

# JUS CIVILE

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



**3-2016**

*maggio-giugno*



**G. Giappichelli Editore**

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

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche. Soltanto in casi eccezionali, i curatori assumono la responsabilità diretta della pubblicazione con adeguata motivazione.

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

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

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



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Giurisprudenza italiana</b>	
Responsabilità sanitaria e foro del consumatore * <i>Cassazione civile, Sez. VI, 24 dicembre 2014, n. 27391 (ord.)</i> di <i>Vincenza Cinzia Meccola</i>	110
<b>Articoli e Saggi</b>	
La provenienza donativa e il precario equilibrio tra tutela dei legittimari e certezza dei traffici giuridici * di <i>Maria Rosaria Lenti</i>	127
I regimi patrimoniali delle coppie internazionali: due recenti proposte nell'Unione Europea * di <i>Federica Falconi</i>	135
La dibattuta questione della rilevanza degli interessi di mora ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura * di <i>Carmela Robustella</i>	154
Aperture e atipicità delle fonti dei rapporti obbligatori ** di <i>Umberto Breccia</i>	176
Unioni civili e convivenze * di <i>Romana Pacia</i>	195
TTIP and Investment Law – A Way Forward? * di <i>Thomas M.J. Möllers</i>	215

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

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

**Cassazione civile, Sez. VI, 24 dicembre 2014, n. 27391 (ord.)**

*Il decreto legge 13 settembre 2012 n. 158, articolo 3, comma 1, nello stabilire che l'esercente la professione sanitaria, qualora rispetti le regole imposte dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per "colpa lieve", ferma l'applicazione, in determinate fattispecie, dell'obbligo di cui all'art. 2043 cod. civ., non intende imputare al comportamento del sanitario alcuna forma di responsabilità extracontrattuale, perseguendo il solo intento di escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve.*

*Rientrano nel foro del consumatore di cui all'art. 33, comma II, lett. U) del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, le controversie afferenti prestazioni mediche aggiuntive poste a carico dell'utente e non del Servizio Sanitario Nazionale o della struttura convenzionata qualora vengano erogate a favore di un paziente in regime "intramurario"*



Vincenza Cinzia Meccola

Dottore di ricerca

## RESPONSABILITÀ SANITARIA E FORO DEL CONSUMATORE

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. L'impatto della legge Balduzzi sul sistema della responsabilità civile in ambito sanitario. – 3. Le conseguenze della perdurante qualificazione della responsabilità del medico dipendente come contrattuale, con particolare riferimento all'onere della prova. – 4. Natura del rapporto intercorrente fra struttura sanitaria e paziente. – 5. L'individuazione del foro competente nei giudizi di responsabilità medica.

1. – L'Azienda Ospedaliero-Universitaria del Policlinico di Modena proponeva regolamento di competenza contro l'ordinanza del Tribunale di Crotone con la quale quest'ultimo, investito della domanda diretta ad ottenere il risarcimento dei danni per la cattiva esecuzione di un intervento chirurgico, aveva disatteso l'eccezione di incompetenza territoriale dell'adito foro di Crotone, luogo di residenza della parte attrice, a beneficio del foro del Tribunale di Modena.

A sostegno della propria richiesta l'Azienda ricorrente adduceva in primo luogo che l'applicazione nella controversia de qua del foro del consumatore doveva escludersi alla luce del principio di diritto fissato dalla Cassazione con l'ordinanza n. 8093/2009<sup>1</sup>; in secondo luogo, che l'applicazione del foro del consumatore – come corollario del riconoscimento della responsabilità contrattuale a carico del medico sanitario – sarebbe comunque da escludersi alla luce della legge n. 189/2012 che avrebbe ricondotto la responsabilità del sanitario nell'alveo della responsabilità extracontrattuale.

La Suprema Corte concludeva per il rigetto della istanza di regolamento di competenza assumendo che, nel caso di specie, si vertesse in tema di responsabilità contrattuale del medico sanitario e, dunque, in linea di principio, venisse in rilievo il foro del consumatore. Evidenziava, infatti, come l'entrata in vigore della legge Balduzzi non esprimesse alcuna opzione, da parte del legislatore, per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, dal momento che tale disposizione normativa persegue l'unico intento di escludere, diversamente da quanto previsto in ambito penalistico, l'irrelevanza della colpa lieve.

Osservava tuttavia il Collegio che, secondo un indirizzo consolidato, l'Azienda Sanitaria pubblica non esercita una attività tipica di un professionista, dal momento che il servizio erogato dalla Struttura sanitaria non è espressione di una professione né, tantomeno, è finalizzato alla realizzazione di un profitto, dovendo al contrario essere necessariamente erogato anche ove esso si riveli antieconomico.

Viceversa, qualora, come nel caso in esame, il rapporto fra l'utente e la struttura sanitaria convenzionata abbia corso con l'espletamento di eventuali "prestazioni aggiuntive", poste diret-

---

<sup>1</sup> In *Danno e resp.*, 2009, 945, con nota di GARATTI, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*.

tamente a carico dell'utente, e non del Servizio sanitario Nazionale, troverà applicazione l'art. 33, comma 2, lett. u) del Codice del consumo, dal momento che in tale rapporto l'Azienda sanitaria si è posta direttamente nei confronti dell'utente come professionista. Ne conseguirà l'applicazione del foro del consumatore senza che da ciò derivi alcuna incoerenza con il collocarsi di detta azienda in ambito dello stesso pubblico servizio inerente la sanità.

