>, a cui fa eco parte della giurisprudenza di merito<sup>3</sup>, ritiene che gli interessi moratori avrebbero una funzione sanzionatoria, e che pertanto si distinguerebbero dagli interessi corrispettivi, i quali avrebbero natura compensativa.

Specificamente, entrambi gli istituti sarebbero caratterizzati dalla loro natura di sanzione privata, di guisa che entrambi dovrebbero soggiacere al generale principio di proporzionalità delle sanzioni, ricavabile dall’art. 25, Cost, nonché dall’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Senonché, mentre la disciplina della clausola penale prevede uno strumento di garanzia idoneo ad evitare la sproporzione in eccesso della sanzione privata, ossia il potere di riduzione ad equità della penale eccessiva di cui all’art. 1384 c.c., la disciplina degli interessi moratori sarebbe, sul punto, lacunosa.

---

<sup>2</sup> G. GUIZZI, *La Cassazione e l’usura... per fatto del debitore (“Aberrazioni” giurisprudenziali in tema interessi di mora e usura)*, in *Cor. giur.*, 2019, 2, 153 ss.; A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 5, 501 ss; L. CANDIANI, *Contratti di credito: l’ossimoro dell’usura e della mora*, in *Cor. Giur.*, 2018, 6, 807 ss.

<sup>3</sup> *Ex multis*, Trib. Milano, 16 febbraio 2017, n.16873, Rep. 1508/2017, consultabile su [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); ABF, 28 marzo 2014, n. 1875, in [www.arbitrobancarioefinanziario.it](http://www.arbitrobancarioefinanziario.it).



La citata dottrina, riscontrata l'esistenza di entrambi i presupposti del ricorso all'analogia – lacuna normativa nella disciplina degli interessi moratori ed *eadem ratio* rispetto alla più completa disciplina della clausola penale – ha proposto l'applicazione dell'art. 1384 c.c. in caso di tasso convenzionale di mora eccessivo<sup>4</sup>.

Ciò nondimeno, l'iter argomentativo esposto sembra confondere la diversità del titolo, da cui gli interessi di diversa specie originano, con la diversità della funzione (che, come vedremo, non sussiste).

Resta incontestato il fatto che essi, con riguardo al mutuo, si originino da titoli diversi: gli interessi corrispettivi sono dovuti in ragione del contratto stipulato, mentre gli interessi moratori sono dovuti all'esito di una fattispecie complessa, costituita dalla stipulazione del contratto e dall'inveramento della *mora debendi*<sup>5</sup>.

E probabilmente è proprio questa la premessa taciuta dei fautori della teoria dell'alterità funzionale: che due prestazioni imposte in base a titoli diversi debbano svolgere una funzione diversa.

Non può non destare l'attenzione dell'interprete il fatto che gli interessi moratori debbano essere corrisposti in ipotesi di inadempimento, e che gli interessi corrispettivi, originandosi dal solo negozio giuridico, debbano essere corrisposti anche nello scenario fisiologico del tempestivo adempimento.

La suggestione, tuttavia, conduce fuori strada, in quanto prova troppo.

La diversità del titolo è certamente un indice sintomatico della diversità funzionale, ma non un argomento decisivo in tal senso.

Un indice sintomatico che è destinato a cedere il passo ai ben più solidi argomenti già spiegati dalla dottrina e dalla giurisprudenza che sostengono la natura compensativa degli interessi moratori.

Si può immaginare, invero, una sterminata teoria di prestazioni patrimoniali imposte da titoli diversi eppure ugualmente funzionalizzate.

Basti considerare il caso del venditore di cosa viziata, che assuma l'obbligazione di rimuovere il vizio della cosa.

Nel caso di specie il compratore può scegliere tra l'esercizio del suo diritto potestativo, ex art. 1492 c.c., di ottenere la riduzione del prezzo, e l'esercizio del diritto di

---

<sup>4</sup> A.A. DOLMETTA, *Su usura*, cit., 501 ss.; E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Cor. Giur.*, 1999, 7, 890 ss; L. CANDIANI, *Contratti*, cit., 807 ss.; Trib. Milano, Sez. VI civ., 16 febbraio 2017, n.16873, Rep. 1508/2017; ABF, 28 marzo 2014, n. 1875, in [www.arbitrobancarioefinanziario.it](http://www.arbitrobancarioefinanziario.it).

<sup>5</sup> Da tanto deriva il fatto che, mentre gli interessi moratori interagiscono con la disciplina della responsabilità da inadempimento, gli interessi corrispettivi sono dovuti anche in caso di ritardo non imputabile al debitore.

# JUS CIVILE



credito derivante dall'obbligazione – successiva e separata rispetto al contratto di vendita – assunta dal venditore<sup>6</sup>.

Nonostante la palese diversità del titolo da cui le due situazioni giuridiche originano, non è dubitabile il fatto che le prestazioni relative svolgano la medesima funzione: ripristinare lo squilibrio contrattuale determinato dall'inesatto adempimento di parte venditrice.

Ed infatti, secondo un'impostazione giurisprudenziale autorevolmente fatta propria da una recente pronuncia della Suprema Corte<sup>7</sup>, nonché da autorevole dottrina<sup>8</sup>, gli interessi moratori hanno la medesima funzione degli interessi corrispettivi (ancorché non ne condividano il titolo): ristorare il differimento nel tempo del godimento di un capitale.

Alla medesima conclusione si giunge altresì guardando alla copiosa giurisprudenza di legittimità<sup>9</sup> formata in tema di onere della prova del maggior danno di cui all'art. 1224, comma, 2 c.c., la quale dà per presupposta la funzione degli interessi moratori come compensativi del danno da ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Né va taciuta l'indicazione, alquanto netta, che emerge dall'art. 1224 c.c.

La norma, esonerando eccezionalmente il creditore dall'onere della prova del danno, detta una disciplina eccezionale, la quale tuttavia testimonia la connessione degli interessi moratori con il danno da ritardo.

In secondo luogo, in caso di tasso moratorio legale, l'art. 1224 c.c. garantisce il risarcimento del maggior danno non ristorato mediante gli interessi moratori.

Dall'altro lato, il legislatore si preoccupa di escludere la risarcibilità del maggior danno in caso di pattuizione di un tasso d'interesse moratorio convenzionale: se è esclusa la risarcibilità del maggior danno (quand'anche esistente), *a fortiori* deve ritenersi esclusa la possibilità di configurare gli interessi moratori come una sanzione

---

<sup>6</sup> *Ex multis*, Cass., SS.UU., 21 giugno 2005, n. 13294, in *www.altalex.com*, 15 luglio 2005, con nota di G. BUFFONE; Cass., SS.UU., 13 novembre 2012, n. 19702, in *www.neldiritto.it*.

<sup>7</sup> Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, cit.

<sup>8</sup> B. INZITARI, *La moneta*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, 4, Cedam, 1983, 206 ss.; M. LIBERTINI, *Interessi*, in *Enc. del dir.*, XXIII, Giuffrè, 1972, 101 ss.; E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Trattato Rescigno*, 9, Utet, 1999, 521 ss.

<sup>9</sup> Cass.civ., SS.UU., 16 luglio 2008, n. 19499, in *www.altalex.com*; Cass. civ., 30 novembre 1978, n. 5670, in *Foro it.*, 1979, I, 15 ss.; in *Giur. it.*, 1979, 971, I, 1 ss.; in *Resp. civ. e prev.*, 1979, 39; in *Arch. civ.*, 1979, 620 ss.; in *Vita notarile*, 1978, 1112 ss.; Cass., 7 gennaio 1983, n. 123, in *Giust. civ.*, 1983, I, 766 ss.; in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 574 ss.; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1983, II, 297 ss.

# JUS CIVILE



privata, il cui *quantum* ecceda il danno patito dal creditore per il mancato godimento del capitale.

In definitiva, gli interessi moratori sono una speciale forma di risarcimento del danno, conseguente ad un'ipotesi di responsabilità civile.

Concordemente a quanto ritiene la più recente giurisprudenza della Cassazione<sup>10</sup>, la responsabilità civile può perseguire plurime finalità, ma la funzione compensativa resta preminente.

Si può invero strutturare anche come sanzionatoria, ma a tal fine è necessario che la legge lo consenta esplicitamente, alla stregua del principio di legalità e tassatività-prevedibilità di cui agli artt. 25 della Costituzione e 49 della Carta di Nizza.

Al contrario, con riferimento alla disciplina de qua, il legislatore fornisce all'interprete decisivi ed insuperabili indicazioni, manifestanti la stretta connessione degli interessi moratori con il danno da ritardo arrecato al creditore.

Dunque, tanto gli interessi corrispettivi quanto gli interessi moratori compensano la privazione del capitale, come pure dimostra un rapido raffronto degli artt. 1229 e 1282 c.c.

Gli interessi corrispettivi si producono di pieno diritto su una credito di somma di denaro liquida ed esigibile, e gli interessi moratori si producono dal giorno della mora, la quale decorre *ex re* per le obbligazioni pecuniarie, ossia quando il credito relativo, già liquido, diviene esigibile.

Tanto gli interessi moratori quanto gli interessi corrispettivi sono dovuti dal momento in cui il creditore potrebbe godere della somma di denaro – la quale deve essere appunto esigibile – ma non ne gode.

Quindi, anche la medesimezza del momento di decorrenza degli interessi moratori e corrispettivi depone a favore della tesi della comune funzione riparatorio-compensativa.

All'indomani della minuziosa ricostruzione storica della disciplina degli interessi moratori, posta in essere dalla già citata Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, un ulteriore e più approfondito vaglio della questione appare esercizio sterile.

---

<sup>10</sup> Cass. civ., SS.UU., 5.7.2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2274 ss, con nota di E. Gabrielli e A. Federico, *Una premessa*; G. Ponzanelli, *Il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*; O. Clarizia, *Danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*; A. Saravalle, *Cronaca di una sentenza annunciata (per gli internazionalprivatisti)*; L. D'ANDREA, *Principio di ragionevolezza e danni punitivi: la prospettiva costituzionale*; F. GIGLIOTTI, *Danni punitivi e sistema processuale (civile)*; A. Palmieri, *Danni punitivi nel diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale: quali prospettive?*; S. Carabetta, *I punitive damages tra crisi di proporzionalità e teoria dell'illecito civile*.



3. – A questo punto dell'analisi si impone un breve *excursus* sulla natura della normativa anti-usura.

Come autorevolmente rilevato dalla Corte di legittimità<sup>11</sup>, la definizione di usura, ed il divieto relativo, sono contenuti nell'art. 644 c.p., limitandosi, l'art. 1815, comma 2, c.c. ad apprestare una sanzione per la violazione di un precetto situato *aliunde*, e l'art. 2, L.n. 108 del 1996 ad impartire istruzioni circa le modalità di individuazione del tasso-soglia.

Sicché, di usura si può parlare esclusivamente se la fattispecie concreta risulta sussumibile nel disposto dell'art. 644, c.p..

Bisogna dunque indagare sull'ampiezza della fattispecie astratta, onde individuare le voci di costo rilevanti ai fini del divieto ivi imposto.

Orbene, tanto i commi 1, 3 e 5 dell'art. 644 c.p., quanto l'art. 2, comma 4, della Legge 7 marzo 1996 n. 108, usano il termine “interessi”, o “interesse”, senza specificazione di sorta.

Una simile descrizione della fattispecie impedisce l'interpretazione restrittiva, specialmente ove si consideri la *ratio* della disciplina anti-usura, volta a proteggere il contraente debole dall'imposizione di una controprestazione eccessiva.

È invero assai improbabile che il legislatore abbia inteso tutelare il debitore dall'eccessività dei soli interessi corrispettivi, consentendo invece al creditore di pervenire al medesimo risultato vietato (cioè l'imposizione di una controprestazione sproporzionata in eccesso) mediante l'imposizione di costi abnormi diversi dagli interessi corrispettivi.

Sul punto, basti considerare il disposto dell'art. 644, comma 5, c.p., alla stregua del quale per la determinazione del tasso di interesse usurario deve tenersi conto delle “*commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito*”.

La scelta di usare il lemma “interesse”, con significato atecnico ed onnicomprensivo, si spiega proprio con la necessità di precludere possibili elusioni del precetto penale.

Se la disposizione avesse compiuto un'elencazione tassativa delle spese rilevanti, sarebbe stata facilmente eludibile mediante l'elaborazione di abnormi voci di costo atipiche o comunque non ricomprese nell'elenco.

---

<sup>11</sup> Cass., SS.UU., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *Corr. giur.*, 2017, 12, 1484 ss., con nota di G. GUIZZI, *Le sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta* e di S. Pagliantini, *L'usurarietà sopravvenuta e il canone delle SS. UU.: ultimo atto?*.



Sicché, l'arbitraria esclusione della rilevanza, ai fini della disciplina anti-usura, di talune voci di costo, appare contraria alla *ratio* della normativa.

Partendo dalle premesse adombrate, si deve concludere per la rilevanza, ai fini della normativa anti-usura, degli interessi moratori.

La formulazione dell'art. 644, comma 1, c.p., mediante l'inciso "*in corrispettivo di una prestazione di denaro o altra utilità*", non vale a limitare la rilevanza, ai fini della fattispecie, dei soli interessi corrisposti a titolo di corrispettivo, siccome si riferisce, atecnicamente, alla funzione compensativa propria di qualsivoglia tipologia di interesse.

Tanto emerge chiaramente dal disposto dell'art. 1, d.l. n. 394 del 2000, a tenore del quale: "*ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 del codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento*".

L'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000 è oggi pacificamente qualificato come norma di interpretazione autentica<sup>12</sup>, talché se ne deve giocoforza riconoscere la valenza esegetica rispetto alla legge interpretata<sup>13</sup>.

Del resto, la medesima relazione di accompagnamento all'esame parlamentare del disegno di legge da cui trasse origine la legge di conversione del decreto succitato specifica che lo scopo del decreto è quello di chiarire come si dovesse valutare l'usurarietà di qualsiasi tipo di interesse, "*sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio*"<sup>14</sup>.

In definitiva, la disciplina anti-usura si fonda su di un eccezionale<sup>15</sup> sindacato sul complessivo equilibrio economico del contratto<sup>16</sup>, di guisa che di "interessi usurari" si può parlare non in relazione a questa o quella voce del costo sopportata dal debitore, bensì esclusivamente in relazione all'intera controprestazione complessa.

Orbene, non v'è chi non veda come il problema dell'usurarietà si ponga esclusiva-

---

<sup>12</sup> La pronuncia Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Gazzetta Ufficiale, I serie speciale, 6 marzo 2002, n. 10*, ha confermato la natura di interpretazione autentica dell'art. 1, comma 1, d.l. n. 394 del 2000, dichiarando altresì infondate le questioni di costituzionalità rispetto ad esso sollevate dal Tribunale di Benevento e dal Tribunale di Taranto.

<sup>13</sup> Contra, vedasi per tutti, L. CANDIANI, *Contratti*, cit. 807 ss., nota n. 5).

<sup>14</sup> Cfr. §4 della Relazione di accompagnamento all'esame in aula del D.d.l. n. S-4941, XIII legislatura, consultabile su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>15</sup> Ci si riferisce al noto principio di insindacabilità dell'equilibrio economico nel c.d. "primo contratto" (quello regolato dal codice civile), non essendo invece eccezionale tale forma di sindacato nel c.d. "terzo contratto", caratterizzato dallo squilibrio del potere contrattuale delle parti.

<sup>16</sup> Nello stesso senso, tra gli altri, B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso «soglia» della disciplina antiusura o al divieto di anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, 1, 275 ss.



mente con riguardo agli interessi moratori convenzionali, non potendosi ritenere censurabili, alla stregua della normativa anti-usura, gli interessi moratori praticati ad un saggio fissato dal legislatore.

Ed invero, il combinato disposto degli artt. 5, D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, e 2, D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, fissa il criterio di determinazione del tasso legale degli interessi moratori, applicabile alle transazioni commerciali.

In virtù del criterio prescelto – il tasso di interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca Centrale Europea aumentato di 8 punti percentuali – non di rado tale saggio trascende il tasso-soglia.

È infatti ben nota la funzione sanzionatoria della disciplina – speciale – citata, di guisa che gli interessi moratori riconosciuti al creditore non si limitano a ristorare il danno da questi patito per il mancato godimento del denaro.

Anzi, il creditore si trova a locupletare, legittimamente, sul ritardo della controparte.

Di contro, il debitore, corrispondendo gli interessi moratori al tasso legale, non si limita a ristorare per intero il danno patito, ma subisce un impoverimento ulteriore, ritenuto dal legislatore proporzionato al disvalore dell'illecito commesso.

Da tale evenienza, parte della dottrina<sup>17</sup> ricava una conferma alla tesi dell'irrilevanza della mora ai fini della disciplina anti-usura, ritenendosi irrazionale sanzionare un tasso di mora ultra-soglia, se convenuto dalle parti, pari o a dirittura inferiore a quello legale previsto per le transazioni commerciali.

Ciò nondimeno, non si può omettere di considerare che la discrezionalità legislativa e l'autonomia negoziale patiscono limitazioni affatto diverse.

Se il legislatore, nel configurare come sanzionatorio uno strumento normalmente riparatorio, non incontra altro limite che gli artt. 25 Cost., 49 Carta di Nizza e 7 CEDU, l'esercizio dell'autonomia privata deve essere altresì conforme alla legge vigente, e risultare meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c..

Tra le leggi che limitano l'autonomia privata vi sono proprio gli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c.

Né può dirsi oscura la ragione che ha indotto il legislatore a vietare all'autonomia privata ciò che egli stesso si riserva di fare – strutturare come sanzione privata l'interesse moratorio –, essendo evidente che il rischio di abuso dello strumento sanzionatorio civilistico sussista esclusivamente con riferimento ai privati.

---

<sup>17</sup>Vedansi per tutti L. CANDIANI, *Contratti*, cit., 807 ss; C. ROBUSTELLA, *La dibattuta questione della rilevanza degli interessi di mora ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura*, in *Jus civile*, 2016, 3, 154 ss.



Infine, neppure va taciuto il fatto che, pur nel disaccordo circa le modalità della verifica e circa le conseguenze civilistiche della riscontrata usurarietà della mora, la Suprema Corte<sup>18</sup> e la Corte Costituzionale<sup>19</sup> sono ormai ferme nel ritenere che anche gli interessi moratori non sfuggano alla normativa anti-usura.

E non sembra averne mai dubitato neppure la Banca d'Italia<sup>20</sup>, ad onta della mancata rilevazione dei tassi di mora praticati dagli istituti di credito ai fini della formazione del TEGM, spiegabile con la necessità di non determinare il rialzo dei tassi-soglia<sup>21</sup>.

Così facendo, infatti, per includere il costo (solo eventuale) della mora, si consentirebbe ai mutuanti di rialzare gli interessi corrispettivi (costo certo), siccome quel rialzo sarebbe assorbito dall'aumento del tasso-soglia determinato dall'inserimento degli interessi moratori nel TEGM.

Tanto chiarito, vanno sciolti i veri nodi gordiani, ossia (i) il metodo da utilizzare per riscontrare l'usurarietà del saggio di interesse convenzionale moratorio e (ii) le conseguenze civilistiche della predetta usurarietà.

4. – Secondo una prima, minoritaria, impostazione della giurisprudenza di merito, gli interessi moratori convenzionali dovrebbero essere sommati al TEG, ed insieme ad esso comparati al tasso-soglia.

Una seconda impostazione giurisprudenziale ritiene che essi dovrebbero essere autonomamente comparati al tasso-soglia<sup>22</sup>.

Ed invero, entrambe le predette teorie vanno scartate, stante la loro fallacia matematica, logica e giuridica<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> *Ex multis*, Cass. 9 gennaio 2013, n. 350, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 5, 498 ss., con nota di A.A. Dolmetta, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 7-8, 675 ss., con nota di A. Tarantino, *usura e interessi di mora*; Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Giur. It.*, 2000, I, 1665; Cass., 11 gennaio 2013, n. 602, consultabile su [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Cass., 11 gennaio 2013, n. 603, consultabile su [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

<sup>19</sup> Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, cit.

<sup>20</sup> *Cfr.* Circolare Banca d'Italia 03.07.2013, §4, la quale afferma “in ogni caso, anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura”.

<sup>21</sup> Nello stesso senso, A.A. DOLMETTA, *Su usura*, cit., 501 ss.

<sup>22</sup> Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, cit.

<sup>23</sup> La sentenza Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, cit., 501 ss., nell'affermare la rilevanza degli interessi moratori ai fini della normativa anti-usura, ha indotto parte minoritaria della dottrina a ritenere che, quando la somma tra tasso di interesse corrispettivo e tasso di interesse moratorio supera il tasso soglia, si verificherebbe un fenomeno d'usura. Sennonché, come esaustivamente chiarito, tra gli altri, da Trib. Milano, 6 giu-



In particolare, così argomentando si oblitera la base di calcolo dei valori percentuali in comparazione.

Mentre il TEG è una percentuale riferita all'intera sorte capitale, il tasso di interesse moratorio si riferisce alla singola rata scaduta e impagata, sicché sommare il tasso di interesse moratorio al TEG significa sommare due grandezze differenti.

La descritta sommatoria non rappresenta il complessivo costo del credito, ma un valore fittizio, la cui grandezza dipende proprio dall'ingiustificata applicazione al tasso di mora di una base di calcolo (l'intera sorte capitale) diversa da quella reale (la singola rata scaduta).

Parimenti, confrontare il tasso di interesse moratorio con il tasso-soglia significa confrontare due grandezze disomogenee, siccome il tasso soglia è pari al TEG medio (con base di calcolo l'intera sorte capitale) maggiorato di uno *spread*.

Sicché, esemplificando, il mutuatario che sopporta un tasso di interesse moratorio superiore al TEGM non per questo sopporta un costo complessivo del credito superiore alla media (cosa che invece avviene nel caso in cui il TEG sia superiore al TEGM).

Inoltre, tale criterio di controllo risulta, da un lato, troppo restrittivo, dall'altro, troppo espansivo.

È troppo restrittivo perché non consente di rilevare l'usurarietà nei casi in cui i tassi moratorio e convenzionale siano, separatamente considerati, inferiore al tasso soglia, ma in concreto e complessivamente determinino un costo del credito rispetto ad esso eccedente.

È troppo espansivo perché impone il rilievo di usurarietà nel caso in cui il tasso di mora sia superiore al tasso soglia, quand'anche, mancando gli inadempimenti del debitore o protraendosi per un breve lasso di tempo, esso non determini un concreto squilibrio economico tra le prestazioni delle parti.

Per ovviare alla disomogeneità delle basi di calcolo, un terzo orientamento giurisprudenziale<sup>24</sup>, il cui impianto di fondo viene condiviso da parte minoritaria della dottrina<sup>25</sup>, ritiene che il tasso convenzionale di mora vada comparato al c.d. tasso di "mora-soglia", ottenuto aumentando il tasso-soglia individuato dalla Banca d'Italia con uno *spread* di 1,9 punti percentuali.

---

gno 2018, n. 6369, consultabile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), la Suprema Corte non ha mai legittimato la predetta operazione aritmetica. Nello stesso senso, D. GRIFFO, *Interessi moratori, usura e anatocismo: la querelle infinita*, in *I Contratti*, 2015, 5, 507 ss.

<sup>24</sup> Di recente, Trib. Roma, 7 dicembre 2018, n. 23603, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it).

<sup>25</sup> In tal senso, A. TARANTINO, *Usura e interessi di mora*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 1, 679 ss.; M. AVAGLIANO, *Profili problematici in tema di usura: interessi di mora e ius superveniens*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 399 ss.



Il tasso di “mora-soglia” si ricaverebbe dalle indicazioni fornite mediante la circolare Banca d’Italia 3 luglio 2013, la quale specificava che il tasso di mora medio praticato dagli operatori del mercato del credito era maggiore del 2,1% rispetto al tasso soglia.

Recentemente, il D.M. del 21.12.2017 ha riproposto le rilevazioni dei tassi di mora, individuando, con riferimento ai mutui, uno *spread* dell’1,9% da applicare al tasso soglia individuato per la medesima categoria negoziale.

L’elaborazione di un tasso-soglia specifico per gli interessi moratori consente la comparazione di valori percentuali riferiti alla medesima base di calcolo.

Senonché, dal momento che l’usura si configura come un complessivo squilibrio economico tra le prestazioni imposte alle parti dal negozio, non appare corretto parcelizzare il vaglio di usurarietà, separando la frazione di costo costituito dagli interessi moratori dalle altre voci inserite nel TEG.

Pertanto, tale tasso di “mora-soglia” si ottiene mediante un aumento arbitrario e non consentito dalla legge del tasso-soglia<sup>26</sup>.

Invero, lo *spread* predetto dovrebbe essere elaborato sulla base di rilevazioni periodiche dei tassi di mora praticati, a cui dovrebbe conseguire l’individuazione periodica del tasso di mora medio.

Al contrario, la Banca d’Italia procede alle predette rilevazioni in maniera rapsodica, talché l’oscillazione del tasso di “mora-soglia” dipende essenzialmente dalle oscillazioni del TEGM, mentre non si considerano le variazioni periodiche del tasso di mora medio.

Neppure vale a conferire legittimità al tasso “mora-soglia” la recente riedizione della rilevazione, contenuta nel D.M. del 21.12.2017, giacché, in ogni caso, tale rilevazione non è richiesta dall’art. 2 della legge 7 marzo 1996, n.108, il quale invece impone l’individuazione di un costo complessivo medio per ogni “operazione”, cioè per ogni tipo negoziale, e non l’individuazione della media di ogni voce di costo del credito.

Infine, alcuna norma di legge prevede un doppio tasso, uno valevole per il TEG e l’altro per il solo interesse moratorio, essendo unitaria la definizione di usura oggettiva.

Considerato quanto sopra, non v’è chi non veda come tale parametro di valutazione dell’equilibrio economico risulti inadatto.

Ma, in maniera ancor più radicale, e considerando che l’usura consiste in una forma

---

<sup>26</sup> Nello stesso senso, Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, cit.; A.A. DOLMETTA, *Su usura*, cit., 501 ss; L. CANDIANI, *Contratti*, cit., 807 ss; G. D’AMICO, *Principio di simmetria e legge anti-usura*, in *Contratti*, 2017, 5, 501 ss, nota n. 11).



di squilibrio economico negoziale eccezionalmente rilevante, bisogna concludere che l'usurarietà non può riguardare questo o quel tipo di interesse, bensì l'intero costo del credito.

Indi, deve essere valutata per tutto ciò che costituisce, in concreto, costo del credito, ed in relazione all'intera entità del credito concesso, di guisa che si possa apprezzare il complessivo assetto economico del negozio; verificare l'usurarietà dei soli interessi moratori significa valutare il peso economico di una singola voce di costo in relazione ad una singola rata, cioè in relazione ad una frazione del credito.

Il tasso soglia è un parametro a cui comparare il complessivo costo del credito, sicché ogni prestazione patrimoniale volta a remunerare la concessione del credito va accorpata nel TEG, in guisa da effettuare un unico e definitivo accertamento dell'usurarietà.

Pertanto, l'analisi va condotta includendo nel TEG anche quella frazione di costo del credito determinato dalla mora.

Parte della giurisprudenza<sup>27</sup> obietta che la disomogenea composizione di TEG e TEGM inficerebbe la logicità della comparazione, ed afferma la sussistenza del c.d. principio di simmetria, alla stregua del quale si potrebbero comparare esclusivamente tassi composti mediante l'accorpamento delle medesime voci di costo.

Senonché, la pur suggestiva tesi si espone ad insuperabili rilievi critici.

Anzitutto, bisogna rilevare che il vaglio di usurarietà implica la comparazione del TEG al tasso-soglia, non al TEGM, ed il tasso-soglia è pari al TEG maggiorato del 25% più 4 punti percentuali.

Tale *spread* ha la funzione di assorbire non solo un aumento del TEG giustificato dall'eventuale maggior rischio che assume l'istituto di credito, ma altresì tutte le voci di costo del credito non rilevate dalla Banca d'Italia e non incluse nel TEGM.

Il principio di simmetria, sprovvisto di qualsivoglia addentellato normativo (tanto che si giustifica con un oscuro ricorso alla "logicità"), sarebbe idoneo a dare la stura all'elusione della disciplina anti-usura, mediante l'applicazione di costi non inclusi nel TEGM, i quali pertanto sarebbero sottratti al vaglio di usurarietà<sup>28</sup>.

Ed invero, focalizzandosi il concetto di usurarietà come squilibrio economico contrattuale, risulta evidente che il tasso-soglia svolga la funzione di parametro oggettivo di equità, mentre il TEG rappresenta l'indice del costo complessivo e concreto del credito.

---

<sup>27</sup> Per la giurisprudenza di legittimità vedasi, da ultimo, Cass. civ., SS.UU., 20 giugno 2018, n. 16303, cit., 1339 ss., la quale afferma che le CMS non andrebbero incluse nel TEG proprio in virtù del principio di simmetria; per la giurisprudenza di merito vedasi Trib. Roma, 7 dicembre 2018, n. 23603, cit.

<sup>28</sup> Nello stesso senso vedasi G. D'AMICO, *Principio*, cit., 501 ss.



Ma la determinazione del costo complessivo del credito è accertamento di fatto riservato al giudice di merito, il quale deve prudentemente valutare la natura remuneratoria (a qualsiasi titolo) della voce di costo considerata onde includerla nel TEG, conformemente al disposto dell'art. 644 c.p.

L'affermato principio di simmetria, invece, consentirebbe surrettiziamente alla Banca d'Italia di conculcare il potere giudiziale di accertamento e qualificazione giuridica del fatto, implicando che il procedimento di determinazione del TEG in concreto sopportato dal mutuatario sia identico a quello seguito dall'Autorità di vigilanza nella rilevazione del TEGM.

Le difficoltà dell'inclusione della mora nel TEG dipendono essenzialmente dal variabile fattore temporale.

Mentre gli interessi corrispettivi sono dovuti per intervalli temporali determinati nel piano di ammortamento, sicché è sempre nota l'incidenza del fattore tempo rispetto ad essi, gli interessi moratori potrebbero non essere dovuti affatto, ovvero essere dovuti per pochi giorni, o per molti giorni, a seconda dell'entità del ritardo dell'adempimento del debitore.

La natura solo eventuale del costo del credito determinato dalla mora incide sul metodo di valutazione di detto costo.

In particolare, non è possibile valutare *ex ante* la reale incidenza degli interessi moratori sull'equilibrio economico del contratto, siccome non è possibile prevedere l'inadempimento del debitore e la sua protrazione temporale.

Dunque, l'unica strada tecnicamente percorribile per assoggettare gli interessi moratori al vaglio di usurarietà pare essere quella indicata, nel 2014, dal Tribunale di Milano<sup>29</sup>.

In particolare, bisogna:

sommare gli importi già corrisposti a titolo di mora dal debitore con gli importi pagati a titolo di interessi corrispettivi e spese incluse nel TEG;

rapportare la somma così ottenuta all'intera sorte capitale del credito concesso, onde rilevare l'incidenza percentuale sullo stesso;

comparare la percentuale ottenuta al tasso-soglia vigente al momento della stipulazione del contratto.

In definitiva, più che un vaglio di usurarietà degli interessi moratori convenzionali, si deve porre in essere un vaglio di usurarietà della complessiva controprestazione richiesta

---

<sup>29</sup>Trib. Milano, 28 gennaio 2014, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it).



al debitore per effetto della mora, la quale partecipa al costo del credito solo se effettivamente pagata.

Si ritiene che questa impostazione abbia un duplice pregio.

In primo luogo, consente un controllo dell'effettivo equilibrio contrattuale, senza imporre una parcellizzazione – contraria alla *ratio* della disciplina anti-usura – del vaglio di usurarietà.

Il legislatore avrebbe potuto individuare una serie di tassi soglia, distinti per voce di costo, ed imporre il vaglio di usurarietà individuale per ogni voce.

Invece, ha optato per una definizione onnicomprensiva di “interesse usurario”, in definitiva riferita alla complessiva controprestazione imposta al debitore.

In secondo luogo, il descritto criterio di calcolo conduce, in concreto, ad accertare l'usura del mutuo per effetto della mora in casi davvero rari, essendo all'uopo necessario che il TEG lambisca il tasso soglia già prima dell'inclusione degli interessi moratori<sup>30</sup>.

La concreta limitazione così ottenuta dei casi di usura determinati dagli interessi moratori è coerente, da un lato, con lo scarso peso sul costo complessivo del credito che gli interessi moratori esercitano normalmente; dall'altro, con la gravità della sanzione che, secondo l'impostazione in questa sede patrocinata, deve conseguire all'accertamento della usurarietà<sup>31</sup>.

Né si potrebbe a ragione obiettare che l'usura così individuata sarebbe un'usura sopravvenuta<sup>32</sup>, irrilevante così come chiarito dal D.l. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, nonché da un recente arresto delle Sezioni unite della Suprema Corte<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> In Trib. Milano, 28 gennaio 2014, cit. si considera che “*potrebbe parlarsi di cumulo usurario di interesse corrispettivo e interesse di mora nel solo caso in cui, in presenza di ritardato pagamento, il conteggio dell'interesse di mora sull'intera rata, comprensiva di interessi, sommata all'interesse corrispettivo, determinasse un conteggio complessivo di interessi che rapportato alla quota capitale si esprimesse in una percentuale superiore al tasso soglia; ciò è tuttavia ipotesi estremamente improbabile quando tasso corrispettivo e tasso di mora siano singolarmente al di sotto del tasso soglia, dovendo considerarsi che il tasso di mora va ad incidere non già sull'intero capitale ma sulla frazione mensile portata in ammortamento e sulla relativa quota di interessi compresa nella rata rimasta impagata (il cumulo degli interessi conteggiati ad entrambi i titoli potrebbe superare il tasso di soglia, già all'epoca della pattuizione, solo nell'ipotesi limite di tassi corrispettivi e di mora poco differenziati e poco al di sotto del tasso soglia, [...] il superamento nel prosieguo si avrebbe invece quando l'inadempimento si protraesse per un numero talmente elevato di rate, ipotesi teorica incompatibile con il permanere dello stesso rapporto contrattuale, da determinare mensilmente un conteggio cumulato di interessi corrispettivi e moratori talmente elevato da risultare percentualmente superiore al tasso soglia ove raffrontato al capitale mutuato)*”.

<sup>31</sup> Si veda *infra*, al successivo §5.

<sup>32</sup> *Contra*: Cass. 9 gennaio 2013, n. 350, cit., 501 ss.

<sup>33</sup> Cass. civ., SS.UU., 19 ottobre 2017, n. 24675, cit., 1484 ss.



Non si deve confondere il fenomeno dell'usura sopravvenuta, determinato dal ribasso dei tassi-soglia nelle rilevazioni successive, con l'usura realizzata per effetto del pagamento degli interessi moratori.