Concludeva, dunque, per la dichiarazione di competenza del Tribunale di Crotone.

2. – L'ordinanza in commento affronta e risolve due rilevanti questioni: la prima attiene al dibattuto tema, tutt'ora oggetto di vivaci e perduranti contrasti giurisprudenziali, relativo alla natura della responsabilità del medico sanitario dipendente di una struttura sanitaria pubblica a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 della legge n. 189/2012 (legge "Balduzzi"); la seconda riguarda, invece, l'individuazione del foro competente nei giudizi di responsabilità medica. Il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1, stabilisce che l'esercente la professione sanitaria, qualora rispetti le regole imposte dalla comunità scientifica, non risponde penalmente per "colpa lieve", ferma l'applicazione, in determinate fattispecie, dell'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.

Il riferimento all'art. 2043 c.c. ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza di merito – anche sulla scorta dell'esame dei lavori preparatori ove era originariamente previsto il riferimento agli artt. 2236 e 1176 c.c., e conformemente alla finalità di deflazione del contenzioso e di alleggerimento della posizione dei medici dipendenti di strutture ospedaliere pubbliche<sup>2</sup> proprie del decreto – a leggere nel richiamo alla norma cardine in tema di illecito aquiliano una precisa scelta di politica legislativa, finalizzata a separare la sorte dell'operatore da quella della struttura, individuata, quest'ultima, come soggetto meglio capace di gestire il rischio e verso cui prioritariamente indirizzare le richieste risarcitorie delle vittime di *malpractice*, e a valorizzare la novità legislativa intesa come un consapevole ritorno al passato, nel senso che<sup>3</sup> "il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana"<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> A sua volta finalizzato a contenere il ricorso alla c.d. medicina difensiva e i costi ad essa connessi.

<sup>3</sup> ZORZIT, *La responsabilità del medico alla luce del "decreto Balduzzi": un viaggio tra nuovi e vecchi scenari*, in *Danno e resp.*, 2014, 84.

<sup>4</sup> In Giurisprudenza, cfr. *ex plurimis*, Trib. Varese, 26 novembre 12, n. 1406 e Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 4, pp. 375-378 con nota di CARBONE *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*; Trib. Milano, 17 luglio 2014, n. 9693 secondo cui l'obbligazione risarcitoria del medico può scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare); Trib. Enna, 18 maggio 2013, n. 252 in *Danno e resp.*, 2014, 74 con nota di ZORZIT, *La responsabilità del medico*, cit. In dottrina cfr. PARTISANI, *La nuova responsabilità sanitaria, dopo il decreto Balduzzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 357; DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. e impr.*, 2014, 1, 89 ss.; GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. 3/2014, 1040 secondo il

## JUS CIVILE



La tendenza più risalente, allineandosi all'opinione della (allora) prevalente dottrina<sup>5</sup>, propendeva infatti per l'ascrizione della responsabilità del medico dipendente all'area dell'illecito aquiliano<sup>6</sup>, argomentando principalmente dalla insussistenza tra paziente e medico di un vincolo negoziale che si configurerebbe in via esclusiva con l'Ente alle dipendenze del quale il medico esercita la propria attività professionale. Non mancavano tuttavia pronunzie di segno opposto, che muovevano dalla configurazione di un rapporto contrattuale di tipo professionale o ad esso assimilabile<sup>7</sup>, che parimenti intercorrerebbe tra sanitario e paziente così come tra quest'ultimo e il nosocomio. Tuttavia il contrasto giurisprudenziale finiva con l'essere fortemente sfumato dalla tendenza – da un lato – ad ammettere il concorso di responsabilità, e – dall'altro – ad avvicinare le regole operazionali proprie dei differenti regimi di responsabilità in ordine alla prova dell'inadempimento o del fatto illecito, nonché di dimostrazione del nesso causale, sino a configurare come applicabile anche alla responsabilità *ex delicto* l'art. 2236 c.c.<sup>8</sup>; tendenza che induceva alcuni autori a discutere, relativamente alla responsabilità medica, di “un sottosistema” della responsabilità civile ovvero di una responsabilità “transtipica”, governata da regole operative di diritto vivente del tutto peculiari<sup>9</sup>.

L'assetto giurisprudenziale attuale e la conseguente attribuzione della natura contrattuale alla responsabilità del sanitario trae origine, come è noto, dalla pronuncia della Suprema Corte n. 589/1999<sup>10</sup>.

---

quale il Parlamento italiano ha voluto «limitare la responsabilità degli esercenti una professione sanitaria ed alleggerire la loro posizione processuale attraverso il richiamo all'art. 2043». Esprime tale limitazione, secondo l'Autore, anche il disposto dell'art. 3, comma 3, della legge Baduzzi, che ha introdotto un criterio che circoscrive l'entità del danno biologico risarcibile, attraverso il richiamo degli artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209/2005 (codice delle assicurazioni private).

<sup>5</sup> PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 22; GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 722; CAFAGGI, *Voce Responsabilità del professionista*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 213 ss.

<sup>6</sup> Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 297; Cass. 26 marzo 1990, n. 2428, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 600, con nota di CARUSI, *Responsabilità del medico, prestazione professionale di speciale difficoltà e danno alla persona*; Cass. 13 marzo 1998, n. 2750, in *Foro it.*, 1998, I, 3251.

<sup>7</sup> Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 953; Cass. 27 maggio 1993 n. 5939, in *Giust. civ., Mass.*, 1993, 933; Cass. 1° marzo 1988 n. 2144, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 604.

<sup>8</sup> App. Roma, 6 settembre 1983, in *Foro it.*, 1983, I, 2838; Cass. 18 novembre 1997, n. 11440, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 982; in dottrina, in tal senso, CATTANEO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1958, 81; in senso contrario, CASTRONOVO, *Tra contratto e torto, l'obbligazione senza prestazione*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, 480.

<sup>9</sup> DE MATTEIS, *La responsabilità medica: un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995; GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale o extracontrattuale o trans tipica?*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1003.

<sup>10</sup> In *Danno e resp.*, 1999, 294 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità medica come responsabilità da contatto*; in *Giust. civ.*, 1999, I, 999 ss.; GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica?*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 661 ss.; FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*; in *Giur. merito*, 1999, 1148 ss.; DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3332 ss.; DI CIOMPO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è*

Essa ha il merito di avere stigmatizzato il tipo di responsabilità attribuibile al sanitario dipendente – autore della condotta attiva o omissiva produttiva del danno subito dal paziente, riconducendola all’area della responsabilità da inadempimento, individuando, altresì, la sua fonte in un rapporto contrattuale di fatto o da “contatto sociale”<sup>11</sup>.

L’ordinanza che si annota ribadisce, in modo lapidario, che la responsabilità medica continua a rivestire natura contrattuale anche dopo l’introduzione della legge Balduzzi, allineandosi all’orientamento prevalente sia della giurisprudenza di merito<sup>12</sup> che di legittimità<sup>13</sup>; muovendo

---

*un’obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Corr. giur.*, 1999, 446 ss., con nota di DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 334 ss.; THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; in *Giur. it.*, 2000, 740 ss.; PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da contatto sociale*; in *I Contratti*, 1999, 1007 ss.; GUERINONI, *Obbligazione da “contatto sociale” e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in *I contratti*, 1999, 1007.

<sup>11</sup> L’idea di una situazione di contatto sociale che, a prescindere e ancora prima della sussistenza di un rapporto di tipo contrattuale tra le parti, costituisca di per sé la fonte di reciproci obblighi di correttezza, di avviso, di protezione ecc. deve farsi risalire all’intuizione di Jhering, che in uno scritto del secolo diciannovesimo creò la categoria della “*culpa in contrahendo*”. Per “contatto sociale” si vuole intendere la sussistenza di un rapporto contrattuale di fatto ossia un rapporto che nasce sul piano sociale e nella sua fase fisiologica e funzionale rimane sul piano di fatto ed in questa dovrebbe esaurirsi; Cass. 29 settembre 2004 n. 19564, in *Mass.*, 2005, 570; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488; in *www.nel diritto.it*; Cass. 18 aprile 2005, n. 7997, in *Corr. giur.*, 2006, 257, con nota di ROLFI, *Il nesso di causalità nell’illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*. In particolare, secondo tale consolidato indirizzo giurisprudenziale – ribadito anche nel 2008 dalle Sezioni Unite della Cassazione (sentenza 11 gennaio 2008, n. 577, in *www.dirittocivile.it*) – “in tema di responsabilità civile nell’attività medico-chirurgica, l’ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico proprio dipendente ed anche l’obbligazione di quest’ultimo nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul “contatto sociale”, ha natura contrattuale, atteso che ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (...)” (in tal senso, fra le altre, Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Corr. giur.*, 2006, 914, con nota di CARBONE, *Responsabilità medica*; Cass. 3 febbraio 2012, n. 1620, in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *www.ildiritto.it*).

<sup>12</sup> Trib. Monza, 26 ottobre 2000, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 580, con nota di GUERINONI, “*Vecchio e nuovo nella responsabilità del medico: un campionario di questioni e soluzioni*”; Trib. Milano, 6 febbraio 2002, in *Contratti*, 2002, con nota di GUERINONI, *Contatto sociale e nesso causale nella responsabilità del medico dipendente*; Trib. Milano, 18 novembre 2014, n. 13574, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 19 febbraio 2013, n. 13574, in *Altalex.it*; Trib. Cremona, 1 ottobre 2013, n. 593, in *www.Cassazione.it*, la quale osserva acutamente che l’art. 3 del d.l. n. 158/2012 rinvia non già all’art. 2043 c.c. nella sua interezza, ma solo all’«obbligo» di cui al medesimo articolo, ossia esclusivamente al risarcimento del danno; Trib. Rovereto, 29 dicembre 2013, in *Danno e resp.*, 2013, 378; Trib. Napoli, 22 luglio 2013, n. 9345, in *www.ilsole24ore.com*; Trib. Bologna, 20 maggio 2013, n. 1564, in *www.ilsole24ore.com*; Trib. Roma, 30 aprile 2013, n. 9239, tutte in *Il Sole 24 Ore, Mass. Repertorio Lex24*; Trib. Arezzo, 15 febbraio 2013, n. 196, in *Danno e resp.*, 2013, 368. Peculiare è l’orientamento del Tribunale di Brindisi (18 luglio 2014, in *www.Cassazione.net*), secondo cui in base al principio della cumulabilità dei rimedi il danneggiato può agire nei confronti del medico con l’azione extracontrattuale da sola o, in alternativa, a quella contrattuale da contatto sociale.