Nel primo caso, il negozio giuridico si origina in conformità alla normativa anti-usura vigente, sicché resta insensibile alle sopravvenienze, conformemente a quanto stabilito dall'art. 1, comma 1, D.lgs. n. 394 del 2000; nel secondo caso si origina come già potenzialmente usurario, in ragione dell'eccessività del tasso di mora convenzionale pattuito.

La natura solo potenziale della predetta usurarietà non dipende dall'oscillazione del tasso soglia, bensì dalla natura eventuale del costo della mora.

Lo squilibrio economico vietato si realizzerà esclusivamente in caso di inadempimento del debitore per un numero di rate sufficiente a determinare il superamento del tasso soglia da parte del TEG (comprensivo degli interessi moratori).

Si può dunque asserire che l'usurarietà per effetto della mora è eventuale, ma non sopravvenuta.

L'usurarietà eventuale, contrariamente all'usurarietà sopravvenuta *stricto sensu* intesa, non è relegata all'irrelevanza dalla succitata legge di interpretazione autentica.

La *ratio* della normativa in questione è infatti quella di evitare che, per effetto dell'oscillazione del tasso-soglia, venga comminata la sanzione della gratuità ai mutui stipulati conformemente all'assetto normativo vigente al tempo.

In altri termini, la norma di interpretazione autentica esplicita l'inapplicabilità retroattiva dei tassi soglia.

Sarebbe invece illogico ritenere che, tramite l'affermata irrilevanza dell'usura sopravvenuta, si sia voluta legittimare la censurabile prassi della configurazione di interessi moratori eccessivi (magari accompagnati ad un piano di ammortamento a scadenze ravvicinate, in guisa da facilitare il ritardo del mutuatario), specie considerando l'ivi affermata rilevanza, ai fini della disciplina anti-usura, degli interessi a qualunque titolo pattuiti.

Quanto sopra è reso evidente da taluni passaggi della sentenza Cass. civ., SSUU., 19 ottobre 2017, n. 24675, la quale, nel riassumere l'indirizzo giurisprudenziale a cui ha dato continuità<sup>34</sup>, ha affermato che “[...] la norma di interpretazione autentica attribuisce rilevanza, ai fini della qualificazione del tasso convenzionale come usurario, al momento della pattuizione dello stesso e non al momento del pagamento degli interessi; cosicché deve escludersi che il meccanismo dei tassi soglia previsto dalla

---

<sup>34</sup> Cass., 19 gennaio 2016, n. 801, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Usura*, n. 18; Cass., 27 settembre 2013, n. 22204, in *Foro it.*, 2014, 1, c. 128 ss., con nota di A. PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: assetti ancora instabili*; Cass., 19 marzo 2007, n. 6514, in *Giust. civ.*, 2008, 1, c. 2252 ss.;



*legge n. 108 sia applicabile alle pattuizioni di interessi stipulate in data precedente la sua entrata in vigore [...]”.*

Ed invero, il criterio di verifica dell’usurarietà proposto non implica, in alcun modo, l’applicazione di un tasso soglia ad una pattuizione precedente alla sua entrata in vigore.

Alla conclusione raggiunta si potrebbe opporre un’obiezione ulteriore.

In particolare si potrebbe ritenere che, essendo l’usura un fenomeno relativo al complessivo negozio giuridico, la pattuizione di interessi moratori eccessivi, quand’anche non corrisposti, determinerebbe uno squilibrio negoziale già censurabile e da sanzionare.

D’altro canto, per dichiarare l’usurarietà del mutuo in ragione di un interesse corrispettivo eccessivo non si deve attendere la corresponsione delle rate.

Senonché, è proprio l’alterità dei titoli da cui gli interessi di diversa specie originano a giustificare un trattamento differenziato degli stessi.

Un tasso di interesse corrispettivo eccessivo determina di per sé stesso uno squilibrio economico del negozio, dato che la corresponsione degli stessi è certa *ab origine*.

Al contrario, un saggio di interesse moratorio convenzionale eccessivo non determina di per sé stesso uno squilibrio economico, bensì un mero squilibrio – giuridico – di diritti e obblighi, il quale è suscettibile di concretizzarsi in squilibrio economico una volta che si inveri la *mora debendi*.

5. – Orbene, il primo periodo del comma 1 dell’art. 1815 c.c. stabilisce che “*Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante.*”. *Ictu oculi*, la norma sembra riferirsi ai soli interessi corrispettivi, siccome presume l’onerosità del mutuo<sup>35</sup>.

Non avrebbe senso presumere la debenza degli interessi moratori, siccome essi maturano *ex lege* su ogni credito liquido ed esigibile.

Al successivo comma secondo, laddove la norma commina la sanzione civilistica dell’usura, si usa nuovamente la neutra espressione di “*interessi*”, a cui, apparentemente, bisognerebbe attribuire il medesimo significato di cui al comma 1.

Ciò nondimeno, non si può omettere di valutare che la più volte richiamata norma di interpretazione autentica, di cui all’art. 1, comma 1, D.l. n. 394 del 2000 riferisce l’inciso “*a qualsiasi titolo*” non solo all’art. 644 c.p., ma altresì all’art. 1815, comma 2, c.c., di

---

<sup>35</sup>La già citata Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, cit.; in dottrina, U. SALANITRO, *Usura e interessi moratori: ratio legis e disapplicazione del tasso-soglia*, in *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, a cura di G. D’Amico, Giappichelli, 2017, 128 ss.



guisa che gli interessi moratori vanno considerati rilevanti anche riguardo a quest'ultimo.

Se la norma di interpretazione autentica è tale da consentire la riconduzione degli interessi moratori all'ambito di applicabilità dell'art. 644 c.p., altrettanto deve dirsi con riferimento all'art. 1815, comma 2, c.c.<sup>36</sup>.

Ed invero, l'art. 1815 c.c. disciplina l'equilibrio economico del contratto di mutuo, sicché riguarda l'intero costo del credito, ivi compresa quella frazione di costo determinata dall'eventuale inadempimento del debitore.

Esso stabilisce, al comma 1, la presunzione di onerosità del mutuo in assenza di diversa previsione negoziale; al comma 2, che l'eccessiva remunerazione della momentanea privazione del capitale (remunerazione a cui partecipano gli interessi moratori) è sanzionata con la gratuità del mutuo.

Alla nozione di "interessi" ivi impiegata va dunque assegnato un significato atecnico ed onnicomprensivo, inclusivo di ogni e qualsivoglia voce di costo del credito.

Questa lettura è pienamente coerente con la natura, parimenti onnicomprensiva, della dicitura "interessi" contenuta nell'art. 644 c.p., norma nella quale si rinviene il precetto che l'art. 1815, comma 2, c.c. presidia con una sanzione civilistica.

Sarebbe infatti irragionevole dare una definizione unitaria di usura<sup>37</sup>, ed apprestare una sanzione civilistica differenziata in ragione della causa che la determina.

D'altro canto, la scelta legislativa del lemma "interessi", inteso in senso atecnico, si spiega facilmente, sol che si considerino gli inconvenienti a cui darebbe luogo un'elencazione tassativa di voci di costo nulle se esorbitanti il tasso-soglia.

Il mutuante potrebbe facilmente eludere la sanzione civilistica della gratuità del mutuo mantenendo infrasoglia le voci di costo tipiche, e configurando costi atipici abnormi.

Allo stesso modo si coglie l'illogicità di un'interpretazione restrittiva dell'art. 1815 c.c., come riferito ai soli interessi.

Se così fosse, il mutuante potrebbe ancor più facilmente porsi al riparo dalla sanzione civilistica, mantenendo infrasoglia gli interessi corrispettivi e configurando interessi moratori, o altre voci di costo il cui pagamento è certo, dai tassi abnormi.

---

<sup>36</sup> Il passaggio maggiormente criticato della succitata Cass., 30 ottobre 2018, n. 27442, cit. è proprio la chiosa finale, nella quale, "*Al fine di prevenire nuovo contenzioso*", la Suprema Corte giunge alla conclusione, estranea all'oggetto del ricorso, dell'applicabilità dell'art. 1815, comma 2, c.c. agli interessi moratori. Dopo aver sostenuto l'identità funzionale di interessi moratori e corrispettivi, ai fini della riconducibilità di entrambi all'art. 644 c.p., sorprendentemente afferma: "*Nonostante l'identica funzione sostanziale degli interessi corrispettivi e di quelli moratori, l'applicazione dell'art. 1815, comma secondo, cod. civ. agli interessi moratori usurari non sembra sostenibile, atteso che la norma si riferisce solo agli interessi corrispettivi, e considerato che la causa degli uni e degli altri è pur sempre diversa*".

<sup>37</sup> Così Cass., SS.UU. civ., 19 ottobre 2017, n. 22972, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).



In ultima analisi, l'interpretazione restrittiva dell'art. 1815 c.c., pur fatta propria dal recente arresto n. 27442/2018 della Corte di Cassazione, frustra la *ratio* sanzionatoria della disposizione.

Né si può qualificare come sanzione quella ritenuta applicabile, nel caso di "interessi moratori usurari", dalla succitata pronuncia.

Essa, ritenendo inapplicabile l'art. 1815 c.c. agli interessi moratori, ha concluso per la necessaria riconduzione del tasso di interesse convenzionale moratorio al tasso legale.

In primo luogo, non è chiaro quale sia l'addentellato normativo posto alla base della predetta operazione, giustificata con un oscuro ricorso al criterio di ragionevolezza.

In secondo luogo, non si vede quale sia l'afflizione sanzionatoria imposta al mutuante, visto che egli continuerebbe a percepire un corrispettivo per la concessione del credito, oltre a mantenere il diritto al risarcimento del danno da ritardo, mediante gli interessi moratori al tasso legale ed eventualmente mediante la domanda giudiziale di risarcimento del maggior danno.

La soluzione elaborata dalla III Sez. provvede esclusivamente a rimuovere l'illecito, ma non sanziona il mutuante, contrariamente alla vocazione spiccatamente sanzionatoria della Legge n. 108 del 1996.

Sicché, allorquando si accerti con le modalità predette l'usurarietà del mutuo per effetto della mora (o di qualsiasi altra spesa o commissione incidente sul costo del credito), deve applicarsi la sanzione della gratuità del mutuo, intesa come non debenza, da parte del debitore, di qualsivoglia prestazione remuneratoria<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Nello stesso senso, A. TARANTINO, *Usura*, cit., 679 ss.; M. AVAGLIANO, *Profili*, cit., 399 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Cedam, 2008, 127; FAUSTI, *Il Mutuo*, in *Trattato dir. civ. Cons. naz. Not.*, diretto da G. Perlinger, Esi, 2004, 168 ss.; G. GIOIA, *Difesa dell'usura*, in *Corr. giur.*, 1998, 504 ss.; R. MARCELLI, *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2008; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr.*, 1999, 493; A. LAMORGESE, *Interessi moratori e usura*, in *Corr. giur.*, 2002, 1084 ss.; A. RICCIO, *Le conseguenze civili dei contratti usurari: è soppressa la rescissione ultra dimidium?*, ivi, 1998, 1037; D. SINESIO, *Gli interessi usurari. Profili civilistici*, Jovene, 1999, 65 ss.; R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 482 ss.

*Contra*: V. CARBONE, *Usura civile: individuato il «tasso-soglia»*, in *Corr. giur.*, 1997, 510 ss.; A.A. DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, 2, 627 ss.; R. MOLITERNI-M. PALMIERI, *Tassi usurari e razionamento: repressione e prevenzione degli abusi del mercato del credito*, in *Corr. giur.*, 1999, 1026 ss.; U. MORERA, *Interessi patuiti, interessi corrisposti, tasso «soglia» e...usurario sopravvenuto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, 2, 519 ss.; G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1, 534 ss.; O. T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Giuffrè, 2001, 194 ss.; G. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, 680 ss.; S. VANONI, *Il contratto di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contr. e impr.*, 1999, 523 ss.



A quanto sopra esposto, parte della dottrina obietta che, così ragionando, si premierebbe l'inadempimento del debitore, il quale potrebbe evitare di pagare le rate scadute onde accumulare una quantità di debito a titolo di mora sufficiente a determinare il superamento del tasso-soglia<sup>39</sup>.

L'obiezione, tuttavia, non coglie nel segno per tre ordini di ragioni.

Anzitutto, come già anticipato, il riscontro dell'usurarietà per effetto della mora è evenienza remota, essenzialmente riconducibile ai casi di tasso di interesse moratorio convenzionale abnorme ovvero ai casi in cui il TEG lambisce il tasso-soglia già prima che vi si includano gli interessi moratori<sup>40</sup>.

In tal caso, data l'abnormità, non si può dubitare che il mutuante meriti la sanzione.

In secondo luogo, bisogna considerare che, configuratosi il grave inadempimento del prenditore, il mutuatario può agire per la risoluzione giudiziale, ovvero intimare l'adempimento con diffida ad adempiere, o ancora, come più comunemente avviene, può valersi della clausola risolutiva espressa, così determinando la decadenza dal beneficio del termine e l'interruzione dell'accumulo di credito a titolo di mora convenzionale sulle singole rate.

Essendo il mutuo un contratto di durata ai sensi dell'art. 1458 c.c., la risoluzione non opera retroattivamente, sicché si limita ad anticipare la scadenza dell'obbligo di rimborso del capitale residuo, mentre non sono più dovuti gli interessi corrispettivi che compongono, in parte, le rate non ancora scadute.

Saranno invece ancora dovuti gli interessi moratori, al tasso convenzionale *ex art.* 1224 c.c., e matureranno sulla somma della quota capitale delle singole rate non ancora scadute al momento della risoluzione.

Eliminati dalle voci di costo del credito gli interessi corrispettivi che avrebbero dovuto essere corrisposte alla scadenza delle rate successive, appare improbabile, salvo i casi di interessi moratori convenzionali davvero esorbitanti, che la verifica di usurarietà condotta nel modo sopra descritto restituisca un TEG superiore al tasso soglia.

In terzo luogo, il dovere di buona fede oggettiva impone al creditore, entro il limite

---

<sup>39</sup> In tal senso, ma *funditus*, vedansi G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale e interpretazione "autentica"*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Cedam, 2002, 60 ss.; F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, a cura di G. D'Amico, Giappichelli, 2017, 212 ss.; S. PAGLIANTINI, *Spigolature su di un idolum fori: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284 c.c.*, in *Gli interessi usurari, Quattro voci su un tema controverso*, a cura di G. D'Amico, Giappichelli, 2017, 75 ss.; G. GUIZZI, *La Cassazione*, cit. 153 ss.; Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, cit., 501 ss.

<sup>40</sup> Sul punto si rimanda alla nota n. 24.



dell'apprezzabile sacrificio dell'interesse personale, di tutelare la sfera giuridica del debitore, sicché si deve ritenere che la risoluzione contrattuale sia configuri come vero e proprio obbligo, allorquando l'omissione dell'azione determini l'eccessivo costo del credito.

Infine, bisogna comunque considerare che la gratuità è una sanzione imposta al creditore, volta ad indurre il mutuatario a calcolare il costo complessivo, anche potenziale, del credito che concede.

Se omette l'opportuno calcolo, si espone al rischio della gratuità del mutuo, e tale effetto pare pienamente conforme allo spirito della normativa anti-usura.

Quanto alla tesi, pur avanzata da parte della giurisprudenza di merito<sup>41</sup>, dell'applicabilità dell'art. 1815, comma 2, c.c. al solo tipo di interesse che, isolatamente considerato, supera il tasso-soglia, anch'essa presta il fianco ad insuperabili rilievi critici.

Per quanto detto *supra*<sup>42</sup> in relazione alla natura dell'usura, da intendersi come complessivo squilibrio economico delle prestazioni, bisogna ribadire che la declaratoria di usurarietà di una singola voce di costo del credito è estranea alla logica dell'art. 644 c.p..

Per quanto concerne più specificamente l'art. 1815, comma 2, c.c., visto il significato atecnico della nozione di "interessi" ivi impiegata, la dicitura "*e non sono dovuti interessi*" va interpretata come "*e non è dovuta alcuna controprestazione*".

**6.** – L'avvertita esigenza di tutelare il debitore da un costo eccessivo del credito può essere adeguatamente soddisfatta, avuto riguardo all'attuale assetto normativo, soltanto mediante l'applicazione della norma sanzionatoria di cui all'art. 1815, comma 2, c.c..

Il descritto criterio di inclusione degli interessi moratori nel TEG è tale da non escludere arbitrariamente una parte del costo del credito dal vaglio di usurarietà, e da non imporre una parcellizzazione della verifica del superamento del tasso-soglia per singole voci di costo, contrariamente alla *ratio* della disciplina anti-usura, la quale si configura come squilibrio economico complessivo del contratto.

Per altro verso, il sistema di verifica dell'usurarietà causata dalla mora, relegandone il riscontro a casi marginali e realmente patologici, è idoneo a fugare i timori di

---

<sup>41</sup> Trib. Milano, 28 gennaio 2014, cit..

<sup>42</sup> Si veda il §3.



abusi da parte del contraente debole della sanzione della gratuità del mutuo.

Tali legittime preoccupazioni, all'uopo delimitata l'incidenza dell'usurarietà per effetto della mora, risultano infondate.

D'altro canto, il problema dell'usura, e l'esigenza di tutela che ne deriva, originano dallo squilibrio economico e/o informativo sussistente, in fase di trattativa, tra le parti.

In primo luogo, il mutuatario è soggetto che potrebbe versare in stato di bisogno, come dimostra il fatto che la conseguenza civilistica dell'usura, prima dell'introduzione della Legge n. 108 del 1996, venisse individuata nella rescissione.

Tale stato di bisogno configura uno squilibrio economico tra le parti, di cui il mutuante potrebbe approfittare.

In secondo luogo, il mutuante, quand'è, come di regola, soggetto istituzionale e tecnicamente esperto, vanta, nei confronti della controparte, una più profonda comprensione delle dinamiche del mercato del credito, nonché delle conseguenze sull'equilibrio economico del contratto della determinazione di un dato tasso di interesse moratorio convenzionale.

Sicché, la disciplina anti-usura, nell'impossibilità di elidere i predetti squilibri, è tesa: da un lato, a compensarli mediante l'attribuzione di un penetrante strumento di tutela civilistico al contraente debole; dall'altro, a dissuadere il contraente forte dall'abusare della propria posizione in sede di trattativa, minacciando una grave sanzione idonea a vanificare l'interesse economico-individuale da esso perseguito.

Niente di nuovo o di asistemico, dunque, potendosi apprezzare la medesima tendenza legislativa con riferimento alla disciplina del contratto del consumatore, al quale, per tacer d'altro, viene attribuito l'esclusivo strumento di tutela, da attivare *secundum eventum*, delle nullità relative.

E non v'è dubbio che la dichiarazione di una nullità relativa, necessariamente parziale ed inestensibile *ex art. 1419, comma 1, c.c.*, possa essere tale da determinare uno squilibrio economico-negoziale uguale e contrario, questa volta favorevole al contraente debole, proprio come avviene nel caso dell'applicazione dell'*art. 1815, comma 2, c.c.*

## ***Abstract***

*The disputed relationship between anti-usury regulation and default interests is committing the Italian Supreme Court for long time.*

# JUS CIVILE



*Part of the doctrine, by qualifying the default interests as a private enforcement of credit, considers that they are not included in the meaning of “interests”, as defined in article 644 of the Italian penal code, which would attribute relevance exclusively to the consideration owed by the debtor.*

*According to a different orientation, sustained also by the Court of Cassation, default interests, to which the obligee is entitled in case of default, and interests that make up the consideration, to which the obligee is entitled by virtue of the agreement, share the same function, consisting in the compensation for the deprivation of a sum of money.*

*That conclusion leads to the attribution of relevance, for the purpose of anti-usury regulation, to default interests as well.*

*Being still uncertain the principles laid down in the higher case-law, Italian lower courts have not complied with them.*

*Focusing the study on the loan agreement, the author outlines the most significant orientations proposed by literature and case-law, and critically analyzes the ratio legis behind articles 644 of the Italian penal code and 1815 of the Italian civil code, concluding for a qualification of the anti-usury regulation as an exceptional legislative scrutiny on the global economic balance of the agreement.*

*Therefore, through a critical review of the arguments offered by doctrine about the nature of default interests, the essay concludes for their compensative purpose, and for their contribution, only in event of default, to the overall cost of the agreement.*

*Lastly, the author recognizes an evaluation criterion of default interest which takes into account the structural eventuality of their participation to the costs of the credit, and identifies the civil punishment applicable, in case of anti-usury regulation infringement, in the full gratuitousness of the loan.*



ANDREA SARDINI

*Dottore in Giurisprudenza – Università di Brescia*

## IL DIRITTO DI RECESSO NELLA REGOLAZIONE AGCOM

SOMMARIO: 1. Notazioni preliminari sul mercato delle comunicazioni elettroniche. – 2. Modalità dell'agire del regolatore: l'utilizzo strumentale del contratto e gli effetti sullo stesso. – 3. (Segue): i contratti di utenza e il diritto di recesso come strumento pro-concorrenziale. – 4. (Segue): la sopravvenienza della regolazione autoritativa. – 5. Alcuni interventi del regolatore delle comunicazioni. Il caso della fatturazione a 28 giorni – 6. Le linee guida Agcom in materia di esercizio del diritto di recesso. – 7. Considerazioni conclusive.

1. – Il mercato delle comunicazioni elettroniche possiede, alla luce delle particolari modalità attraverso cui è avvenuto – non solo storicamente – il processo di liberalizzazione del comparto, nonché delle pregnanti situazioni soggettive ivi coinvolte, caratteristiche del tutto peculiari.

In tale settore, come in quello dell'energia elettrica e del gas naturale, la normazione di matrice parlamentare e governativa ha spesso dimostrato la propria inadeguatezza a garantire il corretto funzionamento di alcuni meccanismi – fondamentali – del mercato, i quali si identificano, in un'ottica di estrema generalizzazione, nella protezione ed incentivazione della concorrenza e nella tutela di quei soggetti – fruitori dei servizi – che, anche a causa della debolezza economica che spesso li caratterizza, necessitano di una tutela specifica.

Su tale binario, connotato da una duplice finalità, si innesta pertanto un intervento ulteriore, e per certi versi suppletivo, vale a dire quello operato dalle c.d. autorità amministrative indipendenti e in particolare, per il settore che qui interessa, dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) la cui istituzione, avvenuta con la legge 31 luglio 1997, n. 249 (c.d. Legge Maccanico), ha di fatto accompagnato il processo di liberalizzazione della gestione dei servizi di comunicazione elettronica sul territorio nazionale.



Sin dalla seconda metà degli anni Novanta<sup>1</sup> si è infatti passati da un sistema monopolistico<sup>2</sup> ad una struttura di mercato largamente aperta e liberalizzata<sup>3</sup>, nell'ambito della quale non è, però, venuta meno la considerazione che le comunicazioni elettroniche mantengono, per propria natura intrinseca, lo status di servizio pubblico e che perciò – in virtù di tale caratteristica – necessitano di una profonda e precisa regolazione<sup>4</sup> ad opera dei soggetti a ciò preposti.

In materia un vero e proprio ruolo cardine è rivestito dal principio di uguaglianza, così come declinato dall'art. 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché dagli artt. 20 ss. della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 3 della Costituzione italiana. Come ha infatti avuto modo di evidenziare una parte della dottrina, il diritto di comunicazione

---

<sup>1</sup> Cfr. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 5 ss.; PACE, *L'ordinamento della comunicazione*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 939 ss.; CARDARELLI, ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Roma-Bari, 1997, p. 1 ss.; BAVASSO, *Electronic Communications: a New Paradigm for European Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 87 ss.; DE STREEL, QUECK, VERNET, *Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques*, in *Cahiers de droit européen*, 2002, p. 243 ss.; MASTROIANNI, *Telecomunicazioni e televisioni*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 1997, p. 1187 ss.; RANGONE, *Le telecomunicazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, a cura di S. Cassese, Milano, 2000, p. 1783 ss.; LIBERTINI, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contr. impr. eur.*, 2002, p. 910 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *Simmetria e asimmetria nel diritto comunitario delle telecomunicazioni*, in *Dir. inform.*, 1997, p. 501 ss.; TIZZANO, *L'azione comunitaria nelle telecomunicazioni: interventi recenti e prospettive future*, p. 917 ss.; GENOVESE, FONDERICO, *Concorrenza e regolazione asimmetrica nelle telecomunicazioni*, Milano, 1999, p. 15 ss.; TOSATO, *L'evoluzione della disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 169 ss.; LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 195 ss.; LAROCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford, 2000, p. 111 ss.; SALTARI, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra AGCM, Agcom e giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 1212 ss.

<sup>2</sup> Si rinvia a quanto evidenziato da MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni). Prime riflessioni*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 325 ss., in cui l'Autore evidenzia come l'erogazione del servizio avvenisse «quasi sempre in regime di monopolio legale e con determinazione autoritativa del corrispettivo dovuto dall'utente (sistema tariffario)», e proprio «dove la teoria del monopolio naturale aveva ipotizzato l'attività di un unico soggetto, solitamente statale (nelle varie forme in cui l'attività può essere organizzata: gestione diretta, creazione di un ente pubblico, economico e non, impresa in mano pubblica, concessione a imprese private), il diritto comunitario ha creato le condizioni, giuridiche e fattuali, perché una pluralità di imprese fornitrici potesse operare, sostituendo al regime tariffario quello del prezzo (ancorché, talvolta, variamente regolato)».

<sup>3</sup> La considerazione è di CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di F. Bonelli e S. Cassese, Milano, 1999, p. 53 ss.

<sup>4</sup> Cfr. ARGIOLAS, *Il nuovo quadro regolatorio delle comunicazioni elettroniche*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, p. 191 ss.



diviene «strumento indispensabile non solo di arricchimento culturale ed ideologico, ma anche di consapevolezza delle scelte e addirittura di stimolo alle scelte»<sup>5</sup>. Integra quindi, come è stato acutamente rilevato, «un ruolo fondamentale nella vivificazione del tessuto democratico di un paese»<sup>6</sup>.

A conferma di una tale posizione, agli artt. 3 e 4 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche), viene evidenziato, in modo inequivocabile, che la normativa di settore intende garantire «i diritti inderogabili di libertà delle persone nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, nonché il diritto di iniziativa economica ed il suo esercizio in regime di concorrenza, nel settore delle comunicazioni elettroniche»<sup>7</sup>; che la concessione del servizio di comunicazione, anche a livello infrastrutturale, «è libera e ad essa si applicano le disposizioni del Codice [delle comunicazioni elettroniche]»<sup>8</sup>; e infine che la disciplina intende «salvaguardare, nel rispetto del principio della libera circolazione delle persone e delle cose, i diritti costituzionalmente garantiti di: a) libertà di comunicazione; b) segretezza delle comunicazioni, anche attraverso il mantenimento dell'integrità e della sicurezza delle reti di comunicazione elettronica; c) libertà di iniziativa economica e suo esercizio in regime di concorrenza, garantendo un accesso al mercato delle reti e servizi di comunicazione elettronica secondo criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità»<sup>9</sup>.

È evidente come, muovendo dai cardini normativi della materia testé evidenziati, il fondamento della disciplina non sia costituito, in via esclusiva, dalla volontà di assicurare piena libertà di comunicazione al singolo – come peraltro viene confermato dall'art. 2 della Dichiarazione dei diritti in internet del 28 luglio 2015<sup>10</sup> –, ma anche di garantire la massima tutela possibile ad un effettivo «regime di concorrenza»<sup>11</sup> interno al mercato.

Si tratta infatti di un settore in cui, similmente a quanto già osservato in materia di produzione e somministrazione di energia elettrica e di gas naturale, coesistono una pluralità di operatori, i quali gestiscono le reti infrastrutturali e ne offrono l'accesso alla

---

<sup>5</sup> Cit. DI AMATO, *I principi generali (Articoli 3 e 4)*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, in *MC Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 2015, p. 11 ss.

<sup>6</sup> DI AMATO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>7</sup> Comma primo, art. 3, d. lgs. 259/2003.

<sup>8</sup> Comma secondo, art. 3, d. lgs. 259/2003.

<sup>9</sup> Comma primo, art. 4, d. lgs. 259/2003.

<sup>10</sup> Ove si dispone, con assoluta inequivocabilità, che «ogni persona ha eguale diritto di accedere ad internet in condizione di parità».

<sup>11</sup> Comma primo, art. 3, d. lgs. 259/2003.



clientela ma che – a differenza del settore energetico – non presenta un vero e proprio monopolio di trasmissione “naturale”, in quanto l’evoluzione tecnologica ha consentito la c.d. duplicazione delle reti, aprendo ulteriormente la strada all’estensione del mercato.

Come in ogni altro settore economicamente rilevante, anche qui si rende però necessario – per lo meno nell’ottica di ridurre il manifestarsi di possibili asimmetrie informative – garantire la più completa trasparenza negoziale, così da definire un contesto operativo che assicuri un’effettiva concorrenzialità.

In tale prospettiva si sono sviluppate, specie da parte del legislatore comunitario, numerose iniziative, le quali sono sfociate nell’emanazione di una pluralità di direttive<sup>12</sup> che sono state, di volta in volta – e non sempre celermente – recepite dal legislatore nazionale. Queste hanno abolito le riserve, ancora esistenti, in materia di accesso alle reti – disciplinando poi l’interconnessione tra le stesse – secondo un sistema di concessioni ed autorizzazioni di natura non discrezionale, il cui controllo e la cui regolazione spettano per legge all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>13</sup>.

In tal senso, l’attività di regolazione dell’Autorità è risultata quindi finalizzata a consentire l’accesso al mercato ad un «numero sufficiente di attori», così da «creare artificialmente un mercato che non c’è» il quale, secondo parte della dottrina, una volta «adeguatamente costruito», dovrebbe essere in grado di «governarsi da sé», cedendo perciò il passo «al diritto comune (inteso, in particolare, come diritto di iniziativa economica, autonomia contrattuale e regole generali a tutela della concorrenza)»<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Tra le altre, citiamo la Direttiva 2002/20/CE (c.d. Direttiva autorizzazioni); la direttiva 2002/19/CE (c.d. Direttiva accesso); la Direttiva 2002/22/CE (c.d. Direttiva servizio universale); la Direttiva 2002/58/CE (c.d. Direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche); nonché il Regolamento (CE) n. 1211/2009, che istituisce l’Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (c.d. BEREC) e il Regolamento (UE) n. 531/2012, relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili ed istitutivo del c.d. *roaming like at home* grazie al quale, a partire dal 15 giugno 2017, è possibile utilizzare i servizi di rete sul territorio dell’Unione senza costi aggiuntivi rispetto al contratto negoziato nel Paese di appartenenza.

<sup>13</sup> Per maggiori approfondimenti sull’istituzione della menzionata autorità sia concesso rinviare, in ordine di pubblicazione, a FRENI, voce *Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1999, p. 1 ss.; CHELI, D’AMATO, voce *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Enc. dir.*, IV, 2000; BRUNO, NAVA, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni. Radiotelevisione, comunicazioni elettroniche, editoria*, cit., p. 105 ss.; CALABRÒ, VIOLA, ARIA, *L’autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, in *Le autorità amministrative indipendenti*, a cura di G. P. Cirillo e R. Chiappa, Padova, 2010, p. 508 ss.; ARGIO-LAS, *op. cit.*, p. 192 ss.

<sup>14</sup> ARGIO-LAS, *op. loc. ult. cit.*; si veda inoltre come lo stesso diritto europeo muova nel senso di ridimensionare la regolazione del settore in parallelo con il progredire della sua struttura concorrenziale; cfr. Considerando n. 5 della Direttiva 2009/140/CE, secondo cui lo scopo del diritto comunitario «è ridurre progressivamente le regole settoriali ex ante specifiche via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato,



Un tale spazio al “diritto comune” non è però agevolmente immaginabile nel settore delle comunicazioni elettroniche, nell’ambito del quale viene prestato quello che è stato a più riprese definito come un “servizio di pubblica utilità”<sup>15</sup>, del quale vanno necessariamente preservate, pertanto, alcune caratteristiche<sup>16</sup> essenziali, specie al fine di salvaguardare la posizione dei consumatori<sup>17</sup>.

Il ruolo dell’Autorità di regolazione non può dunque, in tale ramo del mercato, essere relegato in secondo piano, in quanto utile ad una duplice finalità: creare una struttura di fondo effettivamente concorrenziale da un lato; tutelare i pubblici interessi, afferenti a tale ambito, dall’altro.

Al fine di perseguire più efficacemente i propri propositi istituzionali, Agcom ha introdotto alcuni meccanismi di coordinamento e controllo che, sotto il profilo della regolazione, portano seco un non trascurabile elemento innovativo, in quanto conducono il regolatore dall’effettuare «un controllo ex post a [seguire] meccanismi normativamente proceduralizzati di controllo ex ante [...] volti ad impedire o disincentivare determinate condotte prima che i privati le pongano in essere, ma solo in presenza di rischi concorrenziali concreti»<sup>18</sup>.

Ciò emerge in modo evidente anche dall’analisi degli artt. 7 e 8 del già citato decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259<sup>19</sup>, i quali prevedono un efficiente meccanismo di raccordo e coordinamento tra il Ministero dello Sviluppo Economico e le diverse authorities competenti per materia, vale a dire l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e

---

per arrivare infine ad un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza. Tenuto conto del fatto che i mercati delle comunicazioni elettroniche hanno mostrato una forte dinamica competitiva negli ultimi anni, è essenziale che gli obblighi regolamentari ex ante siano imposti unicamente in assenza di una concorrenza effettiva e sostenibile». Cfr. inoltre BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. reg. merc.*, 2014 p. 1 ss.

<sup>15</sup> Così definito all’art. 2 legge 14 novembre 1995, n. 481.

<sup>16</sup> Ci si riferisce ai livelli di qualità e di sicurezza delle reti, all’universalità e all’abbordabilità (c.d. *affordability*). In merito alle ultime due caratteristiche citate cfr. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; ID, *La disciplina del servizio universale*, in *Il Codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich e G. Cartei, Milano, 2004, p. 277 ss.

<sup>17</sup> Cfr. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale nei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, p. 5 ss.

<sup>18</sup> ARGOLAS, *op. cit.*, p. 193; cfr. anche BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 3 ss.

<sup>19</sup> In particolare, l’art. 7 del Codice delle comunicazioni elettroniche indica Agcom come soggetto regolatore nazionale e il Ministero come Amministrazione titolare di prerogative specifiche; l’art. 8 delinea invece un complesso sistema di meccanismi di coordinamento a livello istituzionale che coinvolge le autorità nazionali ed europee.



L'Autorità antitrust (AGCM), la cui competenza trasversale – è opportuno ricordarlo – tocca direttamente ogni settore di mercato in cui si possa verificare l'esistenza di pratiche commerciali scorrette.