<sup>13</sup> A fugare ogni dubbio circa il tipo di responsabilità attribuibile al personale sanitario, ha contribuito la successiva giurisprudenza di legittimità la quale ha offerto una interpretazione della disposizione citata senz’altro più conforme ai principi dell’ordinamento giuridico vigente: infatti, tale indirizzo giurisprudenziale prevalente ha negato che discenda una configurazione di natura extracontrattuale della responsabilità del medico. In tale senso Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *www.dirittocivile.it*. L’orientamento giurisprudenziale dominante qualifica come contrattuale anche l’obbligazione del medico nei confronti del paziente. Il fondamento giuridico deve essere ravvisato, a seconda dei casi: nell’ipotesi di un rapporto proprio tra medico e paziente, nel contratto



dall'analisi letterale del testo normativo, ne individua la ratio nell'intento di escludere la responsabilità penale del sanitario che sia incorso in colpa lieve, pur attenendosi alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. Il secondo periodo della disposizione sarebbe riferito a tale specifica ipotesi, e chiarisce che l'esclusione della responsabilità penale non fa tuttavia venir meno l'obbligo di risarcire il danno (in ciò sostanziandosi l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.), nella cui quantificazione il giudice dovrà tenere conto dell'avvenuto rispetto delle linee guida e buone pratiche. Anche la dottrina maggioritaria,<sup>14</sup> e, ad avviso di chi scrive, preferibile, ha osservato che il legislatore, nel riferirsi all'«obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile», abbia operato sull'effetto (l'obbligo risarcitorio) e non sulla fattispecie, ossia sulla natura della responsabilità.

È, tuttavia, imminente un nuovo intervento legislativo che, a quanto è dato desumere dai lavori preparatori, dovrebbe ricondurre inequivocabilmente la responsabilità del medico dipendente all'illecito aquiliano<sup>15</sup>.

---

specifico intercorso tra i due (es. ambulatorio privato), il quale assumerà, a seconda dei contenuti, la configurazione di un contratto di prestazione d'opera professionale, di un contratto complesso, ecc.; nell'ipotesi, invece, di un rapporto tra il medico e paziente che trovi la propria occasione nel “contratto di ospedalità” intercorso tra un paziente ed una struttura sanitaria, in virtù del quale il medico (dipendente o comunque incardinato nell'ente) esegua la prestazione sanitaria; il fondamento della responsabilità del medico nei confronti del paziente viene individuato nel c.d. contatto sociale. Nella sentenza n. 8826/2007, la Suprema Corte precisa che il c.d. “contatto sociale” costituisce fonte di un rapporto (contrattuale) avente ad oggetto una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto “contatto”, e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi. In una prima decisione la Suprema Corte (all'uopo cfr. Cass. 19 febbraio 2013 n. 4030, in *www.persona edanno.it*). (in un “obiter”) ha affermato che “(...) la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate (...) anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale”, richiamando quale “punto fermo, ai fini della nomofilachia, gli arresti delle sentenze delle Sezioni Unite n. 26973/2008 (...)”. In tale sentenza non sono fornite indicazioni interpretative del secondo inciso dell'art. 3, comma 1, legge n. 189/2012, che invece si rinvengono nella successiva pronuncia della Cassazione del 17 aprile 2014, n. 8940 così massimata: “l'art. 3, comma 1, d.l. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, nel prevedere che “l' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”, fermo restando, in tali casi, “l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile”, non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in tale ambito, l'irrelevanza della colpa lieve”; (all'uopo cfr. Cass. 10 gennaio 2013, n. 4030, in *www.ilcaso.it*; Cass. 17 aprile 2014 n. 8940; in *www.ilcaso.it*; Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2532; Cass. 29 settembre 2004, n. 19564, in *www.Altalex.it*; Cass. 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.*, 2005, 23; Cass. 19 aprile 2006, n. 9085, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4; Cass. 17 aprile 2014, n. 8940, in *www.ilcaso.it*, la quale con un'articolata motivazione, conclude che «alla norma (art. 3, comma 1, legge n. 189/2012) nessun rilievo può attribuirsi che induca al superamento dell'orientamento tradizionale sulla responsabilità medica da contatto»; Cass. 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al dir.*, 2013, 17, 25.

<sup>14</sup> Cfr. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 356; BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impr.*, 2014, 3, 786; CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit., 378; SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della legge n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1988, ss.

<sup>15</sup> La Commissione Consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità

3. – La ricostruzione della responsabilità del medico in termini di responsabilità “contrattuale” ex art. 1218 c.c. implica, come logico corollario, l’applicazione del termine di prescrizione decennale<sup>16</sup>, del conseguente regime dei danni risarcibili e, soprattutto, della relativa disciplina in tema di riparto dell’onere della prova fra le parti.

---

professionale degli esercenti le professioni sanitarie, istituita con decreto del Ministro della salute 26 marzo 2015, e presieduta dal prof. Guido Alpa, ha concluso i lavori il 30 luglio u.s. Si è già evidenziato come, attualmente, la giurisprudenza della Cassazione attribuisca al rapporto tra medico e paziente natura di rapporto contrattuale con la conseguenza che il medico risponde nei confronti del paziente per inadempimento contrattuale, prescrizione dell’azione fissata in dieci anni, ed inversione dell’onere della prova (non è il paziente che deve dimostrare la colpa del medico, ma il medico che ha l’onere di provare in giudizio di aver agito senza colpa).

La Commissione ministeriale, al fine, tra l’altro, di scongiurare fenomeni di giudizi temerari, propone di distinguere tra medico dipendente di una struttura sanitaria e medico libero professionista.

Per il medico dipendente di una struttura sanitaria (ospedale o casa di cura, pubblica o privata) e per quello convenzionato la responsabilità professionale sarà nuovamente di natura extracontrattuale (art. 2043 c.c.), mentre per il medico libero professionista sarà di natura contrattuale. Per i medici dipendenti e convenzionati l’azione risarcitoria si prescriverà pertanto in 5 anni (non in 10) e l’onere della prova della colpa graverà, conseguentemente, sul paziente.

– Saranno introdotti limiti all’azione di rivalsa da parte della struttura sul medico dipendente e nello stesso tempo si rivedrà il rapporto tra l’azione di rivalsa stessa ed il giudizio erariale della Corte dei conti, prevedendo che l’attivazione di quest’ultimo inibisca la prosecuzione della prima. Per quel che riguarda la responsabilità penale del medico:

– Si propone, inoltre, una fattispecie autonoma di lesioni ed omicidio colposo per i professionisti sanitari, che risponderebbero penalmente solo per colpa grave e dolo. In tale contesto si prevede una specifica definizione di colpa grave.

– Si propone, altresì, una revisione delle norme del codice di procedura civile e del codice di procedura penale, nonché delle relative disposizioni di attuazione, in ordine alle consulenze tecniche nelle controversie civili e penali in materia di responsabilità professionale sanitaria. Si introdurrà un Albo di superperiti al quale i giudici dovranno attingere per le C.T.

Per quel che riguarda l’assicurazione e la gestione del rischio clinico:

– Si rafforzerà il sistema che prevede l’obbligatorietà dell’assicurazione delle strutture ospedaliere pubbliche, delle strutture sanitarie private e degli operatori sanitari.

– Si introdurrà nell’ambito dei giudizi di risarcimento del danno derivante da malpractice, la previsione di un accertamento tecnico preventivo e di una conciliazione preventiva obbligatoria. In sintesi, il paziente che intenda fare causa ad un medico dovrà obbligatoriamente attivare un procedimento in contraddittorio per l’espletamento di una perizia e soltanto all’esito di tale procedimento (e se la perizia sancirà la colpa del medico) potrà proporre azione risarcitoria. È evidente che qualora l’accertamento tecnico preventivo non sancirà la colpa medica, il paziente non proporrà alcuna azione legale. Ne conseguirà un effetto deflattivo importante per i contenziosi giurisdizionali.

<sup>16</sup> Termine che, secondo l’orientamento ormai costante della Giurisprudenza, comincia a decorrere dal momento in cui il danno alla salute si manifesta, o comunque il paziente è in grado di rendersene conto. Con riferimento alla rilevanza degli stati soggettivi del danneggiato e della effettiva conoscenza o conoscibilità che questi abbia di tutte le circostanze rilevanti ai fini della promozione di un’azione di risarcimento del danno cfr. Cass. 11 gennaio 2008, n. 581, in *Danno e resp.*, 2009, 667, con nota di OLIARI, “Debito di sangue”: *Danno da emotrasfusione e prescrizione*, ove si fissò il principio in virtù del quale «Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma dell’art. 2935 c.c., e dell’art. 2947 c.c., comma 1, non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all’esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l’ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche». Già dalla fine del secolo scorso tale indirizzo interpretativo, affermato da tempo in materia di responsabilità aquiliana, (all’uopo, cfr. Cass. 6 febbraio 1982, n. 682, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2782 ss., ove è detto che il termine di prescrizione inizia a decorrere nel momento in cui il danneggiato «abbia avuto rea-