Il sistema di raccordo non si ferma, poi, ai soli organismi nazionali, ma coinvolge anche i rispettivi enti comunitari, dando luogo al c.d. framework europeo, vale a dire la struttura – l'intelaiatura<sup>20</sup> – normativa e informatica comune in tema di telecomunicazioni.

2. – Una volta delineato, pur succintamente, il panorama normativo entro i cui margini opera l'Autorità preposta alla regolazione del settore delle comunicazioni elettroniche, è utile verificare le effettive modalità attraverso le quali la stessa è in grado di incidere, modificandolo, il rapporto contrattuale già negoziato dalle parti private, prestando particolare attenzione all'eventuale utilizzo strumentale dello stesso, o di alcune sue clausole, al fine di regolare attivamente<sup>21</sup> – in un'ottica pro-concorrenziale<sup>22</sup> ma non solo<sup>23</sup> – il mercato di riferimento.

In primo luogo occorre porre l'attenzione su un dato preliminare, e cioè che il settore delle comunicazioni elettroniche conosce, per propria natura, «una straordinaria varietà e molteplicità di schemi negoziali, coerentemente con la grande eterogeneità dei servizi offerti nei relativi mercati»<sup>24</sup>. Tale pluralità di fattispecie negoziali è certamente classificabile in due macro-categorie, quella dei c.d. “contratti di accesso ed interconnessione” (nella quale sono coinvolti i soli operatori) e quella dei c.d. “contratti tra operatori ed utenza finale”.

---

<sup>20</sup> Assumono particolare rilievo, a riguardo, gli artt. 3, 7 e 8 della Direttiva 2002/21/CE (come riformata ed integrata dalla successiva 2009/140/UE), i quali definiscono il ruolo e le funzioni dei regolatori nazionali e i loro rapporti con la Commissione europea e il BEREC, secondo il modello dell'Amministrazione integrata. Cfr. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, p. 689 ss; CHITI, *Le ambivalenze del “concerto regolamentare europeo” nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Della Cananea, Torino, 2005, p. 19 ss.; MARINIELLO, VOLPI, *Soggetti, funzioni e procedure di regolazione (Articoli 7, 8, 10 – 12)*, in *MC Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, Napoli, 2014, p. 47 ss.

<sup>21</sup> Cfr. FERRARI, *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018, p. XI ss.

<sup>22</sup> L'idea che la regolazione sia essenzialmente «*a means of “holding the fort” until competition arrives*» è espressa in modo inequivocabile in LITTLECHILD, *Regulation of British Telecommunications Profitability: report to the Secretary Of State*, London, 1983, p. 15 ss.

<sup>23</sup> Si veda quanto disposto dall'art. 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

<sup>24</sup> BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 3 ss.



È pertanto evidente come la potestà regolamentare di Agcom si espliciti tanto nei rapporti che intercorrono tra i gestori delle reti quanto in quelli che coinvolgono anche i consumatori finali (rectius: utenti).

Possiamo quindi ipotizzare di calibrare la nostra analisi attraverso la considerazione che la regolazione dell'autorità si esplica secondo quella che si ritiene lecito definire, metaforicamente, come una scala – un climax – discendente i cui gradini si compongono, rispettivamente, di un intervento sull'an, sul quid e sul quomodo del negozio regolato.

Sotto il primo profilo si pensi alla disciplina del servizio universale<sup>25</sup>, in ragione della quale alcune – determinate – prestazioni debbono obbligatoriamente essere prestate, con un pre-stabilito livello di qualità, dall'operatore alla clientela, e per la quale la normativa ha previsto, eventualmente, un rimborso da parte dello Stato, nel caso in cui all'operatore derivino, da tale prestazione, oneri eccessivamente iniqui.

In riferimento a tale tipologia di servizio, come risulta evidente, il legislatore ha inteso garantire a tutti gli utenti, compresi coloro che si trovino in aree del territorio nazionale particolarmente remote, un pacchetto minimo di servizi pre-determinati.

Il comma primo dell'art. 53 del Codice delle comunicazioni elettroniche dispone infatti che «sul territorio nazionale i servizi elencati nel presente Capo sono messi a disposizione di tutti gli utenti finali ad un livello qualitativo stabilito, a prescindere dall'ubicazione geografica dei medesimi».

Il comma secondo della medesima norma prevede inoltre la garanzia della «fornitura del servizio universale ad un prezzo accessibile, nel rispetto dei principi di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità».

Sul contenuto minimo di tali servizi vigila, in prima battuta, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, la quale risulta anche essere titolare – specie in occasione dell'annuale ridefinizione dei diversi obiettivi di qualità del servizio<sup>26</sup> – del potere di integrarne ed estenderne la portata, andando così a modificare, concretamente, quanto eventualmente già previsto dalle parti private.

In relazione al secondo profilo oggetto d'indagine, vale a dire il quid del contratto, si

---

<sup>25</sup> CLARICH, *Dal servizio pubblico al servizio universale*, in *Telecomunicazioni e servizio universale*, a cura di S. Frova, Milano, 1999, p. 21 ss.; CARTEI, *Il servizio universale*, cit., p. 277 ss.; LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale*, in *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2009, p. 117 ss.; PONTANI, voce *Unbundling (la separazione economica-giudiziaria nei servizi universali delle reti verticalmente integrate)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Agg. \*\*\*\*\*, Torino, 2012, p. 736 ss.

<sup>26</sup> Cfr. art. 61 del Codice delle comunicazioni elettroniche.



ragioni sui concetti di “accesso ed interconnessione”<sup>27</sup>. L’art. 45 del citato Codice delle comunicazioni elettroniche del 2003 prevede che Agcom possa imporre a quelle imprese che vengono identificate come detentrici «di un significativo potere di mercato in un mercato specifico» obblighi di accesso e di utilizzo di «determinate risorse di rete» nonché, ai sensi del comma secondo dell’art. 42, particolari obblighi di “interconnessione” delle stesse.

L’accesso viene inteso dal Codice delle comunicazioni elettroniche, all’art. 1, comma primo, lett. m), come «il collegamento fisico e logico delle reti pubbliche di comunicazione utilizzate dal medesimo operatore o da un altro per consentire agli utenti di un operatore di comunicare con gli utenti del medesimo o di un altro operatore, o di accedere ai servizi offerti da un altro operatore».

Ciò che si evince essere rilevante, rispetto alla definizione che ne dà la norma, è pertanto l’eventualità che due o più imprese si accordino per condividere determinati servizi o risorse di rete, in quanto si intende scongiurare il rischio del verificarsi di un nuovo monopolio, sia pure questo meramente fattuale.

In altre parole, l’Autorità si è resa conto che, ove l’infrastruttura<sup>28</sup> non risulti, per ragioni economiche, duplicabile, questa è destinata a costituire un «fattore produttivo essenziale, ossia un input necessario per la fornitura di servizi ai clienti finali»<sup>29</sup>.

Sono, infine, paradigmatiche delle modalità di intervento dell’authority sul quomodo del contratto le previsioni dettate in materia di qualità dei servizi di comunicazione.

Come risulta, infatti, evidente in un contesto di mercato pienamente concorrenziale,

---

<sup>27</sup> La normativa affida gran parte della regolazione della materia ad Agcom, cui spetta la scelta relativa alle misure di regolazione *ex ante* da imporre alle imprese. Come affermato da BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 6, non sarebbe stata possibile alcuna soluzione diversa, «giacché la normativa comunitaria in materia impone agli Stati membri, ivi espressamente inclusi i loro legislatori, di lasciare alle Autorità nazionali di regolamentazione il compito di valutare caso per caso, discrezionalmente, se introdurre o non introdurre tali misure e con quali specifici contenuti». Si veda a riguardo il Considerando n. 13 della direttiva 2009/140/CE. Cfr. anche Corte Giust., sez. IV, 3 dicembre 2009, n. 424.

<sup>28</sup> Rispetto al settore dell’energia elettrica e del gas naturale, tuttavia, nel settore delle comunicazioni elettroniche vi sono importanti differenze degno di rilievo. Per le infrastrutture energetiche e del gas naturale, infatti, l’obbligo di consentire l’accesso, e perciò il vincolo a contrarre, viene posto in essere direttamente dalla legge. In questo senso cfr. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, cit., p. 40 ss.; ID, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 8 ss.; TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un’analisi a partire dai servizi di rete*, Milano, 2007, p. 34 ss.

<sup>29</sup> IOLLI, CORONA, *Accesso, interconnessione ed interoperabilità: disposizioni di carattere generale (Articoli 40-52)*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. Clarich e G. Cartei, Milano, 2004, p. 149 ss.



l'elemento della qualità del servizio offerto costituisce uno dei requisiti di maggiore importanza. Gli interventi dell'authority, pertanto, muovono a riguardo in tre differenti direzioni.

Sotto un primo profilo, e sulla base di quanto espressamente previsto dall'art. 72 del Codice delle comunicazioni elettroniche, l'esecutivo (seguito nella sostanza da Agcom) ha emanato un pacchetto di direttive<sup>30</sup> volte a disciplinare i servizi forniti dagli operatori, le cui informazioni devono essere comparabili dall'utenza, oltre che «adeguate ed aggiornate sulla qualità dei servizi offerti»<sup>31</sup>.

In secondo luogo, l'Authority è stata investita della verifica del rispetto dei livelli qualitativi e l'efficacia della prestazione, adottando un sistema di misurazione delle performance degli operatori basato su quei parametri – per lo più oggettivi – che vengono definiti come “indicatori di qualità”.

---

<sup>30</sup> In particolare, la Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 gennaio 1994 (Principi sull'erogazione dei servizi pubblici) definisce e fissa i principi generali cui deve attenersi la fornitura dei servizi pubblici «volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e previdenza sociale, alla istruzione e alla libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione»; in seguito, la legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità), istituisce le *authorities* preordinate alla regolazione dei settori di mercato precedentemente sottoposti ad un regime di monopolio, vale a dire il settore dell'energia elettrica, del gas naturale, delle reti idriche e delle telecomunicazioni, alle quali compete: *i*) emanare direttive relativamente alla produzione e all'erogazione dei servizi definendo, in particolare, i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente; *ii*) controllare che ciascun soggetto esercente i servizi adottati, in base alla D.P.C.M. del 27 gennaio 1994 sui principi dell'erogazione dei servizi pubblici, una carta dei servizi con indicazione di standard dei singoli servizi; *iii*) verificare il rispetto di tali standard. La successiva legge del 31 luglio 1997, n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo) conferma, al comma sesto, lett. b), n. 2, dell'art. 1, la competenza di Agcom in materia di «direttive concernenti i livelli generali di qualità dei servizi e per l'adozione, da parte di ciascun gestore, di una carta del servizio recante l'indicazione di standard minimi per ogni comparto di attività». In seguito, nel 2003, la legge n. 259 del 1 agosto, recante il citato Codice delle comunicazioni elettroniche, prevede che l'*authority* possa pubblicare prospetti comparativi consultabili dai consumatori. Sulla scorta di tali normative, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha emanato numerose delibere, tra le quali ricordiamo la Delibera n. 179/03/CSP del 24 luglio 2003, recante l'approvazione della direttiva generale in materia di qualità e di carta dei servizi delle telecomunicazioni; la Delibera n. 254/04/CSP del 10 novembre 2004 recante l'approvazione della direttiva in materia di qualità e di carta dei servizi della telefonia fissa; la Delibera n. 104/05/CSP del 14 luglio 2005, recante l'approvazione della direttiva in materia di qualità e di carta dei servizi nelle comunicazioni mobili e personali offerte al pubblico su reti radiomobili terrestri di comunicazione elettronica; nonché le ulteriori e successive delibere n. 151/12/CONS, 154/12/CONS, 656/14/CONS, 580/15/CONS, emanate a seguito della consultazione, con esito positivo, disposta dalla Delibera n. 711/11/CONS.

<sup>31</sup> Cfr. comma primo, art. 72, decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259.



Infine, il regolatore ha come propria finalità istituzionale la diffusione di un'informazione approfondita e consapevole delle regole che disciplinano i rapporti intercorrenti tra utenti ed operatori, attraverso una costante attività di controllo e monitoraggio circa la corretta adozione e pubblicizzazione, da parte di ciascun fornitore dei servizi di comunicazione elettronica, di un'apposita "Carta dei servizi"<sup>32</sup>.

L'Autorità per le Garanzie nella Comunicazione possiede, perciò, penetranti poteri sulla regolazione negoziale disposta dalle parti, i quali si esplicano inoltre<sup>33</sup> – non diversamente rispetto a quanto ricordato con riferimento alla generalità delle autorità di regolazione – nella potestà di modificare singole condizioni contrattuali.

Il potere di intervento del regolatore sui contratti stipulati all'interno del settore delle comunicazioni elettroniche non è perciò finalizzato esclusivamente alla tutela e all'incentivo di virtuosi meccanismi concorrenziali ma si manifesta – alla stregua di quanto avviene nel settore dell'energia elettrica e del gas naturale – anche nell'ottica di garantire l'effettiva applicabilità «delle norme e delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori»<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> In particolare, al fine di consentire agli utenti un raffronto diretto tra le condizioni e la qualità dei diversi servizi offerti, Agcom mette a disposizione i dati raccolti in ciascun comparto, vale a dire in materia di telefonia vocale fissa (ai sensi delle Delibere n. 254/04/CSP e n. 79/09/CSP), di comunicazioni mobili e personali (ai sensi della Delibera n. 154/12/CONS e nuovamente della Delibera n. 79/09/CSP), di *pay tv* (ai sensi della Delibera n. 278/04/CSP) e di accesso a internet da postazione fissa (Delibere n. 131/06/CSP e n. 244/08/CSP).

<sup>33</sup> Nonostante l'avvenuta abrogazione, ad opera del Codice delle comunicazioni elettroniche (art. 218, comma terzo, lett. h), del comma secondo dell'art. 24 del decreto del Presidente della Repubblica 11 gennaio 2001, n. 77, il quale prevedeva espressamente in capo ad Agcom il potere di richiedere unilateralmente agli operatori del mercato la modifica delle condizioni contrattuali negoziate, si ritiene che una tale potestà spetti ancora all'*Authority* in ragione dell'operare della legge istitutiva del regolatore, vale a dire della legge 14 novembre 1995, n. 481, al cui art. 2, comma dodicesimo, si evidenzia il potere dell'Autorità di «proporre la modifica [...] delle condizioni di svolgimento dei servizi», nonché di emanare «le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione». Tale considerazione viene espressamente avallata dalla giurisprudenza amministrativa, la quale in Cons. Stato, Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628, in *Const. Stato*, 2003, p. 2287 ss., osserva che il contenuto della normativa del 1995, istitutiva (tra le altre) dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, consente ai regolatori di adottare «previsioni che, delineando specifici comportamenti da assumere nella fase esecutiva del rapporto, non possono non incidere, a monte, anche sull'assetto prefigurato dal singolo contratto, costituendone altrettante disposizioni integrative».

<sup>34</sup> Cfr. art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche.



3. – L'intervento dell'autorità di regolazione a tutela dei consumatori finali – e, pertanto, relativo ai c.d. contratti di utenza – si giustifica sulla base della seguente, condivisibile, ratio: occorre garantire l'effettiva «disponibilità [...] di servizi di buona qualità accessibili al pubblico attraverso una concorrenza efficace e un'effettiva possibilità di scelta», disciplinando e regolando, in particolare, quei casi «in cui le esigenze degli utenti finali non sono adeguatamente soddisfatte mediante il mercato»<sup>35</sup>.

Il fulcro della disciplina – è evidente rispetto alla normativa già oggetto di attenzione – è costituito dalla volontà del legislatore comunitario di garantire all'utenza una «effettiva possibilità di scelta» la quale, come si è già avuto modo di introdurre, non può prescindere dalla necessità di eliminare, ab origine, le possibili asimmetrie informative della negoziazione<sup>36</sup>.

A tal fine, il regolatore ha provveduto a ri-stabilire il “contraddittorio paritario” tra gli operatori del mercato, lasciando quindi uno spazio significativo all'autonomia privata delle parti<sup>37</sup>. La disciplina è riassumibile nei seguenti termini.

In prima battuta si riconosce il diritto degli utenti finali – e non soltanto dei consumatori<sup>38</sup> – a entrare in rapporti negoziali con le diverse imprese operatrici «che forniscono servizi di connessione ad una rete di comunicazione pubblica o servizi di comunicazione elettronica accessibile al pubblico»<sup>39</sup> nonché, in via immediatamente speculare, il dovere di tali imprese di contrarre con l'utenza.

La regolazione interviene, in tali fattispecie, identificando un contenuto minimo delle proposte contrattuali, affinché non vi siano incertezze in ordine «all'esatta indicazione

---

<sup>35</sup> Cfr. art. 1, comma primo, della Direttiva 2002/22/CE, in materia di servizio universale, come modificata ed integrata dalla direttiva 2009/136/CE.

<sup>36</sup> L'autorità ha dedicato specifica e particolare attenzione alle informazioni che le diverse imprese che operano sul mercato hanno il dovere di rendere pubbliche. Alcune di queste, come i prezzi applicati, le commissioni per la risoluzione del contratto e le condizioni di accesso ed utilizzo dei diversi servizi, sono individuate dalla legge, le altre dall'*authority* di regolazione. Come correttamente affermato da BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 15, le summenzionate informazioni «possono riguardare anche la qualità dei servizi offerti nonché i parametri utilizzati per misurarla: riguardo alla quale è d'altra parte previsto che “per impedire il degrado del servizio e la limitazione o il rallentamento del traffico di rete, l'Autorità può imporre prescrizioni in materia di qualità minima del servizio”, con l'obbligo peraltro di fornire alla Commissione europea (e poi anche al BEREC) “con largo anticipo rispetto alla fissazione delle prescrizioni, [...], una sintesi delle ragioni alla base dell'intervento, le misure previste e l'impostazione proposta».

<sup>37</sup> Cfr. TAR Lazio, III-ter, 5 luglio 2010, n. 22499.

<sup>38</sup> Nonostante sia stata da più parti evidenziata la sostanziale coincidenza, nel settore, delle due figure. Cfr. §1, Allegato B alla Delibera Agcom n. 487/18/CONS.

<sup>39</sup> Cfr. art. 70, comma primo, del Codice delle comunicazioni elettroniche.



dei servizi forniti, dei livelli di qualità offerti, dei prezzi applicati e della durata del contratto (e alle modalità di cessazione del medesimo)»<sup>40</sup> attribuendo, in un secondo momento, all’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni il compito di vigilare sul rispetto di tali previsioni.

La considerazione che Agcom sia titolare, ai sensi dell’art. 2, comma 12, lett. h), della legge 14 novembre 1995 n. 481, di un effettivo potere di emanazione di «direttive concernenti la produzione e l’erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi», deve tuttavia essere ridimensionata alla luce della normativa di settore, tanto nazionale<sup>41</sup> quanto comunitaria<sup>42</sup>, la quale consente una tale prerogativa soltanto in presenza di specifici presupposti, riassumibili da un lato nel pericolo – concreto ed effettivo – di degrado del servizio, dall’altro nel rischio consistente nella limitazione o nel rallentamento del traffico dati.

Una siffatta limitazione non sembra invece operare con riferimento a quanto disposto, nel caso in cui si manifestino eventuali controversie tra operatori ed utenza, dall’art. 2, comma 12, lett. g) della già citata legge del 1995, ove si prevede, in modo inequivocabile, il potere dell’autorità di regolazione “dei servizi di pubblica utilità” di determinare «i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell’utente». Il successivo Codice delle comunicazioni elettroniche, infatti, avalla espressamente una tale previsione al comma primo dell’art. 84, ove dispone che Agcom, nel disciplinare le procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche deve prevedere, al sussistere di determinate condizioni, «un sistema di rimborso o indennizzo»<sup>43</sup>.

Alla luce dei diversi profili evidenziati risulta chiaro come la legislazione di settore non preveda – nel settore delle comunicazioni elettroniche – alcuno specifico intervento di price cap, il cui assestamento è interamente<sup>44</sup> rimesso alle dinamiche concorrenziali

---

<sup>40</sup> BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 15 ss.

<sup>41</sup> Art. 72, comma 2-bis del Codice delle comunicazioni elettroniche.

<sup>42</sup> Art. 22/3 della Direttiva 2002/22/CE.

<sup>43</sup> «Fermo restando la tutela giurisdizionale dei contraenti prevista dalla vigente normativa». Così prosegue il comma primo dell’art. 84.

<sup>44</sup> Fatta eccezione dei servizi soggetti allo statuto del servizio universale. Cfr. artt. 53 ss. del Codice delle comunicazioni elettroniche e la direttiva 2002/22/CE, come modificata ed integrata dai successivi provvedimenti. Cfr. inoltre CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 180 ss.; CARTEI, *Il servizio universale*, cit., p. 277 ss.; DONATI, *L’ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, p. 161 ss.; BRUNO, NAVA, *op cit.*, p. 613 ss.; LATTANZI, CANTELLA, *Il servizio universale*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, a cura di F. Bassan, Milano, p. 109 ss.; LIBERTINI, *Che cosa resta del servizio universale*, in *La nuova disciplina delle*



del mercato, tra le quali rientra anche la possibilità di svincolarsi ex uno latere da un rapporto divenuto eccessivamente sconveniente per l'utente.

A riguardo è opportuno richiamare l'art. 80 del Codice delle comunicazioni elettroniche, il quale detta una serie di disposizioni che, in assoluta sintonia con gli orientamenti comunitari<sup>45</sup>, sono espressamente finalizzate ad «agevolare il cambiamento di fornitore», così come lo sono le ulteriori e diverse norme previste dal legislatore nazionale (e soltanto nazionale) in tema di recesso.

Tra queste ultime, oltre al comma quarto dell'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche – il quale prevede semplicemente che l'utente possa recedere dal contratto in essere «senza penali né costi di disattivazione» ove «non accetti le modifiche delle condizioni contrattuali da parte delle imprese» – particolare interesse deriva dall'analisi dell'art. 1, comma terzo, del decreto legge n. 7/2007 (c.d. Decreto Bersani bis), dettato sulla scia di evidenti finalità di efficientamento della concorrenza.

La norma dispone infatti l'espressa nullità di quelle clausole contrattuali che limitano o impediscono – anche soltanto parzialmente – la facoltà dell'utente di recedere dal contratto, o di trasferire le proprie utenze presso altro operatore, «senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore»<sup>46</sup>. È inoltre fatto divieto agli operatori di imporre alla clientela un preavviso superiore ai trenta giorni<sup>47</sup>.

In altre parole si prevede che l'esercizio del diritto di recesso non possa comportare, nei confronti del cliente, alcun onere di spesa che esuli dai costi effettivamente sostenuti<sup>48</sup> dall'operatore per quel determinato rapporto contrattuale.

---

*comunicazioni elettroniche*, a cura di G. Morbidelli e F. Donati, Torino, 2009, p. 117 ss.

<sup>45</sup> L'art. 80 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259, recepisce infatti l'art. 30 della Direttiva 2002/22/CE, come modificata dalla successiva Direttiva 2009/136/CE.

<sup>46</sup> Così il comma terzo dell'art. 1 del decreto legge n. 7/2007.

<sup>47</sup> Come evidenziato dalla stessa autorità in sede di consultazione pubblica di cui alla Delibera n. 204/18/CONS, si osserva che tale termine «è previsto [...] dall'articolo 1, comma 3, del decreto Bersani che statuisce che i contratti per adesione “non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a 30 giorni”. Evidentemente, il fine di tale previsione è quello garantire all'utenza di poter cambiare operatore in qualunque momento e che il trasferimento avvenga in un periodo di tempo prestabilito. Cfr. §3, Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS».

<sup>48</sup> Una tale previsione ha destato diversi problemi interpretativi, tra i quali lo stabilire se l'operatore, destinatario della comunicazione di recesso, possa richiedere il rimborso dei soli oneri sostenuti in occasione della chiusura del rapporto, oppure anche di quelli affrontati in apertura. Agcom, coerentemente alle proprie finalità di incentivo della concorrenza all'interno del mercato delle comunicazioni elettroniche ha, a riguardo, aderito alla prima soluzione, riconoscendo il diritto dell'operatore che subisce il recesso a richiedere il rimborso dei soli oneri di chiusura del rapporto. Cfr. Delibera 484/98/CONS del 29 luglio 2008. Ad avallo di una siffatta impostazione si è inoltre mossa la giurisprudenza amministrativa, sulla base della considerazione



La deroga alla disciplina ordinaria, nonché alle disposizioni tese alla tutela dell'affidamento contrattuale, è in questo caso evidenza apodittica: si consente all'utenza finale di liberarsi dal vincolo contrattuale ex uno latere in qualsiasi momento, e per qualsiasi ragione, compresa la semplice individuazione di un'offerta migliore sul libero mercato, dovendosi sostenere i soli costi di chiusura del rapporto effettivamente sostenuti dall'operatore.

A ben vedere, è facile notare come la disciplina in esame, lungi dal tutelare la posizione dell'impresa operatrice che sostenga, a proprie spese (spesso in un'ottica di strategia commerciale), gli oneri di apertura del rapporto commerciale, rischi anzi di impedirne il recupero, obbligando gli operatori ad esigere – già ex ante – «il pagamento immediato di tutto quanto attiene all'instaurazione del [rapporto]»<sup>49</sup>.

A parte le evidenti ricadute sulle strategie imprenditoriali (e squisitamente di marketing) che una tale necessità può comportare nei confronti dei diversi operatori, la soluzione prospettata dal regolatore del mercato delle comunicazioni si pone in evidente antitesi – con rilevanti conseguenze anche sul piano dell'affidamento contrattuale – rispetto alla disciplina codicistica la quale, al comma secondo dell'art. 1373 c.c., delinea l'ormai noto principio secondo cui «il recesso non ha effetto sulle prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione».

Le deroghe non finiscono, tuttavia, qui.

---

ne che la disposizione non lascia dubbio alcuno in merito al diritto dell'operatore «a chiedere all'utente, che recede anticipatamente, il rimborso delle sole spese effettivamente affrontate per la disattivazione dell'impianto e in funzione della stessa». Cfr. TAR Lazio, Roma, III-ter, 1 giugno 2009, n. 5360. Cfr. infine il §4 dell'Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS, ove l'Autorità ha avuto modo di affermare che «stando a quanto disposto dall'articolo 1, comma 3, della Legge concorrenza le spese relative al recesso o al trasferimento dell'utenza devono essere commisurate ai costi realmente sostenuti per dismettere o trasferire l'utenza e al valore del contratto». I valori evidenziati sono di un duplice ordine ed entrambi, secondo l'orientamento del legislatore, «dovranno essere presi in considerazione ai fini di una corretta quantificazione delle spese di recesso. Il ricorso al valore del contratto pone, ad avviso dell'Autorità, un limite alle spese sostenute dall'operatore per dismettere o trasferire le utenze, anche nell'eventualità in cui queste siano realmente sostenute e giustificate. L'Autorità ritiene, infatti, che il legislatore abbia voluto evitare che gli operatori innalzino artificialmente i costi di recesso, o anche più semplicemente non si adoperino ad efficientarli, col solo intento di limitare l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utenza». Agcom, tuttavia, «anche al fine di tenere conto delle perplessità sollevate dagli operatori» in sede di consultazione pubblica di cui alla delibera n. 204/18/CONS, ha ritenuto «opportuno [...] utilizzare come indicatore del valore del contratto il prezzo implicito che risulta dalla media dei canoni che l'operatore si aspetta di riscuotere mensilmente da un utente che non recede dal contratto (almeno fino alla scadenza del primo impegno contrattuale, che come noto non può eccedere i 24 mesi). Le spese che l'operatore può imputare agli utenti che recedono anticipatamente dal contratto a fronte dei costi sostenuti, non possono essere superiori al minimo tra i costi realmente sostenuti (anche se giustificati) e il valore del contratto così definito».

<sup>49</sup> Cfr. nuovamente TAR Lazio, Roma, III-ter, 1 giugno 2009, n. 5360.



4. – Una volta delineate le principali modalità per mezzo delle quali si estrinseca la regolazione dell'autorità sui contratti negoziati tra i diversi operatori, nonché tra questi e l'utenza, occorre anzitutto domandarsi cosa ne sia di quelle clausole che, nella seconda categoria di rapporti richiamati (cioè nei rapporti con la clientela), si rivelino contrastanti con lo *ius superveniens* di matrice autoritativa.

Le teorie prospettate sono, a riguardo, differenti: da un lato vi è chi sostiene la previsione della semplice nullità delle clausole contrattuali divenute difformi<sup>50</sup>; dall'altro chi – come la stessa Agcom – suggerisce ulteriormente di consentire all'utente di fare ricorso al rimedio del recesso<sup>51</sup> configurando, pertanto, lo *ius superveniens* come giusta causa di sottrazione unilaterale al vincolo negoziale divenuto difforme rispetto alla regolazione di settore<sup>52</sup>.

Secondo il regolatore delle comunicazioni tale soluzione – vale a dire la concessione all'utente del diritto di recesso – non si limita a consentire il perseguimento dei soli interessi di natura privatistica, in quanto diviene espressione di «una regola dettata nel precipuo interesse pubblico, con la essenziale funzione di aprire alla concorrenza il settore economico interessato»<sup>53</sup>.

Stante l'esistenza di un interesse pubblico di fondo, il regolatore ritiene – pervenendo «a risultati non dissimili da quelli che sarebbero derivati dalla pura e semplice dichiarazione di nullità sopravvenuta delle clausole»<sup>54</sup> divenute difformi – che «il minimo che si

---

<sup>50</sup> LAMICELA, *Lo ius superveniens e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, Padova, 2003, p. 28 ss.

<sup>51</sup> ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 221 ss.; CIATTI, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007, p. 226 ss.

<sup>52</sup> Anticipando quanto si tratterà nei successivi paragrafi, si riporta quanto dichiarato da Agcom a seguito di alcuni rilievi effettuati dagli operatori in sede di avvio della consultazione pubblica sullo schema di provvedimento di adozione delle “linee guida sulle modalità di dismissione e trasferimento dell'utenza nei contratti per adesione” del 21 maggio 2018. All'Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni afferma quanto segue: «La *ratio* delle disposizioni introdotte dal legislatore è quella di agevolare, tramite la facoltà di recesso, il passaggio dell'utenza ad altro operatore, senza vincoli di tempo, ritardi e spese non giustificate. Ciò che rileva e viene tutelato è dunque il diritto dell'utente di recedere dal contratto indipendentemente dal momento in cui questo è stato stipulato. L'Autorità, pertanto, ritiene che non si debba considerare il momento di sottoscrizione del vincolo contrattuale, ma il momento in cui il diritto di recesso viene esercitato dall'utente. Ne consegue che, a meno di non svuotare di contenuto le tutele introdotte dal decreto Bersani e rafforzate con la legge concorrenza, le disposizioni introdotte dalle linee guida si applicano a tutti i casi recesso esercitato dopo la loro entrata in vigore. Accedendo alla tesi degli operatori, che invertono i piani di tutela, si finirebbe per introdurre una disparità di trattamento tra utenti penalizzando immotivatamente quelli che hanno sottoscritto il contratto prima dell'adozione delle Linee guida».

<sup>53</sup> Cfr. decisione Agcom n. 14/06/CONS.

<sup>54</sup> BRUTI LIBERATI, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 27. L'Autore rileva



possa fare è di considerare da [un tale interesse pubblico] integrata ex lege la singola disciplina contrattuale, nel senso che tale principio accorda, anche nel silenzio del contratto sul punto, una facoltà di recesso per giusta causa dalle clausole contrattuali regolatrici delle pertinenti tariffe»<sup>55</sup>.

Quanto evidenziato dall'authority nelle proprie motivazioni non ha tuttavia risolto i dubbi e i rilievi di coloro che vedevano, in tale orientamento, un eccessivo disinteresse – per non dire leggerezza – nei confronti del principio dell'affidamento contrattuale.

Come infatti sottolinea la stessa giurisprudenza comunitaria<sup>56</sup> (e costituzionale<sup>57</sup>), pur non potendosi tale principio tradurre in un diritto alla cristallizzazione della disciplina applicabile, esso implicherebbe comunque un vincolo per il regolatore del mercato a considerare con adeguata ponderatezza gli interessi di volta in volta in gioco, rispettando l'affidamento dei diversi operatori ove il sacrificio dello stesso non sia reso necessario da interessi di rango superiore o comunque maggiormente meritevoli di tutela.

**5.** – Quanto sin qui affermato in relazione all'intervento dell'Autorità di regolazione delle comunicazioni sul contratto e sulle clausole dello stesso che risultano, di volta in volta, difformi rispetto allo *ius superveniens*, trova effettivo riscontro in alcuni recenti provvedimenti autoritativi tesi a disincentivare la prassi, tipica delle imprese operanti nel settore, di disporre la fatturazione dei costi del servizio ogni 28 giorni, invece che su base mensile.

Tra la fine del 2016 e l'inizio del 2017, infatti, i principali operatori telefonici del

---

infatti correttamente come «combinando [...] la facoltà di recesso così riconosciuta al contraente “debole” con l'obbligo di contrarre gravante sulla sua controparte, L'AGCOM afferma infatti che, a partire dal momento in cui il primo aveva comunicato al secondo di ritenere il prezzo pattuito non in linea con le prescrizioni posteriormente dettate dall'Autorità, la tariffa da applicare nei rapporti tra essi doveva ritenersi coincidente con quella da essa indicata. Le uniche differenze rispetto all'effetto che sarebbe stato determinato dall'applicazione degli artt. 1419 e 1339 del codice civile attengono al fatto che l'etero-integrazione del contenuto contrattuale e il momento in cui la stessa si verifica vengono fatti dipendere da un'iniziativa del contraente tutelato». Tra le critiche ad una siffatta argomentazione dell'*authority*, l'Autore rileva principalmente che «risulta [...] in sé non accettabile che in tutta la motivazione della decisione che si è analizzata non compaia alcun riferimento al tema del possibile affidamento nella stabilità delle pattuizioni contrattuali».

<sup>55</sup> Cfr. decisione Agcom n. 14/06/CONS.

<sup>56</sup> Tra le altre, cfr. Corte Giust. CE, 11 marzo 1987, C-265/85, sent. *Van den Bergh*, in *Racc. giur. eur.*, 1987, p. 1155 ss.; Corte Giust. CE, 15 gennaio 2002, C-179/00, sent. *Weidacher*, in *Racc.*, I, p. 501 ss..

<sup>57</sup> Corte Cost., 9 luglio 2009, n. 206, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2382 ss.; Corte Cost., 8 maggio 2007, n. 156, *ivi*, 2007, p. 1472 ss.



mercato nazionale hanno deciso di modificare, riducendola, la periodicità della trasmissione delle fatture all'utenza, aumentando – di fatto – le mensilità annuali da dodici a tredici comportando però, come immediata conseguenza, un significativo aumento delle tariffe medie applicate per i medesimi servizi già prestati<sup>58</sup> in precedenza.