La Suprema Corte, facendo applicazione anche in tema di colpa medica dei principi fissati, in tema di prova dell'inadempimento, dal celeberrimo, e spesso criticato, arresto delle Sezioni Unite 30 ottobre 2001, n. 13533<sup>17</sup>, ha fissato, con una storica sentenza,<sup>18</sup> i principi dell'onere della prova valevoli sia per la responsabilità della struttura che per quella del sanitario nel senso che qualora il paziente (creditore della prestazione) allegghi l'inesattezza dell'adempimento del medico e/o della struttura alle loro obbligazioni contrattuali adducendo un aggravamento della

---

le e concreta percezione dell'esistenza e della gravità del danno stesso e della sua addebitabilità ad un determinato terzo») aveva iniziato ad affermarsi anche in tema di responsabilità contrattuale (cfr. Trib. Milano, 19 dicembre 2006, in *Società*, 2008, 333, con nota di SPORTA CAPUTI, *Amministratori e sindaci di s.p.a.: responsabilità e dies a quo della prescrizione dell'azione*) e di responsabilità professionale in particolare (cfr. Cass. 29 agosto 1995, n. 9060, in *Contratti*, 1996, 116 ss., con nota critica di VAGLIA, *Prescrizione dell'azione di risarcimento del danno: Il dies a quo*).

<sup>17</sup> Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001 n. 13533, in *Guida al diritto*, 2001, n. 45, 41 ss., con commento di SACCHETTINI, *Il creditore che propone l'azione giudiziaria non deve provare l'inadempimento del debitore*; in *Corr. giur.*, 2001, 1569; MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contratti*, 2002, 113 ss.; CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; in *Foro it.*, 2002, I, 769 ss.; LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 349; MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*. Cfr. altresì i commenti di VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 707 ss.; TUOZZO, *Inadempimento ed onere della prova. Intervengono, finalmente, le Sezioni Unite*, in *Contr. e impr.*, 2002, 547 ss.; RIVA, *Le Sezioni Unite in materia di prova dell'inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 323 ss.; BARBIERA, *Ripartizione degli oneri probatori nelle obbligazioni contrattuali*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005, I, 79 ss.; PAGLIANTINI, *Gli arcani confini di un idola fori: l'onere della prova nella risoluzione del contratto*, *ivi*, II, 353 ss.; VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, *ivi*, II, 821 ss. la quale osserva come in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, "limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione"); nella motivazione della sentenza la Cassazione ha ricordato l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza in tema di prescrizione dell'azione in oggetto, dal momento in cui (Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, 880) fu spostato il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione "dal verificarsi del fatto all'esteriorizzazione del danno", con la conseguenza che il limite della prescrizione divenne "mobile".

<sup>18</sup> Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 871 ss., con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, 1002; GAZZARA, *Le Sezioni Unite "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*. La sentenza è altresì pubblicata in *Resp. civ. prev.*, 2008, 849, con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*. Successive sentenze della Cassazione (n. 5701/1999, n. 9927/2000 e n. 12666/2003) hanno poi specificato che il danno si manifesta all'esterno quando diviene "oggettivamente percepibile e riconoscibile", anche in relazione alla sua "rilevanza giuridica": in tal senso la Suprema Corte (cfr. sentenze n. 2645/2003, n. 12287/2004 e n. 10493/2006, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)) ha affermato che il termine di prescrizione ex art. 2947, comma 1, c.c. decorre "dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche".

patologia preesistente ovvero l'insorgenza di una nuova patologia per l'inesatto adempimento di controparte alle proprie obbligazioni, compete ai debitori della prestazione (medico e struttura) fornire in giudizio gli elementi idonei ad escludere, eventualmente, l'influenza del proprio comportamento nella produzione del danno lamentato.

In sostanza, la prova del nesso causale tra l'azione o l'omissione del medico e il danno lamentato dal paziente non compete più a quest'ultimo, come affermato dalla precedente giurisprudenza della Cassazione<sup>19</sup>, ma spetta al debitore della prestazione dimostrare che l'inadempimento, pur esistente, non è eziologicamente rilevante nella fattispecie.

Al paziente compete, invece, solo allegare che il danno subito è stato la conseguenza di un inadempimento "qualificato" di controparte, cioè astrattamente idoneo alla produzione del danno lamentato.

Nella sede penale, il giudicante – secondo i principi garantistici che governano la responsabilità da reato – ha l'onere di verificare se la condotta del medico sia stata condizione necessaria dell'evento lesivo con alto o elevato grado di credibilità razionale «al di là di ogni ragionevole dubbio». In altri termini, vi è responsabilità penale solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa, l'evento, quasi certamente, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente successiva o con minore intensità lesiva<sup>20</sup>.

4. – Nel caso in esame la ribadita natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente non spiega influenza sul punto decisivo della controversia, apparendo piuttosto riaffermata a titolo di *obiter dictum*, essendo comunque da escludersi che essa possa trovare origine in un contratto e dunque possa legittimare il ricorso al foro del consumatore.

---

<sup>19</sup> Cfr., da ultimo, le pronunce della Suprema Corte n. 12362/2006, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); n. 22894/2005, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com); e n. 10297/04, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). La Suprema Corte, negli anni recenti, ha affermato a più riprese che «in tema di responsabilità dell'ente ospedaliero per inesatto adempimento della prestazione sanitaria, inquadrabile nella responsabilità contrattuale, è a carico del danneggiato la prova dell'esistenza del contratto e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie), nonché del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, restando a carico di questi ultimi la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti siano stati determinati da un evento impreveduto ed imprevedibile» *Ex multis*, Cass. 16 gennaio 2009, n. 975 in *Resp. civ. prev.*, 2010, 375; Cass. 2 febbraio 2010 n. 2354; in [www.Altalex.com](http://www.Altalex.com); Cass. 10 maggio 2009, n. 10743, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it); Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, in [www.Altalex.com](http://www.Altalex.com); Cass. 23 settembre 2004, n. 19133; in [www.Altalex.com](http://www.Altalex.com). In dottrina cfr. CARINGELLA-BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2010.

<sup>20</sup> Cass. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, II, 601, con nota di DI GIOVINE, la quale ha stabilito il criterio di "probabilità logica" come strumento per l'affermazione della esistenza del nesso causale e ha definitivamente sancito il principio "dell'al di là di ogni ragionevole dubbio" come standard probatorio richiesto in ambito penale, sempre rispetto al tema della dimostrazione del rapporto causale; cfr., inoltre, Cass. pen., 27 febbraio 2014, n. 9695, in [www.Altalex.com](http://www.Altalex.com); Cass. pen., 28 novembre 2014, n. 49654, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it); Cass. pen., 21 ottobre 2015, n. 34296, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), la quale evidenzia come il semplice errore del medico non lo renda responsabile del danno cagionato al paziente poiché occorre che sussista un "nesso causale fra la sua condotta e l'evento dannoso".

## JUS CIVILE



Ciò che rileva a tali fini è invece la qualificazione del rapporto tra paziente e struttura sanitaria, in questo caso pubblica, ove il paziente ha scelto di essere curato, in un luogo diverso da quello di sua abituale residenza.

Secondo l'insegnamento consolidato della giurisprudenza<sup>21</sup> e della dottrina<sup>22</sup>, il rapporto che lega la struttura sanitaria<sup>23</sup> al paziente ha fonte in un contratto obbligatorio atipico (c.d. contratto di "spedalità" o di "assistenza sanitaria") che si perfeziona anche sulla base di meri fatti concludenti – consistenti nell'accettazione del malato presso la struttura<sup>24</sup> – e che ha ad oggetto l'obbligo della struttura di adempiere sia alla prestazioni principali di carattere strettamente sanitario sia a prestazioni secondarie ed accessorie (fra cui prestare assistenza al malato, fornire vitto e alloggio in caso di ricovero, ecc.).

Tale prospettazione, che valorizza il profilo del consenso del paziente al trattamento sanitario, oltre che il momento della scelta della struttura cui può rivolgersi, si configura come maggiormente aderente alla realtà del rapporto<sup>25</sup>, avvalorando la tesi della giurisprudenza<sup>26</sup> secondo

---

<sup>21</sup> Cass. 1 luglio 2002, n. 9556 e Cass. 11 gennaio 2008, n. 577 in *Altalex.com*; Trib. Verona, 15 ottobre 1990, Trib. Varese, 16 giugno 2003, in *Danno e resp.*, 2004, 891 con nota di AMATO, *La responsabilità della casa di cura ovvero: della la gestione negligente del "dono dello spirito maligno"*

<sup>22</sup> VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 237; IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 3.

<sup>23</sup> Per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi, ed anche nella giurisprudenza si riscontra una equiparazione completa della struttura privata a quella pubblica quanto al regime della responsabilità civile. Ciò anche in considerazione del fatto che si tratta di violazioni che incidono sul bene della salute, tutelato quale diritto fondamentale dalla Costituzione, senza possibilità di limitazioni di responsabilità o differenze risarcitorie a seconda della diversa natura, pubblica o privata, della struttura sanitaria. In tal senso Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, cit. Anche in ragione di quel particolare contatto a cui il paziente si espone nei confronti del medico (e di cui parla, con orientamento consolidato, la giurisprudenza a partire dalla storica Cass. n. 589/1999), la struttura ospedaliera risponde *ex contractu*, in forza del disposto dell'art. 1228 c.c. (relativo, come noto, alla responsabilità per fatto dell'ausiliario e del preposto), per l'attività posta in essere – e per l'effetto per i danni cagionati – dai propri dipendenti. Tale assunto è stato suggellato anche da Cass. 11 gennaio 2008, n. 577 (in *Resp. civ. prev.*, 2008, con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, cit.), che, *expressis verbis*, statuisce come «Questa Corte ha costantemente inquadrato la responsabilità della struttura sanitaria nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto [...]».