L'Autorità interviene quasi immediatamente: con la Delibera n. 121/17/CONS essa ha stabilito che, per quanto attiene ai servizi di telefonia fissa, «la cadenza di rinnovo delle offerte e della fatturazione deve essere su base mensile o suoi multipli»<sup>59</sup>; diversamente, per quelli di telefonia mobile, laddove l'operatore intenda adottare una cadenza di fatturazione diversa da quella mensile o di suoi multipli, deve comunque informarne prontamente l'utente.

La differenza nella regolazione delle due tipologie di servizio – a rete fissa o mobile – si spiega, secondo quanto espresso dalla stessa Autorità di regolazione, sulla base del fatto che il vizio di trasparenza derivante dalla fatturazione a 28 giorni sarebbe, nella telefonia mobile, maggiormente tollerabile, in quanto circa tre quarti del traffico dati è, allo stato attuale, prepagato<sup>60</sup>.

Il 4 dicembre 2017, come conseguenza del mancato adeguamento delle imprese operatrici alle previsioni di Agcom, interviene anche il legislatore: con il decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148 (c.d. Decreto fiscale), convertito con la successiva legge 4 dicembre 2017, n. 172, egli ha previsto, in modo univoco, il dovere degli operatori di rimodulare la fatturazione su base mensile. Il termine concesso alle imprese per l'adeguamento alle nuove previsioni è stato di 120 giorni, e in alcuni casi è decorso inutilmente.

Gli operatori, pur tuttavia adeguandosi, nella maggioranza dei casi, ad un ritorno alla fatturazione mensile, hanno però rimodulato al rialzo le singole tariffe applicate all'utenza, così da non perdere il beneficio derivante dalla maggiorazione dei costi ottenuto dal precedente ricalcolo – divenuto medio tempore illecito – su tredici mensilità.

Inutile dire che la generalizzazione di un tale comportamento ha allarmato anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) la quale, nel proprio comunicato del 21 marzo 2018<sup>61</sup>, «ha adottato misure cautelari urgenti intimando agli opera-

---

<sup>58</sup> Identificabile intorno all'8,6%.

<sup>59</sup> Art. 1 della delibera n. 121/17/CONS, modificatore dell'art. 3 della delibera n. 252/16/CONS.

<sup>60</sup> Mentre nella telefonia fissa il pagamento è con addebito diretto sul conto corrente bancario, il che rende maggiormente difficile, per il consumatore, comprenderne gli aumenti effettivi.

<sup>61</sup> In particolare, l'Autorità ha rilevato che «nella fattispecie sussist[ono] ragioni di estrema gravità ed urgenza tali da rendere necessaria l'adozione di misure cautelari provvisorie. Come comunicato dagli operatori agli utenti, infatti, il *repricing* conseguente alla rimodulazione del ciclo di fatturazione avrà decorrenza nella quasi totalità dei casi nell'arco temporale compreso tra il 24 marzo 2018 e il 5 aprile 2018.



tori di sospendere l'attuazione dell'intesa oggetto di indagine e di definire la propria offerta di servizi in modo autonomo rispetto ai propri concorrenti»<sup>62</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ha avallato la legittimità di quanto disposto dal regolatore della concorrenza<sup>63</sup>, rigettando i ricorsi presentati dalle imprese operatrici del mercato delle comunicazioni avverso le delibere dello stesso, pur tuttavia congelando, in via cautelare, il rimborso spettante agli utenti per le precedenti fatturazioni a 28 giorni, in quanto «il carattere, allo stato, indeterminato della somma da corrispondere agli utenti, per effetto dello storno (nella prima fattura emessa con cadenza mensile) dei predetti importi, appare in grado di incidere sugli equilibri finanziario-contabili dell'azienda».

Una volta stabilito espressamente il divieto della fatturazione ogni quattro settimane, il regolatore delle comunicazioni ha quindi dedicato la propria attenzione al fine di evitare che, a seguito del ritorno alla fatturazione mensile (rincarata però, come già osservato, nel quantum), gli operatori adottassero misure volte ad impedire l'esercizio del diritto di recesso del consumatore, giustificato dalla presenza di variazioni unilaterali nelle condizioni contrattuali applicate.

6. – A seguito dell'irrogazione di numerose sanzioni nei confronti dei diversi operatori<sup>64</sup>, Agcom ha recentemente deliberato la pubblicazione, sul proprio portale web, di alcune "Linee Guida" tese a fare definitivamente chiarezza circa le modalità di esercizio del diritto recesso e di cambio gestore da parte dell'utenza, vale a dire ai fini di una corretta applicazione dei commi 1, 3 e 3-ter dell'art. 1 del Decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 (c.d. Decreto Bersani bis).

L'Allegato B alla Delibera 204/18/CONS, attuato e reso vincolante dalla successiva Delibera dell'Autorità n. 487/18/CONS, pubblicata il 2 novembre 2018, dispone infatti che, nei (soli) contratti per adesione<sup>65</sup> – qualificati, ai sensi dell'art. 1341 del Codice ci-

---

L'imminente implementazione dell'intesa non consente, pertanto, la preventiva instaurazione del contraddittorio e impone l'adozione di misure provvisorie *inaudita altera parte* che potranno essere confermate, modificate o revocate in esito alla conclusione del sub-procedimento cautelare».

<sup>62</sup> Cfr. Bollettino Settimanale Agcm, Anno XXVIII, n. 11, provvedimento n. 27087, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it), p. 89 ss.

<sup>63</sup> Cfr. ord. TAR Lazio, III, 12/2/2018, n. 792.

<sup>64</sup> Per le più recenti, cfr. Delibere Agcom 521/18/CONS e 522/18/CONS.

<sup>65</sup> Il §2 dell'Allegato B allo schema di provvedimento, di cui alla delibera 204/18/CONS, afferma infatti che quanto previsto nell'allegato non si applica «ai contratti, quali quelli in uso per la fornitura di servizi alla clientela business di maggiori dimensioni, nei quali le clausole sono negoziate e, pertanto, non ricorre la fattispecie del contratto per adesione».



vile, come quei negozi che, anche in virtù del contenuto delle loro singole clausole, risultino predisposti unilateralmente da un solo contraente e siano destinati a regolare una serie indefinita di rapporti – «l'utente deve poter conoscere la facoltà di recesso o di trasferimento delle utenze di telecomunicazioni, così da avere piena ed effettiva consapevolezza della tutela normativa riconosciutagli»<sup>66</sup>.

L'esercizio di un tale rimedio deve essere privo di qualunque tipologia di vincolo, specie di natura temporale: il §16 delle citate Linee Guida prevede infatti che «l'eventuale previsione di una durata minima contrattuale è [...] vincolante solo per l'operatore».

L'utente che esercita il rimedio unilaterale del recesso deve poi essere messo in condizioni di conoscere preventivamente anche il lasso temporale che si prevede intercorrerà – anche in ragione degli eventuali tempi tecnici – tra l'esercizio del diritto di recesso ed il compimento, da parte dell'operatore del mercato, di tutti quegli adempimenti che si rendono necessari per dare corso alla richiesta. Si stabilisce tuttavia che tale fase non possa superare i trenta giorni, «coincidenti con il termine di preavviso massimo da richiedere agli utenti»<sup>67</sup>, salvo che scadenze differenti vengano «stabilit[e] da specifiche delibere dell'Autorità per richieste di migrazione o di cessazione dei servizi di accesso all'ingrosso».

Le Linee Guida dell'autorità includono poi – in assoluta continuità rispetto a quanto già evidenziato – un espresso richiamo al citato decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, al cui art. 1, comma 3, si stabilisce che «i contratti per adesione devono prevedere “la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi ingiustificati e senza spese non giustificate dai costi dell'operatore”. In altre parole, il Decreto stabilisce non solo la libertà degli utenti di poter recedere dal contratto in qualunque momento (senza vincoli temporali) e senza ritardi ingiustificati, ma, soprattutto, il divieto d'imputare all'utente spese non giustificate dai costi dell'operatore»<sup>68</sup>.

È evidente che Agcom, conformemente ai propri orientamenti pregressi<sup>69</sup>, ha nuovamente evidenziato come la facoltà di recesso in capo all'utente-consumatore possa essere esercitata in ogni momento e senza alcuna penale, comunque questa venga denominata,

---

<sup>66</sup> Così recita, testualmente, il §15 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

<sup>67</sup> Così il §18 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

<sup>68</sup> Così il §20 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

<sup>69</sup> Cfr. §§ 6.12, 8.16 e 8.20 della Comunicazione del 2 luglio 2007;



in quanto gli unici importi imputabili all'utenza da parte degli operatori del servizio di comunicazione sono quelli giustificati dai soli costi d'impresa<sup>70</sup>.

Come evidenziato, poi, dalla stessa Agcom, la disciplina del recesso dai contratti di utenza è stata poi integrata dalla legge 4 agosto 2017, n. 124, la quale ha aggiunto al decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, un nuovo paragrafo all'art. 1, comma 3, nonché tutto il nuovo comma 3-ter.

Questo recente innesto delinea una disciplina – di natura suppletiva – più generale, valida quindi sia per le offerte definite “promozionali”<sup>71</sup> che per quelle “non promozionali”, e finalizzata «a rafforzare il livello di trasparenza e a meglio identificare le spese di recesso che gli operatori possono imputare agli utenti»<sup>72</sup>.

Più nello specifico, la citata legge n. 124 del 2017 conferma il principio secondo cui non possono imputarsi agli utenti spese che eccedano i costi «realmente sopportati» dagli operatori<sup>73</sup>, tra i quali vengono considerati anche gli oneri sostenuti «per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio».

Inoltre, laddove il contratto preveda “offerte promozionali”, la durata dello stesso non potrà superare i 24 mesi, e gli eventuali costi di recesso andranno equamente commisurati alla «durata residua della promozione dell'offerta»<sup>74</sup>.

Questi, considerati complessivamente, devono essere in ogni caso – per la previsione di cui al comma terzo dell'art. 1 – «res[i] not[i] al consumatore al momento della pubblicazione dell'offerta e in fase di sottoscrizione del contratto», nonché comunicati ad Agcom «esplicitando analiticamente la composizione di ciascuna voce [di costo] e la rispettiva giustificazione economica»<sup>75</sup>.

Diversamente, ove i contratti non comprendano promozioni od offerte speciali, il requisito dell'equo raffronto dei costi di recesso alla durata residua della promozione verrà logicamente meno, rimanendo gli stessi legati alla sola commisurazione del valore del contratto e ai costi concretamente sopportati dall'impresa operatrice.

È opportuno precisare che, dalla lettura delle citate Linee Guida, si evince come

---

<sup>70</sup> Per l'individuazione dei parametri di riferimento degli stessi cfr. *retro*, §4.

<sup>71</sup> Che prevedono particolari strategie di *marketing*, sovente consistenti in una particolare scontistica sui prezzi normalmente applicati ovvero nella cessione gratuita – o comunque a prezzo agevolato – di strumentazioni *hardware* per l'utilizzo dei servizi prestati.

<sup>72</sup> Così il §23 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

<sup>73</sup> Cfr. art. 1, comma 3, della legge n. 124/2017.

<sup>74</sup> Cfr. art. 1, comma 3-ter, della legge n. 124/2017.

<sup>75</sup> Cfr. art. 1, comma 3, della legge n. 124/2017.



L'Autorità di regolazione abbia ritenuto la nozione di «spese di recesso» come ricomprendente ogni voce di costo «che l'operatore imputa o si riserva d'imputare agli utenti nel momento in cui questi ultimi esercitano il diritto di recesso»<sup>76</sup>.

Una tale precisazione è necessaria ove si consideri che la ratio dell'impianto normativo del 2007 è, anzitutto, quella di impedire agli operatori di accrescere strategicamente i c.d. switching-cost<sup>77</sup>, di per sé limitativi dello stesso diritto di recesso e, di conseguenza, della concorrenza nel mercato di riferimento.

---

<sup>76</sup>Cfr. art. 1, comma 3-ter, della legge n. 124/2017. Ai sensi del successivo §27 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS, sono tra queste ricomprese le seguenti voci: *i*) i costi sostenuti dall'operatore per dismettere o trasferire l'utenza; *ii*) la restituzione totale o parziale degli importi promozionali (siano essi *una tantum* o periodici) sui servizi e sui prodotti; *iii*) il pagamento delle rate residue relative ai servizi e ai prodotti offerti congiuntamente al servizio di comunicazione elettronica. Le spese di cui al punto *i*) devono essere commisurate, ai sensi del §29, «al valore del contratto e ai costi reali sopportati dall'azienda, ovvero ai costi sostenuti per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio». Si tratta di spese che, in quanto remunerative dei costi sostenuti realmente dall'azienda non mutano, in linea di principio, rispetto al momento in cui il rimedio del recesso viene concretamente esercitato. Per poterle, tuttavia, individuare, occorre giungere ad una definizione di «valore di contratto». A riguardo soccorre il §31: «Il valore di un contratto per adesione dipende, sostanzialmente, dalla proposta formulata dall'operatore. Esso può, quindi, variare a seconda della tecnologia utilizzata, dei servizi offerti, dei corrispettivi richiesti e soprattutto della sua durata. Ai fini di queste linee guida, si può affermare che il valore di un contratto (calcolato in un dato momento) corrisponde alla somma dei corrispettivi non ancora versati all'operatore. Dal momento che il valore del contratto è nullo quando giunge a scadenza (in quanto giunto a scadenza il contratto non prevede nessun altro pagamento), le spese di recesso «*commisurate al valore del contratto*» non potranno che essere anch'esse nulle se il recesso avviene alla scadenza del contratto. Se, invece, il diritto di recesso è esercitato prima della scadenza del contratto, le spese di recesso potranno sì essere positive (in quanto commisurate al valore del contratto), ma comunque commisurate ai costi realmente sostenuti dall'operatore per porre in essere tutte le attività necessarie a dismettere o trasferire l'utenza». In ogni caso, ai sensi del successivo §32, «la commisurazione ai costi realmente sopportati dall'azienda e al valore del contratto deve, a parere dell'Autorità, essere interpretata in modo che a prevalere sia il valore minore tra i due». Pertanto, le spese di cui al precedente punto *i*) devono essere commisurate «al minimo tra il valore del contratto e i costi realmente sostenuti dall'azienda per provvedere alle operazioni di dismissione o trasferimento dell'utenza». È quindi evidente che, come evidenzia il §33, «alla scadenza del contratto le spese di recesso devono essere nulle».

<sup>77</sup>In ordine al c.d. «credito residuo», cioè l'importo prepagato non ancora utilizzato dall'utente per l'acquisto dei servizi di telefonia e di comunicazione, questo viene fatto salvo rispetto allo scioglimento del rapporto contrattuale ai sensi dell'art. 1, comma 3 del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7. Come evidenziato dal §12 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS, «La perdita dell'eventuale credito residuo [...] non può in alcun modo essere considerata una spesa giustificata dai costi dell'operatore, come tale suscettibile di essere posta a carico degli utenti in caso di esercizio delle facoltà di recesso o di trasferimento; ciò anche perché una simile lettura potrebbe avere l'effetto di aggirare le finalità pro concorrenziali espresse dal Decreto creando delle barriere alle scelte degli utenti, e sarebbe quindi ritenuta sotto ogni aspetto illegittima. D'altro canto, il disconoscimento del diritto dell'utenza al credito residuo equivarrebbe a disconoscere l'effetto della volontà negoziale dell'utente di recedere, differendone gli effetti in avanti nel tempo attraverso l'imposizione di un vincolo temporale non giustificato, con la conseguenza di violare il Decreto anche sotto questo profilo». Una siffatta impostazione è confermata dalla successiva delibera AGCOM n. 487/18/CONS, al cui Allegato B si ribadisce la tutela apprestata dal decreto legge 31 gennaio



La mera previsione della generica facoltà di recedere da un contratto, pur se in assenza di vincoli temporali, non appare infatti, di per sé sola, sufficiente a tutelare la posizione dell'utente-consumatore e, in assenza di una corrispondente limitazione effettiva<sup>78</sup> degli switching-cost, rischia di rimanere lettera morta. Volendo percorrere un siffatto percorso, l'Autorità si è però spinta ben oltre.

Come è noto, infatti, gli operatori spesso concedono ai clienti che sottoscrivono un contratto di fornitura di servizi di rete, la rateizzazione dell'importo di determinati prodotti elettronici connessi al servizio. Nel caso in cui il recesso venga dal cliente esercitato, in questo caso, prima della scadenza del contratto principale (di norma, quello inerente alla fornitura dei servizi di rete), Agcom ha però previsto che gli operatori non possano più addebitare allo stesso il pagamento delle rate residue in un'unica soluzione, come invece avveniva in precedenza.

La ratio di una tale deroga è evidenziata al §49 delle citate Linee Guida: «la conversione di un pagamento rateizzato in un pagamento in un'unica soluzione per un ammontare pari alla somma delle rate residue potrebbe incidere sulla scelta di un utente che intende recedere da un contratto di fornitura di servizi di comunicazione al punto che questi, per non incorrere in tale pagamento, potrebbe decidere di continuare ad avvalersi della prestazione corrente, anche se sul mercato sono presenti offerte caratterizzate da condizioni economiche o tecniche migliori, limitando significativamente l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'utente».

Gli operatori devono pertanto, secondo quanto stabilito da Agcom, concedere sempre agli utenti che recedono anticipatamente dal contratto di fornitura dei servizi di comunicazione la facoltà di scegliere se pagare il prezzo residuo del bene in un'unica soluzione, oppure se mantenere in essere la dilazione. Soltanto in questo modo, afferma il regolatore, si garantisce la piena libertà di recedere dal contratto<sup>79</sup>.

---

2007, n. 7 al "credito residuo", intendendosi per lo stesso «esclusivamente l'importo ricaricato autonomamente dal cliente e non anche gli importi riconosciuti in forma di *bonus*, promozione o altra iniziativa del gestore di servizi nella sua integralità».

<sup>78</sup> Il §27 delle linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS afferma infatti che, proprio al fine richiamato di non lasciare inapplicata la previsione a tutela del consumatore, «la disciplina delle spese di recesso deve ricomprendere le diverse categorie di costi che l'operatore si riserva di addebitare all'utente nel momento in cui questi recede dal contratto; quindi, non solo ai costi sostenuti per dismettere o trasferire l'utenza, ma anche alla restituzione degli importi promozionati e al pagamento delle rate residue relative ai prodotti e ai servizi offerti congiuntamente al servizio di comunicazione elettronica».

<sup>79</sup> Ai rilievi opposti dagli operatori del mercato al regolatore in sede di consultazione pubblica Agcom, al §6 dell'Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS, ha ribattuto affermando che, pur riconoscendo che la rateizzazione dei beni e dei servizi offerti è mossa dall'intenzione di ridurre l'impegno di spesa che l'utente



Ma c'è di più: laddove il prodotto acquistato non rientrasse in quello che le Linee Guida identificano come «bene neutrale», utilizzabile cioè per fruire anche dei servizi offerti da operatori diversi rispetto al rivenditore (cioè l'operatore con cui il cliente ha sottoscritto l'originario contratto di rete), l'utente potrebbe, secondo quanto ritiene Ag-com, essere portato a decidere «di non recedere dal contratto proprio per evitare di sostenere un costo a fronte del quale non intravede alcuna utilità»<sup>80</sup>.

L'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ha pertanto previsto – attraverso una soluzione della cui legittimità è lecito quantomeno interrogarsi – che, in questi casi, gli operatori del mercato delle comunicazioni elettroniche non possano imputare all'utente che recede anticipatamente nemmeno il pagamento delle rate residue del prodotto acquistato a margine del contratto di rete.

La vigilanza sul rispetto delle evidenziate Linee Guida viene rimessa, ai sensi dell'art. 1, comma 4, del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, con l'espressa indicazione – richiamata dalle stesse Linee Guida al § 5 – che «le eventuali violazioni riscontrate sono da sanzionare ai sensi dell'art. 98 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 (Codice delle Comunicazioni elettroniche)».

All'authority potranno pertanto, a tal fine, essere effettuate segnalazioni sia da parte dell'utenza che delle diverse associazioni dei consumatori<sup>81</sup>, con la doverosa precisazione che gli operatori hanno potuto beneficiare di sessanta giorni di tempo, decorrenti dalla pubblicazione<sup>82</sup> delle Linee Guida sul portale web dell'Autorità, per adeguarvisi<sup>83</sup>.

Effettuata una tale analisi, risulta evidente l'intenzione primaria dell'autorità: incentivare strenuamente la concorrenza interna al mercato delle comunicazioni elettroniche, sacrificando talvolta la posizione degli stessi operatori attraverso la negazione, a questi, della possibilità di recuperare quelle somme dal cliente dovute ma a questo non richieste

---

deve sostenere nella fase iniziale del rapporto, ove questa venisse tuttavia «accompagnata da misure che prevedono il pagamento in un'unica soluzione delle rate residue in caso di recesso anticipato, potrebbe essere utilizzata dagli operatori al fine di limitare fortemente l'esercizio del diritto di recesso». L'effetto sull'utenza potrebbe infatti essere tale al punto che questa «per non incorrere in tale pagamento, potrebbe decidere di continuare ad avvalersi della prestazione corrente, anche se sul mercato sono presenti offerte caratterizzate da condizioni economiche o tecniche migliori». Il fine di una tale previsione è pertanto scongiurare il rischio che gli operatori ricorrono alla rateizzazione dei beni o servizi con l'esclusivo intento di limitare l'esercizio del rimedio del recesso in capo alla clientela, introducendo indebiti vincoli, anche di natura temporale, categoricamente esclusi dal decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7.

<sup>80</sup> Cfr. §50 dell'Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS.

<sup>81</sup> Cfr. il successivo §6 delle citate linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

<sup>82</sup> Avvenuta il giorno 2 novembre 2018.

<sup>83</sup> Cfr. Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS.



contestualmente alla sottoscrizione del contratto principale. Si prevede infatti, con l'espresso avallo della giurisprudenza amministrativa che, alla luce di quanto previsto dal decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7, agli operatori non sia consentito «di inserire fra i costi richiesti per la disattivazione anche costi che sono ad essa estranei o non pertinenti come quelli sostenuti per l'attivazione del servizio, anche se non addebitati all'utente nel corso del rapporto»<sup>84</sup>.

La deroga al principio dell'affidamento è, ancora una volta, evidente. E non è in tal senso del tutto risolutiva la motivazione fornita dal regolatore e dal Consiglio di Stato, ove si afferma che, se la prassi dell'inserimento di tali oneri tra i costi di recesso fosse consentita, «gli operatori potrebbero decidere di inserire nuove voci di costo che attonano ad altre fasi del rapporto contrattuale [...] e porle, poi, a carico dell'utente al momento dell'esercizio, da parte di questi, del diritto di recesso, con l'effetto di ostacolare, se non paralizzare, una scelta dell'utente in tal senso»<sup>85</sup>, frustrando «lo spirito della norma del Decreto».

Il decreto legge del 2007, l'abbiamo detto, è già di per sé portatore di importanti deroghe alla disciplina del recesso, ma l'interpretazione che ne ha dato il regolatore di settore rischia di cagionare una rinnovata asimmetria nella posizione delle parti contraenti, questa volta però a svantaggio non del consumatore, bensì del professionista. Questo si vede, infatti, privato della possibilità di recuperare quegli investimenti che, pur destinati al finanziamento di strategie di marketing talvolta predatorie<sup>86</sup>, rientrano nelle legittime prerogative commerciali di un'impresa che opera in un mercato aperto e concorrenziale.

Si tratta infatti di una soluzione che – con l'eccezione del mancato recupero delle scontistiche applicate<sup>87</sup>, fondata su di una ratio ben distinta – risulta posta eccessivamen-

---

<sup>84</sup> Cfr. Cons. Stato, 16 ottobre 2015, n. 4773.

<sup>85</sup> Si veda il §54 delle citate linee guida di cui all'Allegato B della delibera 204/18/CONS.

<sup>86</sup> Annoverabile, in alcuni casi, addirittura nella categoria della *tying strategy*, vale a dire una strategia predatoria non di prezzo, in cui il soggetto acquirente interessato ad acquistare un bene (*tying good*, ad esempio uno strumento informatico rateizzato) deve acquistare anche l'altro (*tie good*, il contratto di telefonia).

<sup>87</sup> Agcom evidenzia infatti come «la restituzione integrale degli sconti – ossia della differenza tra i canoni e contributi nominali o, se si preferisce, “a regime” ed i canoni e contributi “in promozione” – consente agli operatori di limitare fortemente il diritto di recedere anticipatamente dal contratto. Gli operatori, infatti, potrebbero modulare il rapporto fra canoni nominali e canoni in promozione riducendo i primi ed aumentando i secondi, quindi senza compromettere i ricavi attesi da una singola sottoscrizione, con il solo intento di accrescere gli importi che gli utenti dovranno restituire per recedere dal contratto». Inoltre, la restituzione di tali somme «contravverrebbe ai principi di equità e proporzionalità alla durata residua del contratto, sanciti dall'articolo 1, comma 3-ter, del decreto, poiché le spese di recesso crescerebbero nel tempo



te all'estremo e che, di conseguenza, andrebbe rimodulata, tenendo comunque conto del fatto che «il pieno riconoscimento delle spese sostenute potrebbe fornire agli operatori un valido strumento per innalzare gli switching cost, contravvenendo agli obiettivi che la legge sulla concorrenza intende realizzare, ossia la tutela dei consumatori e la promozione della concorrenza»<sup>88</sup>.

Una nota evidentemente positiva – nell'ottica del ripristino di una posizione di parità tra le parti del contratto di fornitura dei servizi di comunicazione – deriva invece dagli obblighi di natura informativa che sono stati previsti in capo agli operatori durante la fase di pubblicizzazione delle proprie offerte commerciali.

Questi sono infatti «tenuti a pubblicare, con le modalità di cui all'articolo 4 della delibera n. 252/16/CONS, il dettaglio delle spese nella pagina web “trasparenza tariffaria”, evidenziando, per ciascuna offerta, tutte le spese che l'utente dovrà sostenere in corrispondenza di ogni mese in cui il recesso potrebbe essere esercitato, mentre in fase di sottoscrizione del contratto gli operatori devono rendere note, verbalmente e attraverso idonea informativa – chiara e sintetica – da allegare al contratto, tutte le spese che l'utente dovrà sostenere eventualmente anche in corrispondenza di ogni mese in cui il recesso potrebbe essere esercitato»<sup>89</sup>.

7. – Il graduale manifestarsi ed evolvere dell'istituto civilistico del recesso all'interno degli ordinamenti giuridici continentali, in diretta corrispondenza rispetto alla progressiva, e apparentemente inarrestabile, “erosione” del principio dell'indissolubilità del vincolo negoziale – ben delineato all'art. 1372 c.c., ed in misura ancor più pregnante già

---

fino a raggiungere il loro valore massimo proprio in prossimità della scadenza della promozione. Il principio di proporzionalità alla durata residua della promozione implica, invece, che le spese per la restituzione degli sconti, devono tener conto della prossimità dell'esercizio del diritto di recesso alla scadenza della promozione. Inoltre, la restituzione integrale degli sconti non può nemmeno considerarsi equa, perché l'utente che voglia recedere anticipatamente si troverebbe a corrispondere all'operatore una somma ben superiore (talvolta eccessivamente superiore) a quella che avrebbe corrisposto nel caso in cui non esercitasse il diritto di recesso (almeno fino alla scadenza del contratto iniziale), con la diretta conseguenza di trasferire integralmente sugli utenti il rischio di recesso». Cfr. §5, Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS. Fermo restando, perciò il diritto dell'operatore di proporre agli utenti offerte che prevedono la restituzione degli sconti, anche integrale, conformemente a quanto disposto da Cons. Stato, 11 marzo 2010, n. 1442, l'*authority* ritiene possibile la restituzione solo «nel rispetto del vincolo di uguaglianza tra il ricavo che l'operatore si aspettava di realizzare in corrispondenza del mese in cui avviene il recesso e il ricavo effettivamente realizzato dall'operatore fino a quel mese».

<sup>88</sup> Cfr. Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS.

<sup>89</sup> Cfr. §4, Allegato B alla Delibera n. 487/18/CONS.



all'art. 1123 dell'impianto codicistico postunitario – si pone a dimostrazione del costante mutamento delle condizioni che, di volta in volta, costituiscono lo sfondo – e al contempo la ragione prima – dell'agire dei legislatori.

A ben vedere, una siffatta trasformazione costituisce un processo che, pur fondatosi su alcune tappe ben delineate, è da considerarsi oggi tutt'altro che concluso.

Quello che si è cercato di evidenziare in questa breve trattazione è un percorso che, lungi dal voler descrivere un caso isolato, cerca di dimostrare come in realtà, nella materia, si manifesti e si sviluppi una generale e diffusa «perdita d'identità».

La fenomenologia delle fonti, come osservato dalla più attenta dottrina, registra infatti un importante sovvertimento a livello sistematico, a partire dal processo di integrazione – ma soprattutto di armonizzazione – operato dal legislatore europeo.

Le ovvie ricadute che la nascita di un tale «posto del disordine» produce – anzitutto sugli strumenti d'indagine dello studioso del diritto, costretto dalla frammentazione normativa a cercare nuovi ed ulteriori riferimenti, spesso tra loro poco dialoganti – sono il prodotto naturale della comparsa sulla scena non solo di un “legislatore sovranazionale”, ma anche e soprattutto di quei diversi soggetti interni al perimetro costituzionale, vale a dire gli enti regionali e le autorità amministrative indipendenti, i provvedimenti delle quali ultime vengono spesso considerati spuri, e mal dialoganti, rispetto al disegno costituzionale.

Sono pertanto proprio questi ultimi organismi a costituire oggetto di particolare interesse per lo studioso del diritto civile in quanto gli stessi, nell'esercizio delle proprie prerogative, sono in grado di modificare – come abbiamo visto – non solo il se, il con chi o il come della contrattazione, ma persino l'oggetto – il cosa – della stessa.

Il civilista, una volta preso atto che l'analisi della materia non rientra in via esclusiva nei profili d'interesse della dottrina pubblicistica ma ben riguarda – in considerazione del fatto che le authorities intervengono non solo nei rapporti tra le diverse amministrazioni, o tra queste e i privati, ma anche, e soprattutto, tra i privati stessi – anche la dottrina privatistica, deve quindi considerare, anzitutto, la nascita di un «nuovo conflitto» che si sviluppa, integralmente, sul “terreno di gioco” delle fonti.

Il riferimento – come risulta ormai evidente – è al contrasto che nasce tra la fonte parlamentare e governativa e la crescente erosione che alla stessa deriva dall'operare di tali organismi indipendenti definiti talvolta – e in termini non del tutto provocatori – come veri e propri legislatori.

Il rimedio del recesso costituisce senza alcun dubbio, sotto i summenzionati punti di vista, una lente privilegiata. La duplice volontà di tutelare il singolo contraente e di impedire il prodursi di vincoli potenzialmente infiniti – proposito perseguito, tipicamente,

# JUS CIVILE



dal legislatore del codice civile e del codice del consumo – si mescola infatti in tale campo con obiettivi (apparentemente) differenti, vale a dire l’incentivazione della concorrenza attraverso la regolazione del mercato e la conseguente limitazione alla nascita di qualunque regime di monopolio.

Il regolatore delle comunicazioni ha così considerato – in piena sintonia con quanto disposto dalle altre autorità di regolazione, nazionali e non – il rimedio del recesso concesso al consumatore non soltanto come strumento di tutela degli interessi dei privati, bensì come mezzo preordinato all’apertura alla concorrenza di un determinato settore economico – e quindi pregno di connotazioni pubbliche – spingendosi sino a ricomprendere nella nozione di “switching cost” qualunque voce di costo imputata dall’operatore all’utente al momento dell’esercizio, da parte di quest’ultimo, del diritto di recesso.

In particolare, l’authority ha, a tal fine, ritenuto sacrificabile la posizione del professionista, il quale si vede oggi potenzialmente impossibilitato a recuperare quegli investimenti già sostenuti nella fase preliminare del rapporto e non imputati immediatamente all’utente.

La genesi dei summenzionati provvedimenti si caratterizza tuttavia per la previsione di una preventiva procedura, composta di audizioni periodiche e consultazioni con le diverse associazioni di categoria, che rende gli stessi oggetto di condivisione a livello di categorie d’interesse.

L’iniziale sensazione di mortificazione, e definitiva compressione, dell’autonomia privata a causa dei diversi interventi delle autorità di regolazione (ma, è opportuno ricordarlo, anche di vigilanza) è pertanto destinata a svanire, o quantomeno a ridursi, una volta rilevato come le medesime contribuiscano, in realtà, a dare all’autonomia stessa un nuovo significato, pienamente in sintonia con il dettato dell’art. 1322 c.c., e ben rappresentata in quello che la dottrina ha pionieristicamente definito, più di un decennio addietro, come «atto amministrativo negoziato corporativamente»<sup>90</sup>.

Pur considerata su un piano differente, quale può essere quello di natura associativa, l’autonomia privata diviene così destinataria di prerogative ulteriori, nonché di nuove forme di espressione, le quali si presentano come elementi assolutamente necessari nell’ottica di una riduzione dell’impatto esercitato sul contratto da parte della disciplina di fonte autoritativa.

---

<sup>90</sup> Cfr. GITTI, *Gli accordi con le autorità*, in *I contratti per l’impresa*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, II, Bologna, 2012, p. 541.