<sup>24</sup> Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *www.ilsole24ore.it*. È ormai pacifico nella giurisprudenza civile che l'accettazione del paziente in ospedale comporta la conclusione di un contratto tra il paziente stesso e l'Ente ospedaliero (si veda da ultimo Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *www.dirittosanitario.net*; Cass. 27 luglio 2004, n. 10297, in *www.diritto 2000.it*; Cass. 13 ottobre 2003, n. 1131, in *www.Altalex.it*). In particolare, alla fine degli anni '70, la giurisprudenza individuava in tali casi un contratto d'opera professionale poiché l'Ente ospedaliero "assume a proprio carico, nei confronti del paziente, l'obbligazione di svolgere l'attività diagnostica e la conseguente attività terapeutica in relazione alla specifica situazione del paziente preso in cura" (Cass. 24 marzo 1979, n. 1716, in *Giust. civ.*, 1979, 1440). La giurisprudenza successiva (vedasi per tutte Cass. 1 marzo 1988, n. 2144, in *Foro it.*, I, 2296) precisava inoltre che l'esistenza di un contratto d'opera professionale tra paziente ed Ente ospedaliero sussiste in ragione della similarità con la prestazione resa al prestatore d'opera professionale, nella cui disciplina ricade per analogia.

<sup>25</sup> GAZZARA, *Danno alla persona da contratto sociale, responsabilità ed assicurazione*, cit., 86.

cui sono applicabili, in via analogica, al rapporto con la struttura le norme in materia di contratto d'opera professionale.

Ne deriva che la responsabilità risarcitoria della struttura sanitaria, per l'inadempimento e/o per l'inesatto adempimento delle prestazioni richieste in base al contratto di ospedalità, va inquadrata nella responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* e nessun rilievo, a tal fine assume, la circostanza che la struttura (sia essa un ente pubblico o un soggetto di diritto privato) – per assicurare l'adempimento delle sue prestazioni – si avvalga dell'opera di suoi dipendenti o di suoi collaboratori esterni e che la condotta dannosa sia materialmente tenuta da uno di questi soggetti. Infatti, a norma dell'art. 1228 c.c., il debitore che per adempiere si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro<sup>27</sup>.

Dal momento che in capo alla struttura grava un obbligo di cura e di assistenza autonomamente configurabile, la relativa responsabilità si può configurare anche a prescindere da una condotta colposa dei singoli medici, laddove l'inadempimento sia correlato ad una carenza strutturale ovvero ad un difetto di organizzazione della struttura medesima<sup>28</sup>.

La responsabilità risarcitoria della struttura sanitaria come responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 c.c.* non muterebbe natura qualora si volesse invece ritenere che per le strutture (pubbliche o private convenzionate) inserite nel S.S.N. l'obbligo di adempiere le prestazioni di cura e di assistenza derivi direttamente dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario (legge n. 833/1978).

In tale prospettiva il rapporto che lega la struttura pubblica e paziente andrebbe qualificato in termini di "obbligazione *ex lege*"<sup>29</sup> che troverebbe la sua fonte nella legge n. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale. Da tale assunto conseguirebbe che al solo rapporto intercorrente

---

<sup>26</sup> *Ex plurimis*, Cass. 27 maggio 1993, n. 5939, riportata in DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

<sup>27</sup> Una recente pronuncia della Suprema Corte (27 marzo 2015, n. 6243), con una interpretazione innovativa che si basa su una attenta lettura della normativa istitutiva delle ASL, ha affermato la responsabilità in solido della ASL stessa *ex art. 1218 c.c.* per errore compiuto da medico con essa convenzionato (medico di base), ribaltando un precedente indirizzo (cfr. Cass. pen. 23 settembre 2008, n. 36502; Cass. pen. 16 aprile 2003, n. 34460, in *www.Altalex.it*) in forza del quale gli obblighi assunti dalla ASL nei confronti del cittadino fossero meramente di natura organizzativa, non avendo ad oggetto la prestazione professionale gravante, *ex adverso*, esclusivamente sul medico generico.

<sup>28</sup> Trib. Monza, 7 giugno 1995 e Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 389, con nota di TOSCANO, *Un nuovo passo verso il riconoscimento del difetto di organizzazione dell'ente ospedaliero come autonoma fonte di responsabilità?*. Alcuni autori respingono, tuttavia la teoria che vuole uniformare i regimi di responsabilità tra struttura pubblica e privata e tra medici rispettivamente operanti nelle prime e nelle seconde" la quale innesca evidenti forzature piegando i comuni principi in tema di responsabilità civile in genere e di responsabilità contrattuale in particolare ad esigenze di sicurezza sociale". In tal senso, GAZZARA, *Danno alla persona da contratto sociale, responsabilità ed assicurazione*, cit., 89.

<sup>29</sup> Cass. 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, 1629, con nota di MAZZIA, "Furto" di neonate e responsabilità civile dell'ospedale; BERTOCCHI, *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del medico libero professionista*, in *La responsabilità medica, la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale oggettive del medico e degli enti sanitari*, a cura di RUFFOLO, Milano, 2004, 104; GORGONI, *Disfunzioni tecniche e di organizzazione sanitaria e professionale medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999.



fra paziente e casa di cura privata dovrebbe essere attribuito natura squisitamente negoziale.

Se la diversa prospettazione del rapporto paziente struttura pubblica non spiega incidenza sulla natura e dunque sul regime della responsabilità, risulterebbe invece decisiva per escludere l'applicabilità del foro del consumatore che postula l'esistenza di un rapporto *strictu sensu* contrattuale<sup>30</sup>.

5. – Venendo, infine, al profilo saliente e anche per certi versi più innovativo della pronuncia in commento, quello relativo alla