THOMAS M.J. MÖLLERS

*Professor of Law – University of Augsburg (Germany)*

**HOW TO WORK WITH THE GERMAN CONSTITUTION.  
A CONTRIBUTION TOWARDS GREATER METHODOLOGICAL HONESTY  
IN THE DISPUTE BETWEEN THE TWO SENATES  
OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT**

SOMMARIO: *I. Introduction. A. Constitutional law by the courts. 1. The Federal Constitutional Court. – 2. The non-constitutional court as a constitutional court. – B. Disputed arguments of constitutional law. 1. The imprecise use of the interpretation in conformity with the Constitution by the Federal Constitutional Court. – 2. The triad of constitution ally – orientated interpretation, interpretation in conformity with the Constitution, as well as further development of the law. – II. The constitutionally – orientated interpretation. A. The difference of opinion on the constitutionally – orientated interpretation. – B. The definition of the “constitutionally-orientated interpretation”. – C. The constitutionally – orientated interpretation as a simple weighing up rule in civil law. Two examples shall clarify the area of constitutionally – orientated interpretation. 1. Landlords’ freedom of property versus tenants’ rights. – 2. Encroachment on enterprises versus freedom of opinion. – III. Interpretation in conformity with the Constitution. A. Fundamental questions on the interpretation in conformity with the Constitution. 1. The definitions according to the stipulations of the Federal Constitutional Court. – 2. Priority of the Constitution as a separate interpretation figure. – B. Interpretation in conformity with the Constitution in civil law. – 1. Protection of legal interests and of the general right of personality. – 2. Prevention of excessive restrictions of freedom. – IV. Further development of the law in conformity with the Constitution (“Verfassungskonforme rechtsfortbildung”). – A. The contradictory case – law of the Federal Constitutional Court. – 1. Rejection of a further development of the law in conformity with the Constitution by the Federal Constitutional Court. – 2. Further development of the law in conformity with the Constitution as a legal figure. – B. Groups of cases of permissible further development of the law in conformity with the Constitution. – 1. Teleological reduction. – 2. Protection against manifest fundamental rights violations of the person concerned. – V. Boundaries imposed on the further development of the law by the Constitution (impermissible further development of the law contra legem). – A. Boundaries imposed on the further development of the law in criminal law: the principle of lawfulness. – B. Encroachment on third-party fundamental rights constituting a relevant boundary on permissible further development of the law? The dispute between the Constitutional Court Senates. – C. Own view of the further development of the law contra legem in the case of a serious encroachment on third-party fundamental rights. – VI. Conclusion.*



## I. Introduction

### A. Constitutional law by the courts

1. – In many states the constitution is the most important source of law, it can set aside non-constitutional law. In Germany the Constitution is particularly powerful. Any citizen may assert breaches of his or her fundamental rights with a constitutional complaint before the Federal Constitutional Court if other legal avenues have been exhausted. In accordance with Art. 20 para. 3 of the Basic Law, the courts are bound by law and justice as well as equality before the law, so that, as a matter of principle, any judgment containing errors may be successfully reviewed before the Federal Constitutional Court.

A law can be unconstitutional, if it is formally not compatible with the Constitution, e.g. because the legislative procedure was evidently erroneous<sup>1</sup> or the provisions about competency have been violated.<sup>2</sup> In addition a law can materially breach the Constitution. For example in tax law a violation against the principle of taxation equality is often complained, this violation derives from the principle of equality of Article 3 (1) GG.<sup>3</sup> In general such an unconstitutional law has to be declared null and void by the Federal Constitutional Court, section 78 sentence 1 and section 93 subsection (3) sentence 1 BVerfGG. The decision has a general binding effect – in most cases even legal force – and has to be published in the Federal Law Gazette, section 31 BVerfGG.<sup>4</sup>

The unconstitutionality and nullity of a norm is the *ultima ratio*, i.e. it is the last resort. In cases of doubt, therefore, an interpretation that is in conformity with the Constitution is preferable vis-à-vis nullity.<sup>5</sup> In other words, it leads not to the formal rejection of a norm, but to its *retention*.<sup>6</sup> A mandatory interpretation in conformity with the Constitution can be reasoned with a variety of different considerations. Firstly, according to

---

<sup>1</sup> Federal Constitutional Court (BVerfG), order of 8 December 2009: 2 BvR 758/07, Decision of the Federal Constitutional Court (BVerfGE) 125, 104, 132 – Conciliation Committee III.

<sup>2</sup> BVerfG, judgment of 15 February 2006: 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, 118, 165 – Aviation Security Act I.

<sup>3</sup> BVerfG, order of 7 November 2006: 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 = BGBl. I 2007, 194 – Inheritance Tax I; BVerfG, judgment of 17 December 2014: 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 = (2015) 68 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 303 – Inheritance Tax II.

<sup>4</sup> Just as Art. 136 of the Constitution of the Italian Republic.

<sup>5</sup> See established case-law, BVerfG, judgment of 4 May 2011: 2 BvR 2365/09 et al., BVerfGE 128, 326 and 400 – Preventive detention; BVerfG, order of 7 May 1953: 1 BvL 104/52, BVerfGE 2, 266 and 282; BVerfG, order of 3 June 1992: 2 BvR 1041/88 and 78/89, BVerfGE 86, 288 and 320 – § 57a Criminal Code.

<sup>6</sup> H. Dreier in H. Dreier (ed.), GG, 3rd ed. (Tübingen 2013), Art. 1 III para. 85.

# JUS CIVILE



the stage-by-stage structure of the law, the Constitution ranks higher than non-constitutional law, and is already to be complied with because of the *lex superior* rule.<sup>7</sup> The concept of the continuity of the law and the avoidance of a legal vacuum furthermore require that the norm be retained in cases of doubt. Moreover, the rule of law requires there to also be a prohibition of disproportionality among the powers of the State.<sup>8</sup> Finally, respect for the legislative power requires that a law not be declared null and void, but that it should be maintained by lending it an interpretation that is in conformity with the Constitution.<sup>9</sup> This gives rise to a principle of retaining the norm (*favor legis*).<sup>10</sup> Similarly, an obligation is also embedded in Anglo-American law to interpret the norm in such a way that it does not breach the Constitution.<sup>11</sup>

## 2. – Given the extended application of fundamental rights<sup>12</sup>, all non-constitutional

---

<sup>7</sup>H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2nd ed. (Vienna 1960), 228 et seqq.; K.F. Röhl and H.C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3rd ed. (Munich 2008), 308 et seq.; B. Rüthers, C. Fischer and A. Birk, *Rechtstheorie*, 8th ed. (Munich 2015), paras. 272 et seqq.; F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2nd ed. (Vienna 1991), 201; E.A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 4th ed. (Munich 2013), 92. Besides the argument of the unity of the legal system is raised, see K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20th ed. (Heidelberg 1995), para. 80.

<sup>8</sup>R. Zippelius, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen” in C. Starck (ed.), *Festgabe 25 Jahre BVerfG*, vol. II (Tübingen 1976), 108 and 111.

<sup>9</sup>Established case-law (see footnote 5 above); H.G. Dederer in T. Maunz and G. Dürig (eds.), *GG*, 78th supplement (Munich 2016), Art. 100 paras. 16 and 22 et seq.

<sup>10</sup>H. Bogs, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* (Dillingen 1966), 21 et seq.; K. Schlaich and S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10th ed. (Munich 2015), para. 442; C.-W. Canaris, “Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre” in H. Honsell et al. (eds.), *Festschrift Kramer* (Basel and Geneva 2004), 141 and 149; J.H. v. Dannecker in H.W. v. Laufhütte, R. Rissing-van Saan and K. Thiedemann (eds.), *LK-StGB*, 12th ed. (Berlin 2007), § 1 para. 326.

<sup>11</sup>Statutes are to be interpreted in such a way that they are not in breach of the Constitution, just as in US law, *Crowell v Benson* [1932] 285 U.S. 22, 62: “When the validity of an act of the Congress is drawn in question, and even if a serious doubt of constitutionality is raised, it is a cardinal principle that this Court will first ascertain whether a construction of the statute is fairly possible by which the question may be avoided.”; R.A. Posner, “Statutory Interpretation” (1983), 50 *U.Chi.L.Rev.* 800 and 815.

<sup>12</sup>BVerfG, judgment of 15 January 1958: 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 and 206 et seq. – Lüth. Unambiguously also BVerfG, order of 11 June 1991: 1 BvR 239/90, BVerfGE 84, 192 and 195 – Disclosure of placing under guardianship: “The Constitution requires the judge to examine whether the application of provisions of civil law impacts on fundamental rights in the individual case. If this is so, he or she must interpret and apply these provisions in the light of fundamental rights.” See also BVerfG, order of 19 October 1993: 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 213 and 229 et seq. – surety from relatives with no assets.



courts are called on to also simultaneously comply with the Basic Law in addition to their respective specialist field in order to prevent unconstitutional rulings. They are also constitutional courts in this sense, so that there are thousands of “constitutional courts” in Germany.<sup>13</sup> The imprecise use of the term “interpretation in conformity with the Constitution” by the Federal Constitutional Court does not make it easy for the non-constitutional courts to work with the Constitution. On the one hand, the interpretation in conformity with the Constitution is close to the constitutionally-orientated interpretation, which does not take priority but only constitutes a standard for assessment.<sup>14</sup> On the other hand, little has been done to clarify when an interpretation in conformity with the Constitution is not permissible and to what degree further development of the law in conformity with the Constitution remains possible.<sup>15</sup> This leads to a danger that the non-constitutional courts are overburdened with this task.<sup>16</sup>

## *B. Disputed arguments of constitutional law*

1. – The mandatory interpretation in conformity with the Constitution has been acknowledged for many years, but this term is otherwise used for four different circumstances, which strictly speaking are not suited to this term: The Federal Constitutional

---

<sup>13</sup> K. Schlaich and S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10th ed. (Munich 2015), para. 441: “[...] the interpretation in conformity with the Constitution is incumbent on each judge.”

<sup>14</sup> L. Kuhlen, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen* (Heidelberg 2006), 3: speaks of boundaries in flux; see also R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 11th ed. (Munich 2012), 33.

<sup>15</sup> H. Schulze-Fielitz in H. Dreier, *GG*, 3rd ed. (Tübingen 2015), Art. 20 (constitutional state) para. 87.

<sup>16</sup> K. Schlaich and S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10th ed. (Munich 2015), para. 145; J. Wieland in H. Dreier, *GG*, 2nd ed. (Tübingen 2008), Art. 100 para. 19; M. Ruffert, “Die Rechtsprechung des BVerfG zum Privatrecht” (2009) 64 *JuristenZeitung* (JZ) 389 and 397 et seq. on the evaluation of the case-law of the Federal Labour Court (BAG). One example is the Macrotron ruling of the Federal Court of Justice (BGH). This ruling considered that withdrawal from the stock exchange violated the marketability of the share, and hence ownership of shares within the meaning Art. 14 para. 1 of the Basic Law. In order to protect the minority shareholders, it developed the law by developing the precondition that the company had to obtain a resolution on the part of the shareholders’ meeting, as well as a mandatory offer of the public limited company or of the major shareholder regarding the purchase of the shares belonging to the minority shareholders. The Federal Constitutional Court affirmed as a matter of principle the right of the Federal Court of Justice to further develop the law, but rejected in the concrete case reasoning the further development of the law with a breach of the right of property since the marketability of the share as a mere asset was said not to fall within the area protected by property in accordance with Art. 14 para. 1 of the Basic Law. Federal Court of Justice, judgment of 25 November 2002: II ZR 133/01, BGHZ 153, 47 and 55 – Macrotron; BVerfG, judgment of 11 July 2012: 1 BvR 3142/07, 1569/08, BVerfGE 132, 99 paras. 54 et seqq. – Delisting.

# JUS CIVILE



Court for instance carries out further development of the law in conformity with the Constitution in many rulings *without* using this term. Instead, the talk is partly of an interpretation in conformity with the Constitution.<sup>17</sup> The Federal Constitutional Court ultimately also does *not* use the term “constitutionally-orientated interpretation”, even though it has long since been introduced into the legal reference material.<sup>18</sup> In its place, there is only rather imprecise talk of the extended application (*Ausstrahlungswirkung*).<sup>19</sup>

2. – In the view put forward here, three methodical figures can be made out influencing non-constitutional law: constitutionally-orientated interpretation, albeit little has been done to clarify it (II), the well-known figure of the interpretation in conformity with the Constitution (III) and to be distinguished from it, further development of the law in conformity with the Constitution (IV. + V). On the one hand, the Constitution is a standard for interpretation for non-constitutional law, but on the other hand, itself consists of norms, which are amenable to and in need of interpretation.<sup>20</sup> Apart from such paradoxical realisations, it is to become clear that the Constitution is an abstract foundation which permits latitude to be exercised in the interpretation of the non-constitutional statutes, as well as, firstly, having a *limiting* function (interpretation in conformity with the Constitution), secondly constituting a *shaping mandate* of last resort to the case-law (further development of the law in conformity with the Constitution) and thirdly having a *role of weighing up* without priority (constitutionally-orientated interpretation).

---

<sup>17</sup> BVerfG, judgment of 4 May 2011: 2 BvR 2365/09 et al., BVerfGE 128, 326 and 400 – Preventive detention IV.

<sup>18</sup> See for instance H. Dreier, “Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung?” (2003) 36 Die Verwaltung 105 and 111 footnote 43; the term is however used in the collection of case-law C. Bumke/A. Voßkuhle, Casebook constitutional law (Tübingen 2015), paras. 161 and 669.

<sup>19</sup> P. Lerche, “Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung” in R. Böttcher, G. Hueck, B. Jähnke (eds.), Festschrift Odersky (Berlin 1996), 215, 216 et seq., 223 and 225 et seq.; C.-W. Canaris, Grundrechte und Privatrecht (Berlin 1999), 30 and 93 speaks of a solution of convenience of this figurative use in slang. Extended application is disparagingly also referred to as a “headlight theory”, see H.-W. Friedrich, “Arbeitsgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit” in D.C. Umbach, T. Clemens and F.-W. Dollinger (eds.), BVerfGG – Mitarbeiterkommentar, 2nd ed. (Heidelberg 2005), 93 and 104 footnote 55.

<sup>20</sup> R. Zippelius, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen” in C. Starck (ed.), Festgabe 25 Jahre BVerfG, vol. II (Tübingen 1976), 108 and 112.



## II. The constitutionally-orientated interpretation

### A. The difference of opinion on the constitutionally-orientated interpretation

The constitutionally-orientated interpretation is one of the legal figures with respect to which the least clarification has been carried out. The Federal Constitutional Court does not explicitly use the legal figure to the present day; instead, for instance, there is talk of extended application and fundamental rights as a value system. One view that has been put forward in the reference material is that the delimitation between a constitutionally-orientated interpretation and one that is in conformity with the Constitution is a grey area.<sup>21</sup> Some authors even go so far as to state that constitutionally-orientated interpretation and interpretation in conformity with the Constitution are one and the same.<sup>22</sup> The figure of constitutionally-orientated interpretation is said to be superfluous in this regard.<sup>23</sup> According to another view, the constitutionally-orientated interpretation may be carried out by anyone, but the interpretation in conformity with the Constitution may only be effected by the Federal Constitutional Court.<sup>24</sup> One counter-argument to this could be that a distinction by addressees cannot be constitutionally reasoned.<sup>25</sup> According to a third view, the interpretation in conformity with the Constitution serves in a first step to rule out those results which are ascertained by means of a grammatical, historical and teleological interpretation and which are not compatible with the Constitution. The constitutionally-orientated interpretation is said to serve in, a second step, to select from among the constitutional results the one, which comes closest to the Constitution or to the protection mandate under constitutional law.<sup>26</sup> This is said to be parallel to the “*effet utile*” under European law.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> J.H. v. Dannecker in H.W. v. Laufhütte, R. Rissing-van Saan and K. Thiedemann (eds.), LK-StGB, 12th ed. (Berlin 2007), § 1 para. 333; L.Kuhlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen (Heidelberg 2006), 2: “boundaries in flux.”

22U. Lembke, Einheit aus Erkenntnis?(Berlin 2009), 247; F. Reimer, Juristische Methodenlehre(Baden-Baden 2016), paras. 400 et seq.

<sup>23</sup> For instance C.-W. Canaris, “Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre” in H. Honsell et al. (eds.)Festschrift Kramer (Basel and Geneva 2004), 141 and 154.

<sup>24</sup> H. Simon, “Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung” (1974) 1 Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ) 85 and 87; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. I, 2nd ed. (München 1984), 136.

<sup>25</sup> R. Wendt, “Verfassungsorientierte Gesetzesauslegung” in D. Heckmann, R. P. Schenke, G. Sydow (eds.) Festschrift Würtenberger (Berlin 2013), 123 and 126.

<sup>26</sup> R. Wendt, “Verfassungsorientierte Gesetzesauslegung” in D. Heckmann, R.P. Schenke, G. Sydow (eds.),Festschrift Würtenberger (Berlin 2013), 123 and 130.



This view is pleasing in that the constitutionally-orientated interpretation uses fundamental rights in its weighing up, and uses them as principles in this regard. Having said that, it is too restrictive since, in a second step, it is not intended to be used until after the interpretation in conformity with the Constitution. The constitutionally-orientated interpretation however also has scope if the Constitution does nothing to enforce prioritisation, so that there are no unconstitutional outcomes at all. What is more, the principle of optimisation may already form part of the interpretation in conformity with the Constitution.<sup>28</sup> This renders subordinate the interpretation of the constitutionally-orientated interpretation in conformity with the Constitution.<sup>29</sup>

## *B. The definition of the “constitutionally-orientated interpretation”*

In the view put forward here, a constitutionally-orientated interpretation is when the fundamental rights only constitute a simple argument, which *(only) ranks equally with the previous interpretation figures*. The influence exerted by the Constitution on non-constitutional law is hence so weak that it particularly does not require any priority of the Constitution, but where appropriate is not victorious over the other figures. Only the extended application of fundamental rights in civil law and in criminal law is to be revealed below. The concretisation of fundamental rights and the weighing up of various fundamental rights is a separate topic. This enables a three-fold distinction between a constitutionally-orientated interpretation and one that is in conformity with the Constitution:

Firstly, a constitutionally-orientated interpretation only requires taking the Constitution into account and involving it in the weighing up.<sup>30</sup> An interpretation in conformity

---

<sup>27</sup>C. Armbrüster, “Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?” (2007) 60 NJW1494 and 1496. On the “*effet utile*“ for instance ECJ, judgment of 15 July 1963: Case 34/62 [1963] ECLI:EU:C:1963:18, 269 and 318 –Germany/Commission; H. Kutscher, “Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, aus der Sicht eines Richters” in Luxemburg Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften (ed.), *Begegnung von Justiz und Hochschule* (Luxembourg 1976), 1-43; G. Hager, *Rechtmethoden in Europa* (Tübingen 2009), 254; M. Pechstein and C. Drechsler, “Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts” in K. Riesenhuber (ed.), *Europäische Methodenlehre*, 3rd ed. (Berlin and Boston 2015), § 7 paras. 56 et seq.; U. Everling, “Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft” (2000) 55 JZ217 and 223.

<sup>28</sup>F. Reimer, *Juristische Methodenlehre* (Baden-Baden 2016), para. 400. Different view R. Wendt, “Verfassungsorientierte Gesetzesauslegung” in D. Heckmann, R. P. Schenke, G. Sydow (eds.), *Festschrift Württenberger* (Berlin 2013), 123 and 130.

<sup>29</sup>C. Höpfner, *Die systemkonforme Auslegung* (Tübingen 2008), 180.

<sup>30</sup>J. Burmeister, *Verfassungsorientierung* (Cologne 1966), 14 et seq.; H. Simon, “Die verfassungskon-



with the Constitution, by contrast, is stronger: It forces legal practitioners to allot preference to the constitutional result over the others if various interpretation results are possible.

Consequently, and secondly, the constitutionally-orientated interpretation is only one criterion among several interpretation figures. In this regard, it is only an interpretation figure with equal rank, without demanding priority,<sup>31</sup> whilst conversely the interpretation in conformity with the Constitution particularly forces this priority by separating out unconstitutional results. It is hence only a *weighing up rule*, without any presumption effect. Kudlich describes a highly-figuratively turning point in this regard between a constitutionally-orientated interpretation and an interpretation in conformity with the Constitution: “at the moment when the interpretation becomes unconstitutional, the argumentation becomes an interpretation in conformity with the Constitution, which at least explicitly prohibits a specific outcome.”<sup>32</sup> Dworkin identified principles as norms, which – without being rules – can serve as arguments for individual rights.<sup>33</sup> Rules meaning norms are either met or not, and thus prescribe a decision.<sup>34</sup> Principles, by contrast, cannot absolutely specify a decision, because they are to be balanced against other principles.<sup>35</sup> In this respect, principles are (only) optimization requirements which can be fulfilled to various degrees and be incorporated into the decision.<sup>36</sup> Whilst the interpretation in conformity with the Constitution can be referred to as a rule, the constitutionally-orientated interpretation is only a principle<sup>37</sup> in this regard which is to be taken into ac-

---

forme Gesetzesauslegung” (1974) 1 EuGRZ 85 and 86 et seq.; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 2nd ed. (München 1984), 136; K. Schlaich/S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 10th ed. (Munich 2015), para. 448; H. Kudlich, “Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht” (2003) 58 JZ 127 and 130.

<sup>31</sup> C. Höpfer, *Die systemkonforme Auslegung* (Tübingen 2008), 180; in part already W. Skouris, *Teilnichtigkeit von Gesetzen* (Berlin 1973), 115.

<sup>32</sup> H. Kudlich, “Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht” (2003) 58 JZ 127 and 130.

<sup>33</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2nd ed. (London 1978), 90.

<sup>34</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2nd ed. (London 1978), 24 et seq. (German: *Bürgerrechte ernst genommen*, 1984); R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt am Main 1986), 76 (English: *Theory of Constitutional Rights*, 2002); R. Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien” (1985) 71 supplement 25 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* 13 and 20.

<sup>35</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 2nd ed. (London 1978), 26.

<sup>36</sup> R. Alexy, “Rechtsregeln und Rechtsprinzipien” (1985) 71 supplement 25 *ARSP* 13 and 19; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt am Main 1986), 75 et seq.; R. Alexy, “Rechtssystem und praktische Vernunft” (1987) 18 *Rechtstheorie* 405 and 407, agreeing K. Larenz, *Methodenlehre des Rechts*, 6th ed. (Berlin 1991), 475; N. Jansen, *Die Struktur der Gerechtigkeit* (Baden-Baden 1998), 106 et seq., A Röthel, *Normkonkretisierung* (Tübingen 2004), 146 et seq. and 225 et seq.

<sup>37</sup> See T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (Munich 2017), § 11 paras. 11 et seqq. on the terms “rule” and “principle”.

# JUS CIVILE



count when weighing up.<sup>38</sup> Fundamental rights positions can thus be included in the argumentation in defence against the solution of non-constitutional law without finally being enforced. Conversely, they can be affected on both sides and included in the weighing up. It is typically a matter of the extended application, and hence of the development and enforcement of fundamental rights. Typical application cases include freedom of opinion, coalition and occupation, and these are to be taken into account in labour law.

And thirdly, the interpretation in conformity with the Constitution is aimed to maintain the provision,<sup>39</sup> whilst the constitutionally-orientated interpretation only aims to optimise the norm<sup>40</sup>, without however the norm otherwise threatening to become unconstitutional. The optimisation of the norm is hence to be understood such that, in addition to the usual interpretation criteria, other – constitutional – aspects are brought into the equation, which however do not ultimately need to take priority.

## *C. The constitutionally-orientated interpretation as a simple weighing up rule in civil law. Two examples shall clarify the area of constitutionally-orientated interpretation*

1. – Under the law as it previously stood, were the tenant to die, only the spouse or relatives were able to succeed to the lease, section 569a of the German Civil Code (BGB) old version (now: section 563 of the Civil Code). The Federal Constitutional Court approved the further development of the law carried out by the Federal Court of Justice to analogously apply section 569a of the Civil Code to civil partnerships, amongst other things also because the legislature and the judicative had already recognised civil partnerships in a variety of statutes.<sup>41</sup>

This has been massively criticised in the literature, arguing amongst other things that this constituted for the landlord an impermissible violation of the freedom of contract protected via the general freedom to act in accordance with Art. 2 para. 1 of the Basic

---

<sup>38</sup> J.H. v. Dannecker, H.W. v. Laufhütte, R. Rissing-van Saan and K. Thiedemann (eds.), LK-StGB, 12th ed. (Berlin 2007), Art. 1 para. 332; L. Kuhlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen (Heidelberg 2006), 2.

<sup>39</sup> H. Dreier in H. Dreier, GG, 3rd ed. (Tübingen 2013), Art. 1 III paras. 85 et seqq.; see T.M.J. Möllers, Juristische Methodenlehre (Munich 2017), § 7 para. 35.

<sup>40</sup> F. Reimer, Juristische Methodenlehre (Baden-Baden 2016), para. 398.

<sup>41</sup> Federal Court of Justice, judgment of 13 January 1993: 8 ARZ 6/92, BGHZ 121, 116 and 121 et seqq. – § 569a analogously; BVerfG, order of 3 April 1990: 1 BvR 1186/8, BVerfGE 82, 6 and 15 et seq. – Unmarried civil partnership and tenancy succession.

# JUS CIVILE



Law and the right of property contained in Art. 14 of the Basic Law.<sup>42</sup> This is to be countered by the fact that the legislature has already considerably restricted the freedom of contract and the right of property of the landlord in recent decades.<sup>43</sup> The background is the consideration that the tenant is to enjoy particular protection in his or her social environment.<sup>44</sup> It is consistent in this regard to have civil partnerships participate here by analogy. As a result, fundamental rights do not therefore lead to priority.

In the case of the right of a civil partnership to succeed to a lease, the landlord may invoke the right of property of Art. 14 of the Basic Law. The rights of the tenant under Art. 14 of the Basic Law were brought into the equation, but particularly cannot be enforced, and are hence only a weighing up position. This is the typical case of the constitutionally-orientated interpretation.

2. – aa) The Federal Constitutional Court developed the influence of the Constitution on civil law (the “Whether”) in the *Lüth* judgment. A boycott appeal had previously been categorised by the civil courts as constituting intentional damage contrary to public policy in accordance with section 826 of the Civil Code and as an encroachment on the established and exercised business operation in accordance with section 823 subsection (1) of the Civil Code. Having said that, the boycott appeal may fall in the area protected by freedom of opinion in accordance with Art. 5 para. 1 of the Basic Law. Section 826 of the Civil Code may hence not only be interpreted according to the evaluations of the Civil Code (so that any boycott appeal would be unlawful), but must also consider the Basic Law as a value system and the extended application of fundamental rights, here freedom of opinion. The *interpretation in conformity with the Constitution* forces one to negate the unlawfulness of the boycott appeal and to interpret it in the light of the Constitution. The image of the indirect third-party effect appears to be convincing here. The Federal Constitutional Court did not immediately weigh up the interests, but concretised the collision between freedom of opinion (Art. 5 of the Basic Law) on the one hand, as well as occupational freedom (Art. 12 of the Basic Law) and freedom of property (Art.

---

<sup>42</sup>G. Roellecke, “Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 03.04.1990 1 BvR 1186/89” (1990) 25 JZ 813; C. Hillgruber, “Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem”(1996) 51 JZ 118, 119 and 122; U. Diederichsen, “Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz”(1997) 20 Jura 57 and 62 et seq.; B. Rütters, C. Fischer and A. Birk, *Rechtstheorie*, 9th ed. (Munich 2016), para. 875.

<sup>43</sup>T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (Munich 2017), § 13 para. 99.

<sup>44</sup>BVerfG, order of 3 April 1990: 1 BvR 1186/8, BVerfGE 82, 6 and 16 et seq.



14 of the Basic Law) on the other. The motives, goal and purpose of the expression of opinion are crucial: When it comes to a *contribution towards the intellectual clash of opinions* in a question, which has a major impact on the public, the presumption was said to be in favour of the permissibility of freedom of speech.<sup>45</sup> The constitutionally-orientated interpretation then becomes a constitutional one because one fundamental right is enforced and corrects the non-constitutional result. In terms of proportionality, it will furthermore be necessary to demand that the party calling for the boycott must seek a dialogue with the subject of the boycott prior to calling for a boycott.<sup>46</sup>

bb) A fundamental right may however also only constitute a non-constitutional *weighing up rule* without already prejudicing the outcome. If the boycott appeal for instance serves to encroach on the individual sphere of *economic competition between specific competitors on the market*, over and above a certain fundamental opinion, by for instance threatening to cause economic disadvantages in case of non-compliance,<sup>47</sup> the right of freedom of opinion and the public interest in information is only used as a means to the end of promoting *private competitive interests*. A principal priority of the interests of the subject of the boycott is presumed to exist in this case.<sup>48</sup> The freedom of opinion of the party calling for the boycott is only one argument among several; it is *not enforced, and also does not take priority in this regard*. An interpretation in conformity with the Constitution is also not relevant here.<sup>49</sup> The constitutionally-orientated interpretation remains in force.

### III. Interpretation in conformity with the Constitution

#### A. Fundamental questions on the interpretation in conformity with the Constitution

1. – A norm is to be interpreted constitutionally if, among several possible interpreta-

---

<sup>45</sup> BVerfG, judgment of 15 January 1958: 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 and 216 et seqq. – Lüth; Federal Court of Justice, judgment of 21 June 1966: VI ZR 261/64, BGHZ 45, 296 and 308 – “Höllengefährdung”.

<sup>46</sup> T.M.J. Möllers, “Zur Zulässigkeit des Verbraucherboykotts” (1996) 49 NJW 1374 and 1376 et seq.

<sup>47</sup> BVerfG, judgment of 26 February 1969: 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256 and 264 et seq. – “Blinkenfänger”.

<sup>48</sup> Federal Court of Justice, judgment of 2 February 1984: I ZR 4/82, (1985) 38 NJW 60 and 62 para. 38 – “Röster Uhren”.

<sup>49</sup> Different view R. Wendt, “Verfassungsorientierte Gesetzesauslegung” in D. Heckmann, R. P. Schenke, G. Sydow (eds.), Festschrift Württemberg (Berlin 2013), 123 and 130, according to which the constitutionally-orientated interpretation is to follow the interpretation in conformity with the Constitution.



tions, only one is constitutional. In most cases, there are however likely to be several interpretations in conformity with the Constitutions. Conversely, it is hence prohibited to select an interpretation result that is not in conformity with the Constitution.<sup>50</sup> The interpretation in conformity with the Constitution consequently takes on a filter function. The Constitution is not only a common sense norm, but at the same time also a control norm in this regard.<sup>51</sup> If the interpretation in conformity with the Constitution no longer permits an interpretation result that is in conformity with the Constitution, the provision is as a matter of principle to be rejected as unconstitutional unless scope remains for a further development of the law in conformity with the Constitution. In the view of the Federal Constitutional Court, the boundaries of the permissible interpretation in conformity with the Constitution are said to be reached when an interpretation of the wording of the statute and the purpose which the legislature clearly wished to pursue with the norm contradict one another.<sup>52</sup> The interpretation in conformity with the Constitution is hence within the boundaries of the wording, and typically occurs in general clauses or undetermined legal definitions.

2. – The interpretation in conformity with the Constitution is largely counted as part of the systematic interpretation,<sup>53</sup> whilst others speak of a variant of the systematic-teleological interpretation.<sup>54</sup> This is correct insofar as it is possible to understand the stage-by-stage structure of the law as forming part of the external system. Whilst the teleological interpretation as a rule locates the purpose of a norm within the codification, or

---

<sup>50</sup> H. Bogs, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* (Dillingen 1966), 94 et seq.; R. Zippe-  
lius, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen” in C. Starck (ed.), *Festgabe 25 Jahre BVerfG*, vol. II  
(Tübingen 1976), 108 and 111.

<sup>51</sup> R. Wank, *Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung* (Berlin 1978), 97 et seq.; A. Voßkuhle, “Theorie  
und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte” (2000) 125 *Archiv des  
öffentlichen Rechts*(AöR) 177 and 181.

<sup>52</sup> See for instance BVerfG, order of 19 September 2007: 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247 and 274 –  
Part-time employment of civil servants.

<sup>53</sup> F. Müller and R. Christensen, *Juristische Methodik I*, 11th ed. (Berlin 2013), para. 100; K.F. Röhl  
and H.C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3rd ed. (Munich 2008), 623; P. Raisch, *Juristische Methoden*  
(Heidelberg 1995), 180; B. Rüthers, C. Fischer and A. Birk, *Rechtstheorie*, 9th ed. (Munich 2016), pa-  
ra. 759, but then different in para. 762a: “application of the law in conformity of the system” (German: “sy-  
stemkonforme Rechtsanwendung”); C. Grüneberg in O. Palandt (founder), *BGB*, 76th ed. (Munich 2017),  
supplement para. 42.

<sup>54</sup> F. Bydliński, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2nd ed. (Vienna 1991), 455.

# JUS CIVILE



at least within the field of the law, such as civil law, the interpretation in conformity with the Constitution broadens this very perspective by also permitting the status of the provision in the overall structure of the hierarchy of statutes, and the supraordinate status of the Constitution, to flow into the interpretation.

Having said that, the Constitution comprises a separate value system, which stands above the principles of the Civil Code and of the Criminal Code (StGB) and is able to correct interpretation results, which were found merely based on non-constitutional law. This view does too little to take account of the fact that the Constitution may, on the one hand, be the standard for assessment, whilst on the other hand non-constitutional law may also act mandatorily because, where there are several interpretation results, the interpretation in conformity with the Constitution is to take precedence.<sup>55</sup> This constitutes a *priority arrangement* in this regard.<sup>56</sup> The interpretation in conformity with the Constitution is consequently a separate interpretation figure.<sup>57</sup> There is a need for a two-tier review: According to the result of non-constitutional law, the constitutional law component is to be taken into account in a second step.

## *B. Interpretation in conformity with the Constitution in civil law*

Two sub-areas of civil law are to be mentioned by way of example in which the interpretation in conformity with the Constitution of the case-law was used as a tool. This is on the one hand the reasoning of obligations to provide protection, in particular to protect health and the general right of personality (a), whilst on the other hand self-

---

<sup>55</sup> See established case-law, BVerfG, order of 19 September 2007: 2 BvF 3/02, BVerfGE 119, 247 and 274 – Part-time employment of civil servants; BVerfG, order of 14 October 2008: 1 BvR 2310/06, BVerfGE 122, 39 and 60 et seq. – Legal advice and representation; BVerfG, judgment of 4 May 2011: 2 BvR 2365/09 et al., BVerfGE 128, 326 and 400 – Preventive detention; see previously already BVerfG, order of 7 May 1953: 1 BvL 104/52, BVerfGE 2, 266 and 282; BVerfG, notice of 1 March 1978: 1 BvL 20/77, BVerfGE 48, 40 and 45 et seq.; BVerfG, order of 19 June 1979: 2 BvL 14/75, BVerfGE 51, 304 and 323 – Writings harmful to minors; BVerfG, order of 3 June 1992: 2 BvR 1041/88, 78/89, BVerfGE 86, 288 and 320 – § 57a Criminal Code.

<sup>56</sup> C.-W. Canaris, “Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre” in H. Honsell et al. (eds.), Festschrift Kramer (Basel and Geneva 2004), 141 and 143 et seq.; C. Höpfner, Die systemkonforme Auslegung (Tübingen 2008), 183; F. Reimer, Juristische Methodenlehre (Baden-Baden 2016), para. 632.

<sup>57</sup> M. Auer, “Die primärrechtskonforme Auslegung“ in J. Neuner (ed.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (Tübingen 2007), 27 and 31; F. Reimer, Juristische Methodenlehre (Baden-Baden 2016), para. 630.

# JUS CIVILE



determination is protected by means of the limited permissibility of restrictions imposed by contract (b).

1. – There was previously no explicit statutory foundation for the information of the patient for the purposes of self-determination regarding medical interventions. The Federal Court of Justice has always considered a medical intervention to be unlawful where the patient was not informed and had not effectively consented.<sup>58</sup> It was thus able to use this interpretation in conformity with the Constitution of the component of “unlawfulness” in section 823 subsection (1) of the Civil Code to force a physician to provide such information. The requirement of informed consent to diagnostic, preventive and medical interventions follows from the right to physical integrity which is entrenched in the Basic Law (Art. 2 para. 2 of the Basic Law) and from the freedom and dignity of the human personality (Art. 1 and 2 para. 1 of the Basic Law).<sup>59</sup> The legislature has now normed this case-law in sections 630d and 630e of the Civil Code.

2. – Such cases relate less to the interpretation of a norm in conformity with the Constitution than to a restriction of contractual agreements. The case-law restricts contractual agreements if the freedom of a contracting partner is excessively restricted. A contractually-agreed determination of the place of residence<sup>60</sup>, or the mandatory taking of contraceptives<sup>61</sup>, are for instance impermissible, meaning contrary to public policy in accordance with section 138 of the Civil Code. It is also impermissible to exploit inferiority so that one

---

<sup>58</sup> Reich Court of Justice, judgment of 31 May 1894: 1406/94, RGSt 25, 375 and 377 et seqq.; Reich Court of Justice, judgment of 27 May 1908: VI 484/07, RGZ 68, 432 and 434; BVerfG, judgment of 9 December 1958: VI ZR 203/57, BGHZ 29, 46, 49 and 54 et seq. – Electric shock II; Federal Court of Justice, judgment of 14 February 1989: VI ZR 65/88, BGHZ 106 and 291, 397 et seq. – Physician’s liability for operation-related risk not requiring provision of information; Federal Court of Justice, judgment of 28 November 1957: 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111 and 114 – Myom.

<sup>59</sup> See the dissenting opinion, in: BVerfG, order of 25 July 1979: 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131 and 173 – Medical liability proceedings; different view the dissenting opinion in BVerfGE (loc. cit., 131 and 168 et seq.).

<sup>60</sup> Federal Court of Justice, judgment of 26 April 1972: IV ZR 18/71, (1972) 25 NJW 1414 and 1415 para. 16 as a violation of the fundamental right to freedom of movement in accordance with Art. 11 para. 1 of the Basic Law.

<sup>61</sup> Federal Court of Justice, judgment of 17 April 1986: IX ZR 200/85, BGHZ 97, 372 and 379 – Agreement on the use of contraceptives as a violation of the fundamental right of human dignity (Art. 1 Basic Law) and general freedom of action (Art. 2 para. 1 Basic Law).

# JUS CIVILE



side is *not* able to act *in a self-determined manner*.<sup>62</sup> This is to be affirmed in a prenuptial agreement if an unmarried pregnant woman is faced with the alternative of either having to look after the as yet unborn child alone in future or concluding a prenuptial agreement ruling out maintenance entitlements in the event of a divorce.<sup>63</sup> An *excessive restriction of freedom* however also applies if severe financial burdens are imposed on one side.

*Surety from relatives with no assets*: A 21-year-old daughter who had not completed any vocational training, who was mostly unemployed and was earning 1,150.00 DM net per month in a fish factory at the time when the surety was declared stood surety for her father in respect of a loan of 100,000.00 DM. Until the 1990s, the case-law took the view that young relatives who were of age could unrestrictedly stand surety at any time, given that an adult could estimate the risk as a matter of principle. The surety was said to be a high-risk transaction and explicitly permitted by the Civil Code. The fact of being bound by law and justice in accordance with Art. 20 para. 3 of the Basic Law was said to prohibit regarding high-risk transactions the expectations and hopes of which were subsequently not realised for the debtor as unwise, with the consequence that a person was released from this obligation. The guarantor was also adequately protected by the limits on attachment contained in sections 859 et seq. of the Code of Civil Procedure (ZPO).<sup>64</sup>

Massive criticism has been voiced against this case-law because a life of indebtedness is said to be in violation of the search for happiness as an unalienable human right.<sup>65</sup> *Honsell* spoke of an “icy wind of the principle of freedom of action of the end of the 19th Century”, which was said to provide the reasoning for the case-law of the Federal Court of Justice.<sup>66</sup> The Federal Constitutional Court concurred with the literature, and found that the

---

<sup>62</sup>Details in T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (Munich 2017), § 11 paras.43 et seqq.

<sup>63</sup>BVerfG, judgment of 6 February 2001: 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 and 100 et seqq. – Waiver of maintenance: breach of Art. 2 para. 1 in conjunction with Art. 6 para. 4 of the Basic Law and Art. 6 para. 2 of the Basic Law.

<sup>64</sup>On earlier case-law see for instance Federal Court of Justice, judgment of 9 January 1989: IX ZR 124/88, BGHZ 106, 269 and 272; Federal Court of Justice, judgment of 24 November 1992: XI ZR 98/92, BGHZ 120 and 272 et seqq.; K. Larenz and C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil*, vol. 2/2, 13th ed. (Munich 1994) 9 et seq.

<sup>65</sup>Stuttgart Higher Regional Court, judgment of 12 January 1988: 6 U 86/87, (1988) 41 NJW 833 and 835.

<sup>66</sup>H. Honsell, “Zur Frage, ob sich vermögenslose, volljährige Kinder eines Hauptschuldners wirksam zur Übernahme einer Bürgerschaftsverpflichtung von DM 350 000 für diesen verpflichten können” (1989) 44 JZ 495 re BGHZ 106 and 269; critical also D. Reinicke and K. Tiedtke, “Zur Sittenwidrigkeit hoher Verpflichtungen vermögens- und einkommensloser oder einkommensschwacher Bürgen” (1989) 10 ZIP 613 and 615.



Federal Court of Justice was disregarding essential fundamental rights. Whilst the principle of freedom of action, as guaranteed in Art. 2 para. 1 of the Basic Law, also permitted high-risk transactions, it nonetheless required self-determination, which was said not to exist where there was “disturbed contractual parity” – this being the term used by the Federal Constitutional Court. A correction was said to always be required where it was no longer possible to take a *responsible decision* given the predominance of a party.<sup>67</sup>

The current case-law of the Federal Court of Justice and the stipulations of the Federal Constitutional Court do not create a situation in which any contract must be subject to a review of reasonableness. Rather, the stipulations are to be implemented in conformity with the system by stringently applying section 138 subsection (1) of the Civil Code. As so often happens with section 138 of the Civil Code, an overall evaluation must be carried out of all the circumstances of the individual case.<sup>68</sup>

## IV. Further development of the law in conformity with the Constitution (“verfassungskonforme Rechtsfortbildung”)

### A. The contradictory case-law of the Federal Constitutional Court

1. – The legal figure of further development is partly rejected in constitutional law. Further development of the law is to be impermissible if it is in breach of the unambiguous wording<sup>69</sup> or the subjective will of the legislature<sup>70</sup>. The Federal Constitutional Court also put it in a similar way, stating that boundaries are established for the interpretation in conformity with the Constitution towards the “clearly-expressed will of the legislature” because the Federal Constitutional Court would otherwise take the place of the democratically-elected legislature.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> BVerfG, order of 19 October 1993: 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214 and 231 et seqq. – Surety from relatives with no assets.

<sup>68</sup> J. Ellenberger in O. Palandt (founder), BGB, 76th ed. (Munich 2017), section 138 paras. 37 et seqq.

<sup>69</sup> R. Zippelius, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen”, in C. Starck (ed.), Festgabe 25 Jahre BVerfG, vol. II (Tübingen 1976), 108 and 115 et seq.

<sup>70</sup> K. Stern, “Verfassungskonforme Gesetzesauslegung” (1958) 11 NJW 1435; J. Neuner, Privatrecht und Sozialstaat (Munich 1999), 47 et seq.; A. Voßkuhle, “Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte” (2000) 125 AöR 177 and 197 et seq.

<sup>71</sup> BVerfG, order of 14 October 2008: 1 BvR 2310/06, BVerfGE 122, 39 and 60 et seq. – Legal advice and representation: “An understanding of norms which contradicts the clearly-recognisable will of the legi-



2. – Even if the Federal Constitutional Court only uses the term “interpretation in conformity with the Constitution”<sup>72</sup> and rejects in formal terms a further development of the law in conformity with the Constitution, it has recognised in many rulings a further development of the law in conformity with the Constitution beyond the limits imposed by the wording. It has even explicitly ruled against the will of the legislature at that time in some cases, and has invoked with the objective theory today’s understanding of the norm.<sup>73</sup> The case-law of the Federal Constitutional Court is hence contradictory. This legal figure is consistently recognised in the more recent legal reference material.<sup>74</sup> Having said that, the stipulations as to when such a further development of the law is impermissible are the subject of heated debate between the Senates.<sup>75</sup>

As a matter of principle, the will of the legislature is to be complied with, as this is required by respect for the legislative power.<sup>76</sup> The Federal Constitutional Court may not puff itself up into a replacement legislature.<sup>77</sup> Were courts to consider a formal post-constitutional federal law to be unconstitutional in accordance with a previous, unsuccessful interpretation in conformity with the Constitution, they would have to call on the Federal Constitutional Court within a concrete judicial review in accordance with Art. 100 para. 1 of the Basic Law. Citizens may lodge a constitutional complaint.<sup>78</sup> The Federal Constitutional Court can declare the norm unconstitutional and hence null and void, section 78, sentence 1, and section 95 subsection (3), sentence 1 of the Federal Constitutional Court Act (BVerfGG). Were one to permit more prolific further development of the law in conformity with the Constitution against the wording of the law, the valid law

---

slature can also not be justified by means of an interpretation in conformity with the Constitution” referring to “BVerfGE 54, 277 [299 et seq.]; 71, 81 [105]; 90, 263 [275]; 95, 64 [93]; 98, 17 [45]; 99, 341 [358]; 101, 54 [86, 88], as well as 312 [329]; 112, 164 [183]”.

<sup>72</sup> See footnote 17 above.

<sup>73</sup> See footnote 89 below.

<sup>74</sup> For instance C.-W. Canaris, “Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre” in H. Honsell et al. (eds.), *Festschrift Kramer* (Basel and Geneva 2004), 141 and 155 et seq.; M. Auer, “Die primärrechtskonforme Auslegung” in J. Neuner (ed.), *Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht* (Tübingen 2007), 27 and 30 et seq.; U. Lembke, *Einheit aus Erkenntnis?* (Berlin 2009), 250 et seq.

<sup>75</sup> T.M.J. Möllers, *Juristische Methodenlehre* (Munich 2017), § 7 paras. 79.

<sup>76</sup> See footnote 5 above.

<sup>77</sup> A. Voßkuhle, “Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte” (2000) 125 AöR 177 and 198. The rulings of the Federal Constitutional Court which he cites however do not lend weight to the hypothesis since they only relate to the omission of legislative activity, and not to further development of the law in conformity with the Constitution.

<sup>78</sup> C. Hillgruber, “Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem” (1996) 51 JZ 118 and 122.

# JUS CIVILE



would be cemented, thus obviating the need to close the loophole by means of a formal statute.<sup>79</sup> The acknowledgement of the right of personality by the Federal Constitutional Court would hence lead to a situation in which the legislature still did not yet consider itself to be required<sup>80</sup> to create a statutory foundation for this legal institute, which is so important in practice.

A permissible further development of the law must therefore move within the boundaries specified above. Further development of the law against the wording, the system, the historical will and the telos of the norm is therefore (exceptionally) permissible in the following case groups if an unambiguous and unmistakable violation of fundamental rights has been committed. Conversely, further development of the law in conformity with the Constitution is no longer permissible, and hence *contra legem*, if it massively encroaches on third-party fundamental rights.

## *B. Groups of cases of permissible further development of the law in conformity with the Constitution*

1. – Further development of the law in conformity with the Constitution can as a rule be described in criminal law and in public law as the expression of the rights-of-aversion dimension of fundamental rights, given that here the State encroaches on the fundamental rights of the citizen in question. A further development of the law can be justified most simply via the wording of the norm if it depicts a teleological reduction. In such cases, what is unequal is treated unequally for reasons of equitableness in order to do justice to the regulatory purpose of the norm.<sup>81</sup> Further development of the law in conformity with the Constitution within the meaning of a teleological reduction is possible here favouring the citizen in question, and is soundly established. Amongst other things, the right of free development of the personality in accordance with Art. 2 para. 1 of the Basic Law, and the fundamental judicial rights in accordance with Articles 101 and 103 of the Basic Law, are decisive. Above all, the principle of proportionality is to be complied with.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> G. Hermes, “Verfassungsrecht und einfaches Recht” (2002) 61 Veröffentlichungen der Vereinigung Deutschen Staatsrechtler (VVDSStRL) 119 and 140.

<sup>80</sup> See footnote 96 below.

<sup>81</sup> E. A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 6th ed. (Munich 2016), 234.

<sup>82</sup> For a good overview see L. Kuhlen, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen* (Heidelberg 2006); J.H. v. Dannecker in H.W. v. Laufhütte, R. Rissing-van Saan and K. Thiedemann (eds.), *LK-StGB*, 12th ed. (Berlin 2007), § 1 paras. 326-341.



The Federal Constitutional Court has teleologically reduced life imprisonment in case of murder in accordance with section 211 of the Criminal Code in favour of the offender, in contradistinction to the unambiguous wording and the will<sup>83</sup> of the legislature. Human dignity (Article 1 para. 1 of the Basic Law) requires that a murderer sentenced to life imprisonment must have an opportunity to regain his or her freedom after having served a certain sentence.<sup>84</sup> The characteristic of murder is restrictively interpreted in favour of the offender because it is required, over and above the wording of section 211 of the Criminal Code that the offender acted in case of malice with hostile intention.<sup>85</sup>

2. – aa) The question however becomes much more complicated if one wishes to use further development of the law in conformity with the Constitution to ignore the (subjective) will of the legislature at that time. The above wording of the Federal Constitutional Court<sup>86</sup> appears to speak against such permissibility. This is however incorrect at this level of absoluteness, as is shown by the rulings in which the Federal Constitutional Court itself opposed the will of the legislature. Further development of the law in conformity with the Constitution is still made clearest today with the ruling of the Federal Court of Justice on the entitlement of non-material damages for pain and suffering in case of a violation of rights of personality, in which the Federal Court of Justice developed, against the wording and will of the legislature, an entitlement to damages for pain and suffering in case of a violation of rights of personality. This case-law is criticised in the reference material as an impermissible further development of the law *contra legem*, and it is demanded that, instead, the Federal Constitutional Court should have rejected the norm to be reviewed in each case.<sup>87</sup> It in fact relates to the dispute between an objective and a subjective interpre-

---

<sup>83</sup> See on this the voices explicitly pleading for life imprisonment, reproduced in BVerfG, judgment of 21 June 1977: 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 and 194 et seqq. – § 211 Criminal Code.

<sup>84</sup> BVerfG, judgment of 21 June 1977: 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 and 258 – § 211 Criminal Code. The legislature reacted with sections 57a and 57b of the Criminal Code.

<sup>85</sup> Federal Court of Justice, judgment of 22 September 1956: GSSSt 1/56, BGHSt 9, 385 and 390 – Malice.

<sup>86</sup> See footnote 5 above. Furthermore BVerfG, order of 11 June 1980: 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277 and 299: “In accordance with the case-law of the Federal Constitutional Court, the interpretation may not lend a statute which is unambiguous by its wording and meaning a contrary meaning fundamentally re-determining the normative content of the norm that is to be interpreted, and the legislative goal may not be missed with regard to an essential aspect.”

<sup>87</sup> Consistently critical regarding this further development of the law in conformity with the Constitution K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6th ed. (Berlin 1991), 426 et seqq.; C.-W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2nd ed. (Berlin 1983), 187 et seq.; C. Hillgruber, “Richterliche Rech-



tation,<sup>88</sup> in the *Soraya* ruling, the Federal Constitutional Court explicitly came out on a change in values and the changed understanding of the norms.<sup>89</sup>

In the dressage rider case, advertising had been released for an impotence treatment with the image of Olympic champion Neckermann without consent; in the television announcer judgment, a television announcer was referred to amongst other things as a “dried up goat”; in the *Soraya* judgment, an interview with the then Princess Soraya was invented. In each case, those who had been affected filed suit for a violation of personality in order to receive damages for pain and suffering.

Although the legislature did not wish to protect an absolute right of personality in accordance with section 823 subsection (1) of the Civil Code when creating the Civil Code,<sup>90</sup> the Federal Court of Justice acknowledged this after the Second World War in a first step.<sup>91</sup> And although the entitlement to damages for pain and suffering was limited to the cases that were regulated by law (section 847 of the Civil Code old version), the Federal Court of Justice ruled in a second step that a violation of this right could trigger an entitlement to damages for pain and suffering under civil law, and reasoned this with the right of personality of Articles 1 and 2 of the Basic Law.<sup>92</sup> The Federal Constitution-

---

tsfortbildung als Verfassungsproblem”(1996) 51 JZ 118 and 119 et seqq.; G. Hermes, “Verfassungsrecht und einfaches Recht” (2002) 61 VVDStRL119 and 131 et seqq.; J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, 2nd ed. (Munich 2005), 130 et seqq.; B. Rüthers, C. Fischer and A. Birk, *Rechtstheorie*, 9th ed. (Munich 2016), paras. 806 et seqq.; S. Oeter, “Drittwirkung” der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts” (2000) 119 AöR 529 and 551 et seqq.; U. Diederichsen, “Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz”, (1997) 19 Jura 57 and 59 et seqq.

<sup>88</sup> Descriptive on the state of the dispute for instance L. Enneccerus and H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. I/1, 15th ed. (Tübingen 1959), 54.II.; K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 11th ed. (Stuttgart 2010), 160 et seqq.; E.A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 5th ed. (Munich 2016), 125 et seqq.; W. Fikentscher, *Methoden des Rechts*, vol. III (Tübingen 1976), 662 et seqq.; H. Fleischer, “Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung” (2011) 211 *Archiv für civilistische Praxis*(AcP) 318 and 321 et seqq.

89BVerfG, order of 14 February 1973: 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 and 288 – *Soraya*.

<sup>90</sup> Minutes on the second reading of the Civil Code, vol. 2 (1897), 573 et seq. and 640 et seq.; contrasting to section 704 subsection 2 of the 1st draft of the Civil Code. Reich Court of Justice, judgment of 7 November 1908: I 638/07, RGZ 69, 401 and 403 – *Nietzsche-Letters*: “A general subjective right of personality is alien to the applicable civil law”; see instructively H. Kötz and G. Wagner, *Deliktsrecht*, 13th ed. (Munich 2016), paras. 365 et seqq.

<sup>91</sup> Federal Court of Justice, judgment of 25 May 1954: I ZR 211/53, BGHZ 13, 334 and 338 – “*Schachtbrief*”.

<sup>92</sup> Federal Court of Justice, judgment of 14 February 1958: I ZR 151/56, BGHZ 26, 349 and 354 – *Dressage rider*; Federal Court of Justice, judgment of 5 March 1963: VI ZR 55/62, BGHZ 39, 124 and 130 et seqq. – *Television announcer*. Ultimately concurring for instance K. Larenz and C.-W. Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil*, vol. 2/2, 13th ed. (Munich 1994), 494.



al Court approved this “interpretation in conformity with the Constitution”.<sup>93</sup> The use of the term “interpretation” is incorrect, given that this is a clear case of further development of the law in conformity with the Constitution because it ruled against the wording, will, system and Telos of the Civil Code.

Interestingly, such reasoning continues to be used today:<sup>94</sup> Although the legislature deleted section 847 from the Civil Code, old version, in 2001, the newly-worded section 253 of the Civil Code does not include the general right of personality in the elements. In the minutes of the Bundestag proceedings, the legislature did not go further than indicating that the case-law had recognised the general right of personality and that, at present, it was not possible to comprehensively legally regulate the right of personality.<sup>95</sup>

bb) A change in the values is not sufficient in itself, given that this would open up the floodgates to a subjective preliminary understanding on the part of the respective legal practitioner<sup>96</sup>. It will only be possible to defend a further development of the law against the will of the respective legislature if *a loophole in legal protection particularly imposes itself and a violation of the fundamental rights of the party seeking justice is particularly manifest*. Such protection applies for instance to personal rights with a strong reference to human dignity,<sup>97</sup> so that gaps in legal protection in the written law can be closed through further development of the law. The Federal Constitutional Court consequently formulated such loopholes in protection in the violation of rights of personality<sup>98</sup> in the census judgment<sup>99</sup> and in the ruling on online searches.<sup>100</sup> It also appears to be convinc-

---

<sup>93</sup> BVerfG, order of 14 February 1973: 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 and 289 et seq. – Soraya.

<sup>94</sup> Federal Court of Justice, judgment of 17 December 2013: VI ZR 211/12, BGHZ 199 and 237 para. 40 – Monetary compensation for Internet publication: “Mandate to protect resulting from Art. 1 and 2 para. 1 of the Basic Law”; C. Grüneberg in O. Palandt (founder), BGB, 76th ed. (Munich 2017), § 253 para. 10.

<sup>95</sup> Bundestag printed paper 14/7752, pp. 25, 156 et seq.

<sup>96</sup> J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Frankfurt am Main 1970), 139 et seq. and 149 et seqq.

<sup>97</sup> J. Neuner, “60 Jahre Grundgesetz aus Sicht des Privatrecht” (2011) 59 *Jahrbuch für öffentliches Recht* (JöR) 29 and 38.

<sup>98</sup> BVerfG, order of 14 February 1973: 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, 269 and 281 – Soraya: “The legal figure of the general right of personality (...) fills loopholes in the protection of personality which remain here despite the acknowledgement of individual rights of personality which had become increasingly tangible over time for a variety of reasons.”

<sup>99</sup> Federal Constitutional Court, judgment of 15 December 1983: 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440 and 484/83, BVerfGE 65, 1 and 42 et seq. – Consensus judgment: “Consequently, the possibilities of inspection and influencing have broadened in a manner previously unknown, which can exert an impact on the conduct of the individual already by virtue of emotional pressure of public participation.”

<sup>100</sup> For online searches: BVerfG, judgment of 27 February 2008: 1 BvR 370, 595/07, BVerfGE 120, 274



ing in these extreme cases to speak of an obligation of protection incumbent on the State<sup>101</sup>, or perhaps even of a direct third-party impact of fundamental rights<sup>102</sup>, in order to protect those concerned against the violation of their rights, or to at least grant them compensation. The case-law complies with its constitutional obligation vis-à-vis the citizen with the further development of the law. The recognition of the right of personality is also easy to justify with the necessary protection of fundamental rights in accordance with Articles 1 and 2 para. 1 of the Basic Law.

## **V. Boundaries imposed on the further development of the law by the Constitution (impermissible further development of the law *contra legem*)**

### *A. Boundaries imposed on the further development of the law in criminal law: the principle of lawfulness*

There is no impermissible further development of the law in conformity with the Constitution *contra legem* because constitutionality cannot be unconstitutional.<sup>103</sup> Having said that, there are limits as to when the further development of the law remains constitutional. This is the case in criminal law in case of violations of the limit of the wording because then the citizen concerned is no longer able to realise the burdening regulatory order. The same applies if the provision is not sufficiently determined.<sup>104</sup> A further

---

and 303 et seqq. – Online search: “Such a loophole-closing guarantee [by the general right of personality] is needed in particular in order to counter new types of endangerment which may occur in the course of scientific and technical progress or changed circumstances (cf. BVerfGE 54, 148 [153]; 65, 1 [41]; 118, 168 [183])”; see on this analysis G. Hornung, Grundrechtsinnovationen (Tübingen 2015), 355 et seqq.

<sup>101</sup>See footnote 94 above.

<sup>102</sup>In general on the doctrine of the direct third-party effect, reasoned by C. Nipperdey, “Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung” (1950) 3 Recht der Arbeit (RdA) 121 and 125; C. Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, vol. 1 (1959), 93 et seqq.; concurring with him Federal Labour Court, judgment of 3 December 1954: 1 AzR 150/54, Decisions of the Federal Labour Court (BAGE) 1, 185 and 193 et seq. para. 25; a direct third-party effect of Art. 1 and 2 of Basic Law for the general right of personality was then however rejected by the Federal Labour Court, order of 27 February 1985 (GS 1/84): BAGE 48, 122 and 138 et seq. para. 45 –Entitlement to continued employment.

<sup>103</sup>M. Auer, “Die primärrechtskonforme Auslegung“ in J. Neuner (ed.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (Tübingen 2007), 27 and 44.

<sup>104</sup>BVerfG, order of 21 June 1977: 2 BvR 308/77, BVerfGE 45, 363 and 371 et seq.; see C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, vol. 1, 4th ed. (Munich 2006), § 5 para. 11; L. Kuhlen, Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen (Heidelberg 2006), 86 et seqq.; J.H. v. Dannecker in H.W. v. Laufhütte, R. Rissing-van Saan and K. Thiedemann (eds.), LK-StGB, 12th ed. (Berlin 2007), § 1 para. 337.



development of the law in conformity with the Constitution benefiting the citizen is however conceivable.<sup>105</sup>

*B. Encroachment on third-party fundamental rights constituting a relevant boundary on permissible further development of the law? The dispute between the Constitutional Court Senates*

Entitlements to damages for pain and suffering from false interviews protect the right of personality, but impair the freedom of the press. In cases of doubt, the protection of the fundamental right of one side impairs the fundamental right of the other.<sup>106</sup> It is now disputed between the two Senates of the Federal Constitutional Court to what degree a further development of the law is impermissible if legal positions and fundamental rights of third parties are affected. Three views (a, b and 3.) can be put forward:

a) In the ruling on atrophy of remedies<sup>107</sup>, the *second Senate of the Federal Constitutional Court* had formulated with its majority that the *boundaries imposed on the further development of the law* are to be drawn *regardless of* whether the respective interpretation has a positive or negative impact on individual parties affected.<sup>108</sup>

b) In contrast to this, three judges stated the exact opposite in a *dissenting opinion*: The *boundaries imposed on the judicial further development of the law* require to be particularly taken into account where the *legal situation of the citizen worsens* without it being possible to put forward any constitutional reasons for this.<sup>109</sup> In general terms, the boundaries should be broader when supporting constitutional rights, and when legal positions are restricted, they should be more stringent.<sup>110</sup> The *first Senate* has now taken up

---

<sup>105</sup> Cf. for instance Federal Fiscal Court, judgment of 18 June 2009: VI R 14/07, Decisions of the Federal Fiscal Court (BFHE) 225 and 393 – Expenses for first studies.

<sup>106</sup> BVerfG, order of 24 February 2015: 1 BvR 472/14, BVerfGE 138, 377 and 392 et seq. para. 42 – Right of the ostensible father to receive information.

<sup>107</sup> We speak of an atrophy of remedies if formal procedural errors are complained of in an appeal on points of law which are contained in the minutes, but which were removed once more because of a subsequent correction of the minutes, and hence lead to the appeal on points of law being ill founded.

<sup>108</sup> BVerfG, order of 15 January 2009: 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248 and 268 – Atrophy of remedies: “The boundaries emerging from Art. 20 para. 2, sentence 2, and para. 3 of the Basic Law for the judicial interpretation of non-constitutional law can therefore not be fundamentally narrower or broader, depending on whether the respective interpretation positively or negatively impacts on individuals concerned.”

<sup>109</sup> Dissenting opinion of justices A. Voßkuhle, L. Osterloh and U. Di Fabio: BVerfG, order of 15 January 2009: 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248, 282 and 301 – Atrophy of remedies.

<sup>110</sup> Dissenting opinion of justices A. Voßkuhle, L. Osterloh and U. Di Fabio, BVerfG, order of



the considerations of the dissenting opinion, and made them more precise, defining the following abstract rules:

If a civil court for instance imposes on a person an obligation based on the further development of the law, this takes place in most cases in order to strengthen the legal position of another person. The weightier the constitutional content of the strengthened position, the clearer a corresponding solution is predefined to the court and the legislature by the Constitution, and the further the power of the courts can reach when it comes to enforcing this position by means of further development of the law – also whilst burdening a contrary but weaker legal position (see for instance BVerfGE 96, 56 [62 et seqq.]). Conversely, in the same way: *The weightier the burden in constitutional terms, and the weaker the constitutional content of the counter position that is to be enforced with it, the narrower are the limits for the further development of the law, and thus the more stringently the civil courts' findings must be maintained within the limits of the established law.* The boundaries on judicial findings require to be particularly complied with where the legal situation of the citizen *becomes worse without* it being possible to advance constitutional reasons for this (BVerfGE 122, 248 [301] – dissenting opinion). A considerable constitutional burden on a party concerned can be even less easily based on a general clause under private law the less indications can be found for this in the non-constitutional environment (cf. Röthel, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, pp. 120 et seq.).<sup>111</sup>

### *C. Own view of the further development of the law contra legem in the case of a serious encroachment on third-party fundamental rights*

a) The view held by the majority of the second Senate that fundamental rights *play no role at all* for the boundaries on permissible further development of the law *is too narrow*. If the party seeking protection is able to invoke fundamental rights in order to override classical interpretation figures, the other side must also be entitled to this right. In other words: *The unambiguous, clear violation of fundamental rights must justify a further development of the law*, and it must be able to override the wording of non-constitutional law, so that any further development of the law in conformity with the

---

15 January 2009: 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248, 282 and 286 – Atrophy of remedies; concurring Federal Constitutional Court, order of 24 February 2015: 1 BvR 472/14, BVerfGE 138, 377 and 392 para. 41 – Right of the ostensible father to receive information.

<sup>111</sup> BVerfG, order of 24 February 2015: 1 BvR 472/14, BVerfGE 138, 377 and 392 et seqq. paras. 42 et seqq. – Right of the ostensible father to receive information.

# JUS CIVILE



Constitution is permissible. And, conversely, a *further development of the law in conformity with the Constitution is impermissible if it constitutes a massive encroachment on third-party fundamental rights.*

This made a restriction of the criminal liability of the expert to gross negligence, thus constituting a further development of the law, impermissible because the erroneous report led to the convict not being released from the psychiatric institute, given that such a deprivation of liberty constitutes a massive encroachment on fundamental rights. In contrast to the Soraya ruling, the further development of the law *considerably worsened* the position of the other side in question (convict).<sup>112</sup> The legislature reacted by introducing section 839a of the Civil Code<sup>113</sup>, and expanded the liability to include property damage, but restricted to gross negligence and intent.<sup>114</sup>

b) Conversely, the view of the first Senate and the dissenting opinion of the second Senate *to always carry out a weighing up of fundamental rights between the two parties are much too advanced.* The Federal Constitutional Court was acting as an overall instance for appeals on points of law only because any dispute regarding civil-law interests can now be easily “loaded up” in terms of fundamental rights. It is known that the non-constitutional courts however have greater expertise as a matter of principle when it comes to deciding on substantive problems.<sup>115</sup> In formal terms, it is noticeable that the first Senate formulates comparative sentences such as “The more (...) the more”. As with the moveable system, sentences of this nature are relatively unclear and impair legal certainty.<sup>116</sup> In content terms, the review of fundamental rights is reminiscent of a constitutionally-orientated interpretation, which is however unable to determine an unambiguous outcome, but only constitutes an argument of weighing up. It is furthermore noticeable that the Basic Law does not have any boundaries in accordance with which im-

---

<sup>112</sup> The further development of the law would improve the legal position of the expert, who can invoke Art. 12 para. 1 of the Basic Law. This consideration is however secondary.

<sup>113</sup> Bundestag printed paper 13/10435, p. 18; Bundestag printed paper 14/7752, p. 28.

<sup>114</sup> BVerfG, order of 11 October 1978: 1 BvR 84/74, BVerfGE 49, 304 and 320 – Expert witness liability. Different view also by Federal Court of Justice, judgment of 8 May 1956: VI ZR 113/71, BGHZ 62, 54 and 56 – Expert witness liability.

<sup>115</sup> J. Neuner, “Das BGB unter dem Grundgesetz“ in U. Diederichsen and W. Sellert (eds.), *Das BGB im Wandel der Epochen* (Göttingen 2002), 131 and 150.

<sup>116</sup> Similar also J. Neuner, “Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht” (2016) 71 JZ 435 and 439: “extremely subtle and highly difficult constitutional considerations on the part of the civil courts.”



pairments of third-party fundamental rights give rise to a boundary on the permissible further development of the law. It is also virtually impossible to identify a reliable boundary because both sides are entitled to fundamental rights.<sup>117</sup> The problem was discussed by the Federal Constitutional Court with regard to the right of the ostensible father to information from the mother.

*Right to information of the ostensible father:* The civil courts have affirmed a right of the ostensible father to receive information from the mother under section 242 of the Civil Code in order to prevent him needing to pay child maintenance for years in place of the real father.<sup>118</sup> By contrast, the Federal Constitutional Court found that such a further development of the law was legally impermissible: A right to receive information was said to violate the right of personality of the mother and of the biological father because they would then have to reveal information regarding their sexual contacts.<sup>119</sup> The Federal Constitutional Court places the interests of the mother in higher regard across the board vis-à-vis the purely “non-constitutional right of recourse” of the ostensible father.<sup>120</sup>

The ruling of the Federal Constitutional Court has been the subject of massive criticism. The abstract higher weighting of the interests of the mother vis-à-vis those of the ostensible father is highly vulnerable. The protection of marriage stipulated by Art. 6 para. 1 of the Basic Law speaks in favour of the interests of the ostensible father, but the Federal Constitutional Court completely ignores this.<sup>121</sup> The right of recourse of the ostensible father vis-à-vis the biological father was said to be ineffective in practical terms were one to reject a right to receive information; the ostensible father would be left without legal protection.<sup>122</sup> If, however, the child indisputably has a constitutionally-secured

---

<sup>117</sup> J. Neuner, “Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht” (2016) 71 JZ 435 and 439.

<sup>118</sup> Federal Court of Justice, judgment of 9 November 2011: XII ZR 136/09, BGHZ 191 and 259 – Right of the ostensible father to receive information; Federal Court of Justice, judgment of 20 February 2013: XII ZB 412/11, BGHZ 196 and 207 – Right of the ostensible father to receive information.

<sup>119</sup> T. Rauscher, “Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 24.2.2015 (Az. 1 BvR 472/14)” (2015) 70 JZ 624 and 625.

<sup>120</sup> BVerfG, order of 24 February 2015: 1 BvR 472/14, BVerfGE 138, 377 para. 46 – Right of the ostensible father to receive information.

<sup>121</sup> Critical consequently B. Forscher, “Zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Kindesmutter” (2015) 25 Familie und Recht (FuR) 451 and 453.

<sup>122</sup> M. Preuß, “Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen Mutter über sexuelle Beziehungen” (2015) 68 NJW 1509 and 1510; S. Muckel, “Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter über sexuelle Beziehungen” (2015) 47 JA 953 and 954.



right to receive information from his or her biological father,<sup>123</sup> such a right to receive information should also be affirmed for the ostensible father, and hence both cases should be treated equally.<sup>124</sup> Were one to however reject such an entitlement, the child would be involved in the dispute, since the ostensible father would then push the child to provide information regarding the biological father.<sup>125</sup> Such a consequence to the disadvantage of the child's best interests should however be avoided.

Finally, it is also doubtful whether the mother has *a status entitling her to protection at all*. May hence the mother keep the identity of the biological father secret to the ostensible father, and permanently burden him with maintenance payments which the biological father has to pay? This is already countered by the fact that it calls up the burden on property because she conceived the child with a third party and now triggers the maintenance claim on the ostensible father.<sup>126</sup> Her own action in breach of trust triggers the maintenance payments; she could inform the ostensible father of the paternity of the third party before maintenance entitlements become relevant.<sup>127</sup> The ostensible father is in a structurally disadvantageous situation vis-à-vis the mother<sup>128</sup> because the problem of an ostensible mother is biologically impossible, and only she knows who the biological father is. The Federal Constitutional Court refuses to adopt a solution treating interests equally by enabling the mother, who acted in breach of trust, to protect the biological father by imposing alimony on the cuckold.<sup>129</sup> This perpetuates a gap in legal protection.

c) In contradistinction to the view taken by the first Senate, therefore, it is not already the case that any impairment of third-party fundamental rights blocks a further develop-

---

<sup>123</sup> BVerfG, order of 6 May 1997: 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56 and 61 et seq. – Right to receive information of the child vis-à-vis the father: “With the derivation of a right to receive information vis-à-vis the mother from section 1618 a of the Civil Code, the Regional Court did not overstep the boundaries of impermissible further development of the law.”

<sup>124</sup> J. Neuner, “Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht” (2016) 71 JZ 435 and 438.

<sup>125</sup> M. Löhnig, “Grenzen der Auskunftspflicht der Kindesmutter gegenüber dem Scheinvater über die Person des leiblichen Vaters” (2015) 2 Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam) 355 and 359.

<sup>126</sup> M. Sachs, “Staatsorganisationsrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung” (2015) 55 Juristische Schulung (JuS) 860 and 861.

<sup>127</sup> T. Rauscher, “Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 24.2.2015 (Az. 1 BvR 472/14)” (2015) 70 JZ 624 and 626.

<sup>128</sup> T. Rauscher, “Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 24.2.2015 (Az. 1 BvR 472/14)” (2015) 70 JZ 624 and 626.

<sup>129</sup> Clearly M. Löhnig, “Grenzen der Auskunftspflicht der Kindesmutter gegenüber dem Scheinvater über die Person des leiblichen Vaters” (2015) 2 NZFam 355 and 359: It is said to be a matter of whether the mother wished to “make trouble for” the biological father or to protect him.

# JUS CIVILE



ment of the law. Therefore, the result of the Federal Supreme Court was accurate. Rather, a constitutional review by the Federal Constitutional Court should not apply until a *fundamental right of the third party is clearly and seriously violated*. In vivid terms, it will for instance be possible to affirm a violation of the Constitution if a statute with the same wording would also no longer be compatible with the Constitution.<sup>130</sup>

## VI. Conclusion

To sum up, the Constitution can be considered in the interpretation of non-constitutional norms in three ways.

1. In many states the constitution is the most powerful source of law. Norms violating the constitution can be null and void. To avoid the nullification, the norm needs to be interpreted in the light of the constitution (*favor legis*). However, little has been done to clarify boundaries and the scope of this obligation. Three different areas can be distinguished.

2.a) Firstly, the value system of the Constitution, in addition to the classical four types of interpretation method in the shape of the *constitutionally-orientated interpretation*, constitutes an additional, equally valid standard for assessment. The extended application of the Constitution hence already acts as a source of information in the understanding of the norm, and guarantees *optimisation* within the meaning of the Constitution.

b) Secondly, in a second step via the *interpretation in conformity with the Constitution*, those results of the interpretation are explicitly removed which are not compatible with the Constitution. This validates the *priority* of the Constitution vis-à-vis non-constitutional law.

c) If there is no constitutional outcome after these two steps, the norm is to be rejected by the Federal Constitutional Court as fundamentally unconstitutional.

d) It is highly controversial, if the Federal Constitutional Court may exceptionally override the wording and the will of the historical legislature by means of a *further de-*

---

<sup>130</sup> See E. Schumann, *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen* (Munich 1963), 239 on the “Schumann Formula”; BVerfG, judgment of 14 February 1989: 1 BvR 1131/87, BVerfGE 79, 283 and 290; BVerfG, order of 3 April 1990: 1 BvR 1186/89, BVerfGE 82, 6 and 15 et seq.; BVerfG, order of 26 June 1991: 1 BvR 779/85, BVerfGE 84, 212 and 228 et seq. – Labour disputes; A. Söllner, “Der Richter als Ersatzgesetzgeber” (1995) 8 *Zeitschrift für Gesetzgebung*(ZG) 1 and 14 et seq.

# JUS CIVILE



velopment of the law in conformity with the Constitution (“verfassungskonforme Rechtsfortbildung”). The second Senate of the Federal Constitutional Court would like to draw the boundaries imposed on the lawful further development of the law regardless of whether third-party fundamental rights are encroached. In contrast to this, the first Senate considers the further development of the law to be impermissible, when third-parties are affected but no constitutional facts supporting the further development of the law can be provided. In the view put forward here, the further development of the law is permissible, if this is the only way to prevent grievous violations of the fundamental rights of the person concerned.

e) The boundary of the further development of the law is however reached if this constitutes a massive impairment of third-party fundamental rights. Then, the boundaries of a lawful further development of the law are exceeded (*contra legem*).

## *Abstract*

*In many states, the constitution is the most powerful source of law. Norms violating the constitution can be null and void. To avoid the nullification, the norm needs to be interpreted in the light of the constitution (favor legis). However, little has been done to clarify boundaries and the scope of this obligation. The Constitution can be considered in the interpretation of non-constitutional norms in three ways: constitutionally-orientated interpretation, interpretation in conformity with the Constitution, and development of the law in conformity with the Constitution (“verfassungskonforme Rechtsfortbildung”). It is highly controversial between two Senates when the Federal Constitutional Court may exceptionally override the wording and the will of the historical legislature.*



**CASSAZIONE CIVILE, Sez. II, 18 giugno 2018, n. 15997**

**L’art. 1333 c.c. è applicabile anche ai contratti con effetti traslativi da una sola parte, purché si tratti di attribuzioni traslative che non comportino alcun onere od obbligo a carico del beneficiario; la presenza di un pregiudizio anche solo potenziale – oneri di custodia, gestione o tributari – impone la necessaria accettazione del destinatario (in applicazione dell’enunciato principio, la suprema corte ha cassato la sentenza impugnata nella parte in cui aveva riconosciuto l’applicabilità dell’art. 1333 c.c. anche se il diritto reale di usufrutto trasferito o costituito importava oneri ed obblighi per il beneficiario).**

## FATTI DI CAUSA

I coniugi A e B chiamavano in giudizio dinanzi al tribunale di Pescara la figlia C e il coniuge di questa D.

Precisavano che i convenuti avevano acquistato un appartamento con garage in (OMISSIS), in relazione al quale avevano poi sottoscritto un documento, denominato “Riconoscimento del diritto di usufrutto”, del seguente tenore: “dichiariamo e riconosciamo che sulla porzione immobiliare in (OMISSIS) grava l’usufrutto in favore dei coniugi A e B, in considerazione del fatto che con denaro proprio hanno contribuito notevolmente al pagamento del prezzo di acquisto della porzione immobiliare (...) ci impegniamo a sottoscrivere il relativo atto pubblico non appena essi ce ne faranno richiesta”.

La domanda, proposta dopo che C e D avevano intimato il rilascio dell’immobile, era accolta dal tribunale, con sentenza poi confermata in grado d’appello dalla Corte d’appello dell’Aquila.

La corte distrettuale riconosceva che l’usufrutto, rivendicato dagli attori, era stato costituito in forza della dichiarazione unilaterale dei convenuti, nella quale essa ravvisava la fattispecie proposta di contratto con obbligazioni a carico del solo proponente ex articolo 1333 c.c.

Secondo la corte d’appello la costituzione dell’usufrutto trovava la propria giustificazione nel contributo economico che gli oblati avevano dato all’acquisto, contributo che



era stato ammesso dai promittenti nella scrittura, che sul punto aveva valore confessorio. Nello stesso tempo – proseguiva la corte di merito – la considerazione di tale genesi della promessa escludeva che la costituzione fosse avvenuta per titolo liberale, perché tale causa, infatti, avrebbe reso inapplicabile l'articolo 1333 c.c.

Per la cassazione della sentenza C e D hanno proposto ricorso affidato a cinque motivi. A e B sono rimasti intimati.

## RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 978 e 1350 c.c. (articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

Il motivo contiene una pluralità di censure. In particolare i ricorrenti si dolgono perché la corte di merito: a) ha ritenuto titolo idoneo alla costituzione del diritto di usufrutto un atto unilaterale, mentre i negozi idonei a costituire l'usufrutto sono il testamento, se la costituzione avviene *mortis causa*, o il contratto, soggetto a forma scritta a pena di nullità; b) perché ha ritenuto perfezionato il contratto nonostante la proposta fosse stata revocata prima dell'accettazione, avvenuta solo con l'atto di citazione; c) perché ha ritenuto costituito l'usufrutto ancora prima che intervenisse l'ipotetica proposta, giustificando l'assenza dell'atto formale sulla base di considerazioni (i rapporti familiari, le spese ecc.) palesemente inidonee a derogare al requisito della scrittura.

Il secondo motivo deduce violazione e falsa applicazione degli articoli 1324, 1325, 1326 e 1362 c.c. (articolo 360 c.p.c., comma 1, n. 3).

La dichiarazione unilaterale dei ricorrenti, qualora in ipotesi vincolante, doveva ritenersi nulla per mancanza o indeterminatezza dell'oggetto.

Nell'ambito di tale motivo si denuncia poi contraddittorietà o difetto di motivazione della sentenza sulla questione relativa al contributo dato dagli usufruttuari al pagamento del prezzo dell'immobile.

Il terzo motivo denuncia violazione e errata applicazione dell'articolo 1333 c.c., in relazione all'articolo 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5:

a) la corte d'appello ha ravvisato un nesso di corrispettività tra la costituzione dell'usufrutto, da una parte, e il versamento di una notevole parte del prezzo, dall'altro, con riferimento a un atto unilaterale, il quale non poteva esprimere per definizione se non la volontà dei dichiaranti;

b) la corte ha superato l'obiezione che l'articolo 1333 c.c. non è utilizzabile se il contratto ha effetti reali, sul rilievo che le obbligazioni nascenti dall'usufrutto derivano dalla legge: al contrario, sostengono i ricorrenti, il rilievo non vale a escludere la necessità di



sottoporre l'acquisto del diritto di usufrutto al consenso del destinatario della proposta;

c) gli usufruttuari non hanno dato prova di avere conosciuto la proposta prima che essa fosse revocata;

d) la corte d'appello ha ritenuto applicabile la norma nonostante il proponente avesse richiesto nella sua dichiarazione un esplicito atto di accettazione da parte dell'oblato.

Il quarto motivo denuncia violazione degli articoli 2720 e 2729 c.c. per non avere la corte di merito considerato che l'atto ricognitivo, avente valore confessorio, non è idoneo a costituire o trasferire diritti reali.

Il quinto motivo denuncia violazione degli articoli 1803 e 1810 c.c.

La corte di appello avrebbe dovuto riconoscere che l'occupazione degli immobili aveva quale presupposto non il diritto reale, ma il diritto personale derivante dal contratto di comodato.

2. Si impone in via prioritaria l'esame della censura *sub b)* del terzo motivo: l'usufrutto non può essere costituito mediante proposta di contratto con obbligazione a carico del solo proponente.

La censura è infatti fondata e il suo accoglimento comporta l'assorbimento di tutte le altre censure.

La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivano obbligazioni a carico del solo proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza del destinatario. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso (articolo 1333 c.c.).

È opinione diffusa in dottrina che l'articolo 1333 c.c. sia applicabile anche ai contratti con effetti traslativi da una sola parte. Deve trattarsi, però, di attribuzioni traslative che non comportino alcun onere od obbligo a carico del beneficiario. La presenza di un pregiudizio anche solo potenziale (si pensi agli oneri di custodia, gestione e tributari che gravano sul proprietario o sull'usufruttuario) impone la necessaria accettazione del destinatario.

Sulla stessa linea è la giurisprudenza di questa Suprema Corte, secondo cui la *ratio* dell'articolo 1333 c.c. "risiede nel fatto che al destinatario della proposta dal contratto possono derivare soltanto vantaggi" (Cass. n. 5748/1987).

In contrasto con tali principi la corte d'appello non solo ha riconosciuto l'applicabilità dell'articolo 1333 c.c. anche se il diritto reale trasferito o costituito importi oneri ed obblighi per il beneficiario, ma ha giustificato tale insostenibile posizione sulla base del rilievo che gli oneri e gli obblighi dell'usufruttuario discendono dalla legge e non dal contratto. Al contrario la presenza di tali oneri e obblighi legali è esattamente la ragione che

# JUS CIVILE



giustifica la essenzialità dell'accettazione dell'oblato al fine dell'acquisto o della costituzione del diritto reale di usufrutto.

3. In conclusione il terzo motivo, nei limiti sopra indicati, va accolto, con assorbimento delle rimanenti censure.

La causa va rinviata alla Corte d'Appello dell'Aquila in diversa composizione, che provvederà a un nuovo esame attenendosi al principio di cui sopra e regolerà le spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il terzo motivo; dichiara assorbiti tutti gli altri motivi; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto; rinvia alla Corte d'Appello dell'Aquila in diversa composizione anche per le spese.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Seconda Sezione civile, il 14 febbraio 2018.

Depositato in Cancelleria il 18 giugno 2018



*FRANCESCA BERTELLI*

*Dottoranda di ricerca – Università di Brescia*

## **SULLA PRETESA IRREALIZZABILITÀ DI EFFETTI TRASLATIVI MEDIANTE L'ATTO UNILATERALE SOGGETTO A RIFIUTO EX ART. 1333 C.C.**

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. Le argomentazioni della Corte. – 3. La posizione della giurisprudenza sull'asserita incompatibilità dell'art. 1333 c.c. con la realizzazione di effetti traslativi.*

**1.** – La controversia si concentra sul titolo in base al quale A e B abitavano in un appartamento che, dopo essere stato acquistato da C e D, era stato loro consegnato da questi ultimi previa emissione di una dichiarazione, parzialmente riportata all'interno della pronuncia della Corte ed avente il seguente tenore testuale: «dichiariamo e riconosciamo che sulla porzione immobiliare (...) grava l'usufrutto in favore dei coniugi A e B, in considerazione del fatto che con denaro proprio hanno contribuito notevolmente al pagamento del prezzo di acquisto della porzione immobiliare (...) ci impegniamo a sottoscrivere il relativo atto pubblico non appena essi ce ne faranno richiesta».

I giudici di merito, esclusa la causa liberale della dichiarazione, qualificano quest'ultima come proposta contrattuale *ex art. 1333 c.c.* e la considerano idonea a costituire il diritto di usufrutto vantato dai ricorrenti.

Al contrario, la Corte di legittimità rileva, in modo alquanto perentorio, che gli obblighi legali che scaturiscono dal diritto di usufrutto rendono imprescindibile per il perfezionamento della fattispecie acquisitiva il consenso del soggetto che diventerà titolare del diritto e perciò, sottolineando l'incompatibilità del procedimento *ex 1333 c.c.* con la produzione di effetti reali da cui derivino oneri di qualsiasi natura in capo all'oblato, cassa con rinvio la sentenza d'appello.

Vi sono più elementi che meritano di essere isolati all'interno del documento sottoscritto dai coniugi C e D: esso contiene, infatti, da una parte una dichiarazione con



cui pare si voglia affermare l'esistenza di un diritto di usufrutto di A e B sull'unità immobiliare di proprietà dei dichiaranti, dall'altra il riconoscimento di questi ultimi di aver ricevuto da A e B un contributo economico finalizzato all'acquisto di tale immobile ed infine la promessa di sottoscrivere un atto pubblico (senza che sia chiarito se ciò sia previsto per ripetere l'atto di costituzione dell'usufrutto già eventualmente stipulato in altra forma o proprio per soddisfare i requisiti formali e pubblicitari prescritti dagli artt. 1350, n. 2, e 2643, n. 2, c.c. per la costituzione del diritto di usufrutto).

Ciascuna delle tre proposizioni si presta a qualche ulteriore riflessione, ma va subito rilevato come la prima e l'ultima delle affermazioni racchiuse nel documento siano apertamente antitetiche già da un punto di vista logico.

Dall'affermazione con cui si «dichiara e riconosce» l'usufrutto dei coniugi A e B potevano infatti essere configurati due scenari, la cui analisi avrebbe consentito di risolvere la vicenda senza allontanarsi dalle concrete circostanze fattuali e senza riesumare, invero in modo piuttosto semplicistico, il dibattito sulla possibilità di applicare lo schema procedimentale offerto dall'art. 1333 c.c. a fattispecie traslative di diritti reali.

Qualora si fosse scelto di attribuire a tale dichiarazione la natura di atto ricognitivo di un diritto reale già esistente, infatti, il caso si sarebbe agevolmente potuto concludere con l'accertamento della nullità per difetto formale del titolo idoneo a costituire il diritto reale controverso.

In questa prospettiva, utilmente avrebbe potuto essere richiamato il combinato disposto degli artt. 978 e 1350 c.c. In particolare, l'inciso iniziale della prima norma richiamata stabilisce che l'usufrutto può avere fonte legale o volontaria e, quando la sua fonte costitutiva è «la volontà dell'uomo», il secondo articolo rende la forma scritta, naturalmente imprescindibile per il testamento, elemento essenziale anche per gli atti *inter vivos* che costituiscono, modificano o trasferiscono il diritto di usufrutto su beni immobili, sicché nel caso di specie la nullità di tale pattuizione, conseguente al mancato rispetto delle prescrizioni formali, ne avrebbe *ab origine* precluso l'efficacia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Relativamente alla costituzione del diritto di usufrutto cfr. G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1972, p. 121 ss., secondo il quale la contrapposizione tra legge e volontà dell'uomo operata dalla norma porta addirittura a pensare che quest'ultima possa costituire il diritto «indipendentemente dalla base offertale dalle norme giuridiche»; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1979, p. 63 ss.; ID., *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII,



Peraltro, l'inesistenza del diritto di usufrutto vantato da A e B rende superflua l'analisi della possibilità che la dichiarazione resa dalla figlia e dal genero potesse assumere i contorni di un negozio di accertamento, il quale, essendo finalizzato a rendere certa una situazione giuridica preesistente, non avrebbe potuto dare vita ad una situazione giuridica nuova<sup>2</sup>.

Diversamente, ove si preferisse optare per una ricostruzione della dichiarazione resa da C e D come atto unilaterale volto a costituire *ex novo* il diritto reale di godimento – ipotesi ricostruttiva prescelta dalla Corte – la contraddizione intrinseca tra l'ipotizzata natura costitutiva della dichiarazione stessa e l'impegno a sottoscrivere l'atto pubblico con essa assunto avrebbe comunque potuto risparmiare di soffermarsi così a lungo sulla possibilità di ricorrere all'art. 1333 c.c. al fine di costituire un diritto reale parziario.

Analizzando la fattispecie in prospettiva diacronica, infatti, sembra completamente illogico immaginare che tale diritto si sia potuto costituire con la sola dichiarazione dei proponenti e quindi o al momento della ricezione della “proposta” *ex art.* 1333 c.c. o, tutt'al più, quando fosse spirato il termine «richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi» per rifiutarla<sup>3</sup>. Appare infatti evidente che l'obbligazione dei proprietari,

---

Roma, 1994, p. 2 ss.; R. CATERINA, *Usufrutto, uso, abitazione*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2009, p. 49 ss.; G. BONILINI, *Le fonti del diritto di usufrutto*, in ID., *Usufrutto, uso, abitazione*, I, Torino, 2010, p. 647 ss.; G. MARZO, in *Della proprietà*, a cura di A. Jannarelli e F. Macario, II, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 557 ss.; C. BILE, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di C. Ruperto, III, Milano, 2011, p. 111 ss.; A. GUARNERI e D. TESSERA, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2017, p. 88 ss.; cfr. anche R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 293 ss.; S. PAGLIANTINI, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta ed A. Orestano, II, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 30 ss.

<sup>2</sup> Cfr. M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, p. 37 ss.; ID., *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 232 ss.; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, p. 11 ss.; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, in *Studi in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, p. 1303 ss.; A. GUARNERI e D. TESSERA, *op. cit.*, p. 96 ss.; L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, Napoli, 2018, p. 55 ss. Cfr. anche Cass., 24 agosto 2012, n. 14618, in *Notariato*, 2013, con nota di P.E. MERLINO, *La “in iure cessio” in forma extraprocessuale: brevi note sul negozio di accertamento dei diritti reali*; secondo il principio di diritto enunciato in quell'occasione dalla Corte, il negozio di accertamento «persegue la funzione di eliminare la incertezza di una situazione giuridica preesistente, la nullità per mancanza di causa è ipotizzabile solo quando le parti, per errore o volutamente, abbiano accertato una situazione inesistente, oppure quando la situazione esisteva ma era certa»

<sup>3</sup> All'opinione di chi ritiene che gli effetti favorevoli del contratto concluso secondo lo schema procedimentale dell'art. 1333 c.c. si producano nel momento in cui il destinatario degli effetti sia portato a conoscenza della proposta si contrappone quella di chi sostiene che la produzione degli effetti sia una conseguenza del mancato rifiuto nei termini richiesti dalla natura degli affari o dagli usi. In quest'ultimo senso cfr., sia pure con varietà di accenti, R. SACCO, *Contratto, e negozio e formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, p. 965 ss.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del*



procedimento, Milano, 1966, p. 347 ss.; Salv. ROMANO, *Proposta irrevocabile e promessa unilaterale (Studio sulla formazione del contratto ex art. 1333 c.c.)*, in *Econ. cred.*, 1966, p. 629 ss.; e in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, IV, Milano, 1969, p. 1905 ss.; e in ID., *Scritti minori*, III, Milano, 1980, p. 1232 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 161 ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pp. 68 ss. e 124 ss.; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 393 ss.; F. CARRESI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 393 ss.; e in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, Milano, 1978, p. 478 ss.; V. SCALISI, *Manifestazione (in senso stretto)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 490 ss.; e in ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 154 ss.; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 287 s.; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1991, pp. 68 ss., spec. 71, ove l'A. sostiene che nella fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. il silenzio dell'oblato equivale ad accettazione e che il contratto è quindi concluso allo scadere del termine per rifiutare; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 89 ss.; And. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 94 s.; A. DIURNI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente: la tutela dell'oblato*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 681 ss.; F. NADDEO, *Il rifiuto nella problematica contrattuale*, Napoli, 1999, p. 13 ss.; E. DAMIANI, *Il contratto con prestazioni a carico del solo proponente*, Milano, 2000, p. 125 ss.; R. ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come manifestazione tacita di volontà*, in *Contr. e impresa*, 2000, p. 206 ss., spec. 256 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata e procedimentale. La formazione del contratto tra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, p. 88 ss.; E. CAMILLERI, *La formazione unilaterale del rapporto obbligatorio*, Torino, 2004, p. 64 ss.; F. ROSSI, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, Napoli, 2005, p. 95 ss.; A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Tratt. Roppo*, I, Milano, 2006, p. 201 ss.; A. ASTONE, *Contratto negozio regolamento: contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, pp. 188-189; C. NATOLI, *La Cassazione sulla questione dell'ammissibilità dei contratti con obbligazioni del solo proponente ad effetti reali*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 321 ss., la quale, sostenendo non solo la natura contrattuale della fattispecie di cui all'art. 1333 c.c., ma addirittura una sua ossimorica aderenza al modello dell'art. 1321 c.c., arriva ad affermare che, allo scadere del termine attribuito per manifestare un «espreso rifiuto», la legge riconosce al silenzio dell'oblato «un valore dichiarativo predeterminato». In senso contrario G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1308 s., nota 64; e in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano, 1962, p. 802 s., nota 64; ID., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, pp. 121 ss. e 197 ss.; ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991, p. 167 ss., spec. 170, secondo il quale l'attribuzione del potere di rifiuto al destinatario della proposta è incompatibile con la necessità di una sua accettazione perché risponde alla necessità di attribuirgli un potere di reazione ad effetti sostantivi favorevoli che si sono già prodotti all'interno della sua sfera giuridica. A quest'ultima posizione aderiscono anche A. PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, p. 64 s.; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, p. 6 s., testo e nota 2; P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, p. 35, nota 86; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970, p. 61 ss.; ID., *Promessa unilaterale nell'interesse del terzo*, in *Foro pad.*, 1970, I, c. 42 s.; ID., *Rinunzia*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 3 s. (questi ultimi due scritti possono leggersi anche in ID., *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti minori di L.V. Moscarini*, I, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 2001, pp. 259 ss. e 267 ss.); F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 187; ID., *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2900; P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 673 ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 85; ID., *Contratti e negozi unilaterali*, in *Vita not.*, 1993, p. 49 ss.; M. CASTIGLIA, *Promesse unilaterali atipiche*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, p. 361; F. MACIOCE, *Rinunzia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 931; P. CALICETI, *Contratto e negozio nella stipulazione a favo-*



in conseguenza di tale manifestazione di volontà, fosse solo quella di sottoscrivere l'atto notarile relativo alla costituzione del medesimo *ius utendi fruendi*.

Mentre nella prima delle due ricostruzioni prospettate si nega implicitamente l'esistenza del diritto reale di godimento, nella seconda si crea invece un'aporia tra gli elementi della dichiarazione che, partendo da una semplice analisi del tenore letterale del documento, avrebbe permesso di dirimere la questione sul nascere.

Infatti, la prestazione alla cui esecuzione i dichiaranti si sono volontariamente ed unilateralmente vincolati per mezzo di tale documento consisteva nel sottoscrivere l'eventuale contratto costitutivo del diritto di usufrutto di A e B, subordinatamente alla richiesta di questi ultimi in tal senso.

Proprio in virtù del fatto che l'impegno assunto dai promittenti consisteva in un *facere*, il carattere obbligatorio del vincolo così configurato dovrebbe essere sufficiente per sottolineare come sia stato in realtà superfluo richiamare l'annosa questione relativa all'idoneità del «contratto con obbligazioni a carico del solo proponente» alla produzione di effetti traslativi nell'altrui sfera giuridica in assenza di una esplicita manifestazione di volontà favorevole a tale modificazione proveniente dal soggetto in capo al quale tali effetti si dovrebbero produrre<sup>4</sup>.

Pur richiamando l'art. 1333 c.c. per spiegare l'impegno «a sottoscrivere» unilateralmente assunto dai dichiaranti, la natura obbligatoria degli effetti che si sarebbero dovuti realizzare a seguito della dichiarazione impegnativa avrebbe fisiologicamente differito gli eventuali effetti reali al momento della successiva sottoscrizione del contratto concluso davanti al notaio, riportandoli in questo modo all'interno di una dinamica negoziale tipicamente bilaterale e consensuale.

In altri termini, semplicemente rimanendo fedeli alla lettera del dato normativo, gli effetti obbligatori della dichiarazione, interpretata come proposta diretta a concludere un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, avrebbero consentito ulteriori sviluppi ed opposti esiti applicativi nel caso in esame.

Se sottoscrivere significa appropriarsi del contenuto negoziale dell'atto sul quale si appone la firma e se il contenuto del contratto era già determinato nel momento in

---

*re di terzi*, Padova, 1994, p. 6 ss.; A. PALAZZO, *Profili di invalidità del contratto unilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 587 ss.; ID., *Ricostruzione dell'invalidità del negozio unilaterale attraverso la teoria di Giuseppe Benedetti*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, p. 1289 ss.; D.M. FREDA, *L'opzione*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 359; F. DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. priv. Alpa-Patti*, Padova, 2010, p. 30 ss.

<sup>4</sup> V. *infra*, § 2.



cui ci si era unilateralmente obbligati alla sottoscrizione mediante la proposta che lasciava al soggetto al quale era diretta la facoltà di richiedere la stipulazione, la fattispecie avrebbe potuto essere ricondotta, sempre attraverso lo schema procedimentale di cui all'art. 1333 c.c., anzitutto all'interno dell'ambito di operatività del preliminare unilaterale o, in subordine, all'interno di quello dell'opzione gratuita<sup>5</sup>.

La prima qualificazione, invero, appare più convincente in ragione del fatto che l'obbligazione assunta dai proponenti presentava elementi di autonomia rispetto all'eventuale contratto successivo, costitutivo del diritto di usufrutto, alla stipulazione del quale le parti promittenti si erano unilateralmente impegnate, e che per la conclusione avrebbe richiesto non solo l'accettazione degli usufruttuari, ma anche una nuova manifestazione di volontà dei proprietari<sup>6</sup>, la condotta dei quali si sarebbe po-

---

<sup>5</sup> Cfr. F. MESSINEO, *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 902 ss.; Ant. GENOVESE, *Il contratto d'opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 184 ss.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 1 ss.; ID., *Opzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, pp. 1 ss. e 27 ss.; S. LOGOTETA, *Patto di opzione e negozi preparatori*, in *Contratti*, 2010, p. 151 ss.; M. VENTRICINI, *Il contratto d'opzione: le problematiche, l'ammissibilità della mancata previsione di un corrispettivo (c.d. "opzione gratuita") e il rapporto con l'art. 1333 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2005, II, p. 297 ss.; A. PAGANINI, *L'opzione e le figure affini: gratuità o onerosità dell'opzione*, in *Contratti*, 2011, p. 1085 ss. Identifica la figura contrattuale dell'opzione con quella del preliminare unilaterale L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, p. 406. Per una ricostruzione dei rapporti tra opzione e contratto preliminare cfr. E. CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, p. 80 ss.; ID., *Opzione nel contratto*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 571 ss.; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, pp. 245 ss., spec. 248, il quale sostiene che sia necessario affrontare separatamente le problematiche che riguardano il rapporto tra contratto preliminare bilaterale e contratto definitivo, ovvero tra quest'ultimo ed il preliminare unilaterale, nonché p. 250 ss., per cogliere le perplessità dell'autore circa l'autonomia della figura del preliminare unilaterale: la tesi presentata sostiene che tra il preliminare unilaterale e l'opzione vi sia un'identità funzionale, seppur parziale, in quanto il preliminare unilaterale svolge la medesima funzione del contratto di opzione, ma le due figure non coincidono *in toto* in conseguenza del fatto che per mezzo del preliminare unilaterale si crea anche una situazione strumentale coincidente con quella alla cui realizzazione è finalizzato il preliminare bilaterale; R. FAVALE, *Opzione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2009, p. 26 ss.; G. GIULIANO e P. DE STEFANO, *I contratti preparatori: l'opzione*, in *Il contratto*, a cura di P. Fava, Milano, 2012, p. 1125 ss.

<sup>6</sup> In questi termini Cass., 30 novembre 2017, n. 28762, in *Rep. Foro it.*, 2017, *Contratto in genere*, n. 293, secondo la quale «Il patto di opzione, disciplinato dall'art. 1331 c.c., ha in comune con il c.d. contratto preliminare unilaterale l'assunzione dell'obbligazione da parte di un solo contraente, ma se ne distingue per l'eventuale successivo *iter* della vicenda negoziale, in quanto, a differenza del predetto preliminare unilaterale, che è un contratto perfetto e autonomo rispetto al definitivo, l'opzione medesima non è che uno degli elementi di una fattispecie a formazione successiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta e poi dall'accettazione del promissario che, saldandosi con la prima, perfeziona il contratto, sempre che venga espressa nella forma prescritta per il contratto stesso e, quindi, nel caso di trasferimento immobiliare, per iscritto»; così anche Cass., 26 marzo 1997, n. 2692, in *dejure*; Trib. Bari, 23 giugno 2009, in *Contratti*, 2010, p. 149 ss., con nota di S. LOGOTETA, cit.; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25528, in *Rep. Foro it.*, 2015, *Contratto in genere*, n. 407. Per ricostruire i termini del dibattito dottrinale



tuta peraltro prestare, in prospettiva rimediabile, ad una valutazione in termini di inadempimento dell'obbligazione di stipulare il successivo contratto definitivo e, in questo caso, avrebbe potuto magari condurre alla costituzione del diritto di usufrutto *ex art. 2932 c.c.*<sup>7</sup>.

Conviene comunque aggiungere che, ove si fosse preferito muovere nella seconda direzione, sarebbe stato necessario aderire preliminarmente all'opinione dottrinale di chi configura l'opzione come combinazione tra una proposta ferma ed un contratto preliminare unilaterale o addirittura sostiene la coincidenza tra quest'ultima figura e l'opzione stessa<sup>8</sup>, sicché il profilo dell'irrevocabilità della proposta avrebbe comunque meritato una maggiore attenzione in ragione tanto del fatto che per la proposta prevista dall'art. 1333 c.c. è stabilita l'irrevocabilità dal momento in cui giunge a conoscenza del destinatario, quanto del fatto che l'art. 1331, 2° co., c.c. disciplina la mancata apposizione del termine in maniera diametralmente opposta rispetto a quanto previsto per la proposta irrevocabile *ex art. 1329 c.c.*, attribuendo cioè al giudice il potere di stabilire un limite temporale per l'esercizio dell'opzione<sup>9</sup>.

---

sul punto e sulla funzione del contratto definitivo, cfr. G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, pp. 53 ss. e 133 ss.; M. FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli, 2017, p. 44 ss.

<sup>7</sup>Relativamente alla sentenza costitutiva come titolo d'acquisto cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 174 ss.; C. COLOMBO, *Negozi unilaterali e costituzione di usufrutto*, in *Contratti*, 2007, p. 957 ss.; E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, I, Milano, 2007, p. 37; F. DELFINI, *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 187 ss.; U. STEFINI, *Contratti costitutivi di superficie, enfiteusi, uso, abitazione*, in *Tratt. Roppo*, II, Milano, 2014, p. 1409; per un'articolata analisi del rapporto tra l'art. 1351 c.c. e l'art. 2932 c.c., cfr. M. FARINA, *op. cit.*, p. 86 ss.; A. GUARNERI e D. TESSERA, *op. cit.*, p. 141 ss.; circa alcuni aspetti problematici relativi all'applicazione dell'art. 2932 c.c., cfr. A. VENTURELLI, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 847 ss.; ID., *Invito a comparire davanti al notaio e domanda giudiziale di sentenza costitutiva*, *ivi*, 2011, p. 281 ss.; ID., *Sentenza costitutiva e offerta di prestazione da eseguirsi all'atto della stipulazione del contratto definitivo*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 901 ss.

<sup>8</sup>L. BARASSI, *op. cit.*, p. 4 ss.; A. DE MARTINI, *Opzione, proposta ferma, patto di prelazione*, pactum de contrahendo, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 403 ss.; P. GRECO, *I contratti*, Roma, 1958, p. 45 ss.; per una ricostruzione delle posizioni della dottrina cfr. E. PANZARINI, *op. cit.*, p. 26 ss.; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*<sup>3</sup>, Milano, 2010, p. 59 ss.

<sup>9</sup>Cfr. E. PANZARINI, *Effetti e disciplina del contratto di opzione*, Roma, 2013, pp. 48-49, secondo la quale la determinazione giudiziale del termine rappresenta «sicuramente uno strumento integrativo del contenuto contrattuale»; sull'applicabilità dell'art. 1331, 2° co. c.c. al preliminare unilaterale, cfr. G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 252 s., nota 8; nonché, relativamente al rapporto tra opzione e proposta irrevocabile, ID., *Il rapporto giuridico preparatorio*, *cit.*, pp. 10 ss., spec. 24, dove all'esito delle argomentazioni esposte e stante la possibilità di costituire l'opzione unilateralmente *ex art. 1333 c.c.* si constata «il dissolversi dell'asserita differenza strutturale fra patto d'opzione e proposta irrevocabile»; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, *cit.*, pp. 123 ss., spec. 148 ss., il quale invece rileva che quando l'art. 1331 c.c. equipara l'opzione alla proposta irrevocabile fa esclusivo riferimento agli effetti procedurali.



Dunque, anche ipotizzando che gli effetti sostantivi dell'opzione fossero sorti mediante il procedimento indicato dall'art. 1333 c.c.<sup>10</sup> e che l'oblato, rispettivamente, avesse la facoltà di richiedere la conclusione del nuovo contratto o fosse direttamente legittimato a concludere la sequenza mediante l'accettazione, si sarebbe dovuta riconoscere importanza decisiva all'analisi della successione cronologica degli eventi connotante la fattispecie controversa.

Nell'uno e nell'altro caso, l'ammissione del fatto che A e B avessero contribuito economicamente all'acquisto dell'immobile avrebbe assunto una valenza ricognitiva e sarebbe diventata causa esterna del negozio gratuito concluso con la dichiarazione<sup>11</sup>.

La rilevanza del profilo causale è tutt'altro che marginale, se si considera che l'esistenza di una causa *suffisante* è un elemento fondamentale all'interno delle tesi di chi cerca di superare il dogma della tipicità delle promesse unilaterali e di chi sostiene l'ammissibilità del pagamento traslativo anche sulla base della *causa solvendi* che lo caratterizza<sup>12</sup>.

Ed infatti, è proprio sulla base della consapevolezza del contributo economico apportato da A e B al momento dell'acquisto che, interrogandosi sulla relazione intercorrente tra tale contributo, la circostanza fattuale che C e D abitassero l'immobile acquistato e la dichiarazione resa dai proprietari, si può ipotizzare che il riconosci-

---

<sup>10</sup> Sugli effetti anche sostantivi dell'opzione gratuita, cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, pp. 152-153. Sulla possibilità di perfezionare l'opzione attraverso lo schema dell'art. 1333 c.c., cfr. G. GORLA, *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, I, pp. 213 ss., spec. 219 ss.; E. PANZARINI, *La proposta irrevocabile e l'opzione*, in *Lezioni di diritto civile. Casi, questioni e tecniche argomentative*, a cura di A. Gambaro, Milano, 2012, pp. 93-94.

<sup>11</sup> E. PANZARINI, *op. ult. cit.*, pp. 82 ss., spec. 99-100; G. GIULIANO e P. DE STEFANO, *op. cit.*, p. 1134 ss.; A. GUARNERI e D. TESSERA, *op. cit.*, pp. 92-93, ove si sostiene l'inammissibilità della realizzazione di effetti reali mediante un atto unilaterale *inter vivos* acausale, ma si ipotizza la configurabilità di un atto unilaterale traslativo atipico. Cfr. anche S. GATTI, *Limiti alla possibilità di costituire l'usufrutto tramite il procedimento dell'art. 1333 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1750, il quale, in conseguenza del contributo economico, ipotizza di porre il «motivo di riconoscenza» alla base di una donazione remuneratoria, per la quale sarebbe dunque stata richiesta la forma solenne.

<sup>12</sup> Cfr. G. SBISÀ, *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 27 ss.; M. CASTIGLIA, *op. cit.*, p. 327 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 234 ss.; ID., *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; A. DI MAJO, *Le promesse unilaterali*, Milano, 1989, p. 75 ss.; F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, *cit.*, p. 2898 ss.; A. GIANOLA, *Verso il riconoscimento della promessa atipica, informale, gratuita ma interessata*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 1921 ss.; F. DI GIOVANNI, *op. cit.*, p. 89; N. STEFANELLI, *Interposizione e fiducia – fiducia, obbligazione di dare e pagamento traslativo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 582 ss.; A. GUARNERI e D. TESSERA, *op. cit.*, p. 93 ss.; M. FARINA, *op. cit.*, p. 148 ss.; ID., *Contrattazione preliminare e produzione dell'effetto reale*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, II, p. 523 ss.; circa la causa esterna del pagamento traslativo cfr. anche C. NATOLI, *op. cit.*, p. 324.



mento da parte dei giudici di merito dell'esistenza del diritto di usufrutto degli originari attori – per quello che si può desumere dalle poche righe riportate all'interno della sentenza – rispondeva probabilmente, anche se attraverso un apparato argomentativo non del tutto limpido, a ragioni di giustizia sostanziale e alla volontà di non far risultare totalmente soccombenti coloro che avevano reso materialmente possibile l'acquisto di una casa alla propria figlia ed al genero.

Resta comunque evidente che, ove i giudici di merito avessero prescelto un *iter* argomentativo diverso e, in particolare, avessero prestato maggiore attenzione all'esegesi della dichiarazione prodotta, sarebbero potuti approdare ad altre soluzioni che garantissero sì l'equità della decisione, ma attraverso l'utilizzo di norme e argomenti che presentassero una maggiore aderenza alla fattispecie concreta.

2. – Diversa è la prospettiva dalla quale la Cassazione ha analizzato la vicenda, che ha preso le mosse da un'interpretazione della dichiarazione unilaterale sottoscritta da C e D come atto teso alla costituzione unilaterale del diritto di usufrutto di A e B e si è sviluppata seguendo il *fil rouge* dell'impossibilità di sussumere tale atto all'interno della fattispecie astratta del contratto con obbligazioni del solo proponente, in quanto l'attribuzione traslativa avrebbe comportato oneri legali per il beneficiario, incompatibili, nell'opinione della Corte, con un procedimento acquisitivo che si perfezionasse in assenza della sua accettazione esplicita.

La conclusione a cui perviene la Corte lascia sullo sfondo e solo abbozzata la problematica della natura contrattuale o unilaterale del negozio perfezionato attraverso lo schema previsto dall'art. 1333 c.c.<sup>13</sup> e si concentra piuttosto sulla determinazione dell'ambito di applicabilità della norma e sui limiti della sua compatibilità con la produzione di effetti reali in capo all'oblato.

Il rischio sotteso al richiamare i contrapposti orientamenti legati alla principale problematica interpretativa sollevata dall'art. 1333 c.c. sarebbe forse stato quello di far riemergere il mondo sommerso delle sfumature di pensiero che hanno animato il dibattito sul punto, a fronte del quale non solo non è possibile pervenire ad una tesi

---

<sup>13</sup>S. GATTI, *op. cit.* p. 1747 ss., muove la medesima osservazione alla pronuncia commentata, offrendo una panoramica sulle principali posizioni della dottrina relative alla ricostruzione dell'art. 1333 c.c. come fattispecie a formazione unilaterale ovvero come procedimento contrattuale; per una sintesi delle contrapposte opinioni dottrinali sulla natura del «contratto con obbligazioni a carico del solo proponente», cfr. M. PALADINI, A. RENDA e D. MINUSSI, *Manuale di diritto civile*, Milano, 2019, p. 1289.



universalmente accolta, ma che è tanto ampio che avrebbe potuto portare la pronuncia all'interno del discusso genere delle sentenze trattato<sup>14</sup>.

Sembra però che da tale pericolo la Corte si guardi bene e preferisca dunque sorvolare sull'aspetto definitorio, probabilmente in virtù del rilievo che l'una e l'altra ricostruzione avrebbero ugualmente presentato la necessità di un giudizio di conciliabilità/inconciliabilità dello schema proposto dall'art. 1333 c.c. con gli effetti transitivi del negozio, in base al quale si è decisa la vicenda.

Certo, le oscillazioni terminologiche riportate nella sentenza, dalle quali si ricava l'immagine di un quadro confuso sulla natura dell'art. 1333 c.c., portano a concludere che forse sarebbe stato opportuno spendere qualche battuta se non per prendere posizione sul tema controverso, almeno per dare atto della consapevolezza dei termini in cui è stata analizzata una norma di confine tra il contratto ed il negozio unilaterale<sup>15</sup>.

La scelta di non affrontare le problematiche sollevate dai vari motivi di ricorso in relazione anche alla natura dell'art. 1333 c.c. pare in realtà giustificata dal fatto che il motivo di ricorso secondo cui «l'usufrutto non può essere costituito mediante proposta di contratto con obbligazione a carico del solo proponente» rappresenta tanto la premessa quanto l'esito della decisione.

Alla scarsità degli argomenti portati a sostegno di tale tesi, tuttavia, si accompagna la loro fragilità: la Corte ha ritenuto che l'art. 1333 c.c. possa astrattamente essere applicabile a fattispecie con effetti traslativi, purché si tratti di attribuzioni «che non comportino alcun onere od obbligo a carico del beneficiario», a fronte dei quali, invece, l'ordinamento richiederebbe la necessaria manifestazione di volontà del destinatario.

Poiché, dunque, dal diritto di usufrutto discendono oneri ed obblighi legali in capo all'usufruttuario, si è affermato che per la sua costituzione fosse imprescindibile un comportamento partecipativo dell'oblato che, non essendo contemplato nella previsione codicistica del contratto con obbligazioni del solo proponente tanto nel caso in cui si ritenga che il mancato rifiuto o il silenzio portino alla conclusione del contrat-

---

<sup>14</sup> Cfr. R. PARDOLESI e B. SASSANI, *Motivazione, autorevolezza interpretativa e "trattato giudiziario"*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 299 ss.

<sup>15</sup> G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 4, evoca l'immagine di una norma che si pone «su una linea di displuvio» tra contratto e negozio unilaterale: anche qualora si voglia ritenere, come la lettera della norma suggerisce e come sostiene la parte maggioritaria della dottrina, che la previsione riguardi una figura contrattuale, l'art. 1333 c.c. rappresenta «l'ultima propaggine, oltre la quale di contratto non si può più parlare». Cfr. anche L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, cit., p. 61 ss.



to, quanto nel caso in cui, viceversa, si ammetta di trovarsi di fronte ad un negozio unilaterale con struttura a rilievo bilaterale<sup>16</sup>, rendeva inapplicabile l'art. 1333 c.c. alla fattispecie concreta.

Le criticità dell'argomentazione si innestano però proprio sul concetto di effetto favorevole per il beneficiario, che sembra essere appiattito sull'idea di assenza di alcun onere conseguente e di qualsivoglia natura in capo allo stesso.

È vero infatti che il dogma dell'intangibilità della sfera giuridica altrui è stato superato tramite la dimostrazione che l'ordinamento consente esplicitamente che gli effetti di una stipulazione si producano in capo ad un soggetto terzo, il quale non diventa parte del contratto in forza del quale tali effetti si producono, ma ne beneficia, nel limite in cui tale pattuizione sia a suo vantaggio<sup>17</sup>.

È vero però anche che questa idea di «effetti vantaggiosi», che da un lato potrebbe necessitare di precisazioni che ne circoscrivano la nozione<sup>18</sup>, dall'altro non può essere analizzata separatamente dal potere di reazione che è riconosciuto al beneficiario di tali effetti, che rappresenta un ulteriore limite alla possibilità di intaccare la sfera patrimoniale altrui e che trova la sua espressione nel rifiuto<sup>19</sup>.

Al soggetto la cui sfera giuridica può essere alterata da effetti, pur favorevoli, alla produzione dei quali non ha concorso, che però per qualsiasi ragione non soddisfino una sua valutazione in termini di convenienza o di opportunità, è data la possibilità di opporsi a tale modificazione: la *ratio* dell'art. 1333 c.c., che la Cassazione estrapola da una precedente massima giurisprudenziale<sup>20</sup>, non risiede solo nel fatto che al de-

---

<sup>16</sup> G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 196; ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., p. 168.; A. ASTONE, *op. cit.*, p. 177; S. GATTI, *op. cit.*, p. 1748.

<sup>17</sup> *Ex multis* L.V. MOSCARINI, *op. ult. cit.*, p. 19 ss., il quale ritiene che vi sia una sorta spinta evolutiva del sistema verso la necessità di riconoscere la possibilità di avvantaggiare i terzi che rende anacronistica l'affermazione dell'eccezionalità del contratto a favore di terzi; A. ASTONE, *op. cit.*, p. 102 ss.; S. GATTI, *op. cit.*, p. 1749, ritiene utile l'individuazione degli svantaggi che precludono l'applicabilità dell'art. 1333 c.c. e sostiene che, relativamente ai diritti reali, la soluzione vari a seconda del tipo di diritto reale considerato.

<sup>18</sup> Cfr. A. ASTONE, *op. cit.*, p. 306, che identifica il limite degli effetti favorevoli nell'«assenza di obblighi di natura corrispettiva che incidono in modo sfavorevole la sfera giuridica altrui»; U. PERFETTI, *Il contratto in generale*, II, *La conclusione del contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2016, p. 507 ss.

<sup>19</sup> G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., pp. 165 ss., 185 ss.; ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, cit., p. 51 ss.

<sup>20</sup> La richiamata Cass., 30 giugno 1987, n. 5748, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1023 ss.; e in *Riv. giur. sarda*, 1990, p. 323 ss., con nota di C. CHESSA, *I limiti di applicabilità del procedimento di formazione del contratto ex art. 1333 cod. civ.*, è una pronuncia che, in realtà, ha per oggetto una fattispecie concreta del tutto diversa.



stinatario «possono derivare soltanto vantaggi», ma altresì nel fatto egli possa mantenere il controllo sulla propria sfera giuridica mediante il rifiuto, che l'ordinamento considera sufficiente a garantire il suo diritto all'autodeterminazione ed il rispetto del principio di autonomia delle sfere individuali<sup>21</sup>.

Ci sono, dunque, più elementi che portano quantomeno a dubitare che l'esistenza di obblighi di fonte legale derivanti dall'attribuzione di un diritto reale impongano davvero e necessariamente una manifestazione di consenso del destinatario e che rendono evidente come ai congegni negoziali che richiedono l'accettazione si contrappongono quelli per il perfezionamento dei quali un'accettazione – o un'accettazione espressa a seconda del valore che si riconosca al silenzio – non è richiesta proprio in virtù del fatto che al destinatario è attribuito il potere di rifiutare<sup>22</sup>.

Relativamente alla compatibilità dell'art. 1333 c.c. con fattispecie traslative di diritti reali, è già stato osservato come l'utilizzo del termine «obbligazioni» per indicare l'oggetto dell'impegno assunto dal proponente sia probabilmente frutto di un retaggio storico ancora forte al tempo in cui la norma è stata concepita e che vedeva i contratti con effetti obbligatori come ipotesi tipica: coerentemente con l'analisi della genesi storica della norma, si è ritenuto che tale locuzione potesse esprimere un concetto più ampio di quello ricavabile dal suo tenore testuale ed includere una varietà di effetti favorevoli, abbracciando anche quelli traslativi, nei limiti ricordati, che consentono di superare il principio della relatività degli effetti del contratto inteso come immodificabilità assoluta dell'altrui sfera giuridica<sup>23</sup>.

E in questa prospettiva, del resto, mancherebbe di coerenza sistematica l'afferma-

---

<sup>21</sup> G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 171; ID., *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., pp. 169, 181 ss., 214; F. ROSSI, *op. cit.*, p. 51 ss.

<sup>22</sup> Cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 165 ss.; G. TAMBURRINO, *op. cit.*, p. 28 ss.; G. GORLA, *op. cit.*, p. 213 ss.; A. ASTONE, *op. cit.*, p. 289 ss.; F. AZZARRI, *Il silenzio come accettazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 615 ss.; tale aspetto non sembra essere colto da C. NATOLI, *op. cit.*, pp. 323 s., 328, la quale attribuisce rilevanza al rifiuto su un piano esclusivamente procedimentale.

<sup>23</sup> Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 203 ss.; G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, pp. 226 ss., spec. 231, 232, il quale conclude per la compatibilità della fattispecie con la produzione di effetti reali in capo al beneficiario; A. ASTONE, *op. cit.*, p. 237 ss.; E. DAMIANI, *Sull'inutilità del negozio unilaterale atipico*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 599 ss.; S. GATTI, *op. loc. ult. cit.* Relativamente all'ammissibilità del contratto a favore di terzo con effetti reali, con argomenti che supportano chiaramente la possibilità di utilizzare anche schemi strutturali diversi dal contratto per produrre effetti traslativi, cfr. L.V. MOSCARINI, *op. ult. cit.*, p. 286 ss., secondo il quale l'uso che il codice fa della terminologia consensualistica non deve costituire un ostacolo; M. SESTA, *Contratto a favore di terzo e trasferimento di diritti reali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 953 ss.; relativamente alle servitù U. STEFINI, *Contratti costitutivi di servitù*, in *Tratt. Roppo*, cit., p. 1451, n. 45.



zione secondo la quale è possibile incidere sull'altrui sfera giuridica attribuendo il diritto di usufrutto per mezzo dello schema contrattuale delineato dall'art. 1411 c.c.<sup>24</sup>, ma non è possibile farlo mediante un atto unilaterale rifiutabile *inter vivos* – salva eventualmente l'ipotesi della donazione obnuziale che così acquisterebbe carattere eccezionale<sup>25</sup> – e che tuttavia tale modificazione unilaterale dell'altrui sfera giuridica è innegabilmente possibile *mortis causa*, dal momento che non pare contestata l'ammissibilità del legato di usufrutto e la sua compatibilità con l'art. 649, 1° co., c.c., secondo cui il legato si consegue senza necessità di accettazione, salvo il potere di rifiuto<sup>26</sup>.

**3.** – Proprio partendo dal precedente incautamente richiamato dalla pronuncia<sup>27</sup> quale fondamento di quella che è presentata come pacifica incompatibilità dell'art. 1333 c.c. con fattispecie traslative di diritti reali da cui derivino oneri legali in capo al beneficiario e dalla *querelle* dottrinale sul punto, è parso necessario approfondire quali fossero le reali posizioni della giurisprudenza sul tema, allontanandosi dall'idea che il frammento di una massima precedente possa essere rappresentativo di un orientamento giurisprudenziale<sup>28</sup>.

Ed infatti è ben vero che la massima richiamata enuncia che attraverso il contratto

---

<sup>24</sup> Cfr. M. SESTA, *op. cit.*, p. 960 ss.; A. ASTONE, *op. cit.*, p. 211 ss. (nonché p. 305, nota 16, per una rassegna della giurisprudenza favorevole all'ammissibilità di contratti a favore di terzo con oggetto il trasferimento di diritti reali). *Ex multis*, si rimanda a Cass., 25 febbraio 1980, n. 1317, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, p. 1346 ss.; e in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 399 ss., con nota di A. GUARNIERI, *Costituzione di servitù e stipulazione a favore di terzo*; Cass., 18 febbraio 1993, n. 1842, in *Rep. Foro it.*, 1993, *Servitù*, n. 7.

<sup>25</sup> Così Cass., 30 gennaio 2007, n. 1967, in *Vita not.*, 2007, p. 208 ss.; in *Contratti*, 2007, p. 957 ss.; con nota di C. COLOMBO, *cit.*; e in *Riv. not.*, 2008, p. 398 ss., con nota di A. ALESSANDRINI CALISTI, *Sul principio di tipicità degli atti unilaterali traslativi e sulla ammissibilità o meno di negozi unilaterali atipici ad effetti reali*.

<sup>26</sup> Come è noto la norma prevede la «facoltà di rinunciare» ma è stata autorevolmente esclusa la configurabilità di una vera e propria rinuncia poiché il diritto oggetto del legato non si estingue ma ritorna alla massa: cfr. G. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 173 ss.

<sup>27</sup> Cass., 30 giugno 1987, n. 5748, *cit.*

<sup>28</sup> F. ADDIS, *Presentazione*, in *Ricerche sull'eccezione d'insicurezza*, a cura di F. Addis, Milano, 2006, pp. XVI-XVII, il cui invito all'operatore del diritto è quello di «non accontentarsi mai della (spesso rassicurante) lettura delle massime delle sentenze, ma di leggere con attenzione sia la motivazione, sia, se possibile, la ricostruzione della fattispecie concreta, al fine di evidenziare quale sia stata l'effettiva regola di diritto applicata dal giudice»; A. SERIOLI, *Le «sorti magnifiche e progressive» della eccezione d'insicurezza. Saggio di diritto giurisprudenziale*, *ivi*, p. 96 ss., critica apertamente la tendenza della giurisprudenza a richiamare acriticamente i precedenti giurisprudenziali attraverso le massime.



con obbligazioni a carico del solo proponente si possano produrre in capo al destinatario solamente effetti favorevoli, ma proprio dalla stessa massima emerge innanzitutto che la Corte afferma in via generale come «non soltanto gli effetti obbligatori derivanti dal contratto ma anche gli eventuali effetti dispositivi o estintivi debbano essere ad esclusivo carico del proponente», secondariamente che la controversia che aveva portato all'affermazione del principio di diritto, in quel caso, riguardava il problema della compatibilità della fattispecie prevista dall'art. 1333 c.c. con la *datio in solutum*<sup>29</sup>.

A questo proposito, se si ragiona sugli effetti della *datio in solutum*, non è difficile cogliere perché sia stato ritenuto che l'istituto richieda un comportamento adesivo esplicito del creditore e dunque si sia sostenuto il carattere necessariamente bilaterale della prestazione in luogo di adempimento<sup>30</sup>: l'alterazione della sfera patrimoniale del debitore conseguente alla prestazione in luogo di adempimento, infatti, non sarebbe necessariamente vantaggiosa anche in ragione del fatto che, indipendentemente dal valore economico della prestazione, l'interesse prevalente del creditore potrebbe essere quello all'esatto adempimento.

Sulla premessa dell'incidenza della *datio* su un'obbligazione già esistente, dunque, si comprende la *ratio* che ha portato la Corte a giudicarla incompatibile con lo schema previsto dell'art. 1333 c.c., la cui applicazione al caso di specie avrebbe por-

---

<sup>29</sup> Il tenore letterale delle massime ricavate dalla sentenza, reperibili rispettivamente in *Giust. civ. mass.*, 1987, *Contratto in genere*, n. 247; e in *Rep. Foro it.*, 1988, *Contratto in genere*, n. 260, è il seguente: «Poiché la *ratio* dell'art. 1333 c.c., che consente la formazione del contratto per mancato rifiuto da parte del destinatario della proposta, risiede nel fatto che a quest'ultimo possono derivare soltanto vantaggi dal contratto medesimo, la detta disposizione deve essere intesa nel senso che non soltanto gli effetti obbligatori derivanti dal contratto ma anche gli eventuali effetti dispositivi o estintivi debbano essere ad esclusivo carico del proponente con la conseguenza che la stessa non è applicabile con riguardo alla *datio in solutum* la quale, pur non comportando alcun effetto obbligatorio a carico del creditore, importa, tuttavia, per lo stesso, l'effetto estintivo del credito di cui è titolare, qualificando il negozio come contratto con effetti a carico di entrambi i contraenti». «La norma dell'art. 1333 c.c., sebbene venga intesa nel senso che si applica anche ai contratti dispositivi, non può applicarsi alla *datio in solutum*, la quale pur non creando obblighi a carico del destinatario, produce effetti a carico di entrambi i contraenti ed esige un contratto a formazione consensuale.»

<sup>30</sup> Anche S. GATTI, *op. cit.*, p. 1751, rileva come in motivazione la sentenza richiamata dalla Corte affermi la generale compatibilità dello schema delineato dall'art. 1333 c.c. con i «contratti con effetti dispositivi o estintivi a carico del solo proponente». Relativamente alla struttura della *datio, ex multis* cfr. M. ALLARA, *La prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)*, Palermo, 1927, p. 46 ss.; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento*, Milano, 1987; F. BILOTTI, *La prestazione in luogo di adempimento*, Padova, 2008, p. 58 ss. per un'analisi delle diverse configurazioni strutturali della *datio*; F. BERTELLI, *Concorso per notaio. Prova teorico-pratica riguardante un atto di ultima volontà*, in *Studium Iuris*, 2017, pp. 577-578.



tato all'inaccettabile affermazione della possibilità di una modifica unilaterale della struttura del rapporto obbligatorio<sup>31</sup>.

Viceversa, nonostante dal trasferimento o dalla costituzione di un diritto reale conseguano degli oneri, la circostanza che in un'ipotesi siffatta la fonte delle obbligazioni che gravano sul beneficiario sia la legge e non vi sia alcun nesso di corrispettività tra le stesse e l'impegno assunto dal proponente ha fatto sì che la giurisprudenza non fosse costante nell'affermare l'inapplicabilità della norma a fattispecie traslative.

Il principale dato giurisprudenziale favorevole con cui confrontarsi è piuttosto risalente ma molto significativo<sup>32</sup>.

In quell'occasione, infatti, la Corte ha mostrato un atteggiamento di apertura in relazione alla possibilità di richiamare l'art. 1333 c.c. per giustificare il trasferimento del diritto di proprietà di un immobile, prodottosi a seguito di un atto unilaterale gratuito del padre a vantaggio della figlia, la cui giustificazione causale fu ravvisata nell'intento di «eseguire quanto concordato con il coniuge nel verbale di separazione consensuale a titolo di contributo per il mantenimento».

Anche se tale esito argomentativo e la causa solutoria posta alla base del trasferimento del diritto di proprietà, invero, sollevano sia la tematica della compatibilità dell'art. 1333 c.c. con i contratti formali, sia quella più delicata del pagamento traslativo, che meriterebbe un'autonoma analisi<sup>33</sup>, tale ricostruzione è sufficiente per mi-

---

<sup>31</sup> Relativamente all'impossibilità di utilizzare lo schema dell'art. 1333 c.c. per modificare un preesistente rapporto obbligatorio, cfr. Cass., 3 ottobre 2016, n. 19707, in *Rep. Foro it.*, 2016, *Contratto in genere*, n. 328; App. Bari, 25 settembre 2014, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 438 ss., con nota di M. PASARETTA, *Osservazioni ad App. Bari, 25 settembre 2014, in tema di prestazione e cessione del credito in luogo dell'adempimento*; C. CHessa, *op. cit.*, pp. 327-328, il quale aderisce alla tesi dell'inapplicabilità del procedimento di cui all'art. 1333 c.c. alla *datio in solutum* in ragione dell'effetto estintivo che la prestazione in luogo di adempimento produce sull'obbligazione originaria.

In senso contrario, App. Cagliari, 20 marzo 1984, in *Riv. giur. sarda*, 1988, p. 1 ss., con nota di F. TULUI, *Datio in solutum immobiliare e tecnica procedimentale di cui all'art. 1333 c.c.* La decisione, cassata da Cass., 30 giugno 1987, n. 5748, cit., ritiene lo schema dell'art. 1333 c.c. compatibile con la *datio in solutum* poiché «l'oblato non assume obbligazioni, ma è solo avvantaggiato dal pagamento del debito».

<sup>32</sup> Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, p. 144 ss., con nota di V. MARICONDA, *Articolo 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari*; in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1560 ss.; e in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237 ss., con nota di M. COSTANZA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, la quale però solleva un problema formale in quanto per l'A. l'atto, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza, avrebbe dovuto rivestire la forma della donazione. Cfr. anche A. GUARNERI e D. TESSERA, *op. cit.*, p. 90 ss.

<sup>33</sup> Per la trattazione del tema si rinvia a L. MENGONI e F. REALMONTE, *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 190 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo e art. 1333 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 525 ss.; F. ROLFI, *Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, in *Corr. giur.*,



nare l'assunto che il prodursi di oneri od obblighi di fonte legale in capo al beneficiario conseguenti al trasferimento del diritto di proprietà, e quindi *a fortiori* alla costituzione del diritto di usufrutto, renda inapplicabile la disciplina del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente<sup>34</sup>.

Relativamente alla possibilità di costituire proprio il diritto di usufrutto mediante atto unilaterale, va segnalata inoltre la posizione radicale assunta nel 2007 dalla Cassazione<sup>35</sup>, la quale si esprimeva invero su un caso pratico con notevoli punti di contatto con quello su cui si è pronunciata recentemente la sentenza in commento.

L'attore chiedeva infatti il rilascio dell'immobile dove era stata anni prima immessa la madre, la quale rivendicava però il proprio diritto di usufrutto in forza di una dichiarazione di concessione di tale diritto sottoscritta dal figlio proprietario, all'interno della quale si prevedeva ugualmente l'impegno ad una successiva stipulazione notarile.

L'inquadramento della fattispecie in quella sede offerto da parte del beneficiario come assunzione dell'obbligo del proprietario di stipulare un successivo contratto definitivo non è servito per superare lo scoglio che poteva essere rappresentato dalle incertezze circa la compatibilità dell'art. 1333 c.c. con la produzione di effetti reali, perché ha invero incontrato una preclusione dogmatica ancora precedente, che ha portato la Corte a pronunciarsi piuttosto sulla tipicità degli atti unilaterali traslativi, individuati nel caso di specie nella promessa al pubblico e nella donazione obnuziale<sup>36</sup>.

---

2003, p. 46 ss.; E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, cit., p. 95 ss.; M. MARTINO, *Collegamento negoziale e pagamento traslativo nella revocatoria dei trasferimenti immobiliari realizzati tra coniugi in occasione della separazione consensuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, III, p. 378 ss.; F. DELFINI, *op. cit.*, p. 192 ss.; E. DAMIANI, *op. ult. cit.*, p. 599 ss.; M. FARINA, *op. ult. cit.*, p. 508 ss.; cfr. anche Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2895 ss., con nota di F. GAZZONI, cit., il quale offre un'analisi critica dei percorsi argomentativi della Cassazione, che pare ricostruire la fattispecie partendo da «dogmi ottocenteschi dai quali la S.C. non riesce a liberarsi pur essendo orientata – sul piano della soluzione – nell'opposta direzione».

<sup>34</sup> Cfr. C. CHessa, *op. cit.*, p. 327, il quale ritiene che l'esistenza di oneri legali a carico del beneficiario non escluda la gratuità del negozio; in senso dubitativo, invece, F. TULUI, *op. cit.*, il quale solleva perplessità circa l'applicabilità dell'art. 1333 c.c. alla dazione in pagamento avente ad oggetto un bene immobile anche in ragione del fatto che, secondo l'A., il trasferimento della proprietà, essendo accompagnato da una serie di oneri, non è gratuito in termini assoluti per il creditore; M. PALADINI, A. RENDA e D. MINUSSI, *op. cit.*, p. 1291.

<sup>35</sup> Cass., 30 gennaio 2007, n. 1967, cit. (v. *retro*, nota 25).

<sup>36</sup> A. ALESSANDRINI CALISTI, *op. cit.*, pp. 399 ss., spec. 401 ss., arriva ad escludere la compatibilità di effetti traslativi con qualsiasi atto unilaterale, ricostruendo la donazione obnuziale come contratto concluso con il mancato rifiuto *ex art.* 1333 c.c. ed escludendo la promessa al pubblico in quanto dotata di efficacia



La scelta di arroccarsi sull'assunto che, al di fuori delle ipotesi legalmente tipizzate, gli atti unilaterali *inter vivos* non possano produrre effetti traslativi e che tale dichiarazione rappresentasse inequivocabilmente un atto unilaterale ha fatto sì che l'aspetto dell'eventuale compatibilità di tale fattispecie con il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente non fosse nemmeno preso in considerazione in un caso in cui, invece, il riconoscimento della "proposta" ex art. 1333 c.c. come atto unilaterale con rilievo bilaterale avrebbe da una parte potuto segnare un importante progresso, dall'altra rendere l'esito della vicenda significativamente più prevedibile<sup>37</sup>.

La sensazione che residua da una rapida analisi dello scarno repertorio giurisprudenziale sul punto e dall'invece articolato dibattito portato avanti dalla dottrina sia con riferimento alla natura contrattuale o unilaterale del procedimento in forza del quale si producono effetti sostantivi in capo all'oblato attraverso lo schema dell'art. 1333 c.c., sia circa i possibili effetti traslativi con il medesimo realizzabili, è che le potenzialità della norma non siano state ancora pienamente colte e che la sola idea di un atto unilaterale rifiutabile produttivo di effetti reali provochi nelle aule giudiziarie una sorta di *horror vacui* che si preferisce fuggire ripiegando su una tradizione che ancora lega la transitività degli effetti al consenso del loro destinatario<sup>38</sup>.

---

obbligatoria tipica, poiché ritiene che la bilateralità generalmente richiesta per la produzione di effetti traslativi o costitutivi di diritti reali sia addirittura espressione di principi costituzionali.

<sup>37</sup> Sul punto C. COLOMBO, *op. cit.*, p. 963, ha rilevato come ciò abbia rappresentato «un'occasione mancata di dare piena legittimazione nel nostro ordinamento, a fianco della donazione, alla figura del negozio unilaterale gratuito rifiutabile a effetti reali». Cfr. anche F. ROSSI, *Contratto con obbligazioni del solo proponente e promesse unilaterali. Profili di distinzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 1173 ss.

<sup>38</sup> Dimostra la medesima soggezione nei confronti del dogma del consenso traslativo la posizione assunta da C. NATOLI, *op. cit.*, p. 325; sul tema della derogabilità del principio consensualistico espresso dall'art. 1376 c.c. cfr., *ex multis*, G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 32 ss.; ID., *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 70 ss.; C. CAMARDI, *Principio consensualistico. Produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 572 ss.; P. SIRENA, *Sulla derogabilità del principio consensualistico*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 1071 ss.; E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2010, p. 253 ss.; F. ADDIS, *Potere di disposizione e regole di circolazione dei beni*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 246 ss.; e in *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, a cura di L. Pellegrini, I, Napoli, 2018, pp. 1 ss., spec. 28 ss.; F. DELFINI, *op. cit.*, p. 195 ss.; M. FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, cit., p. 136 ss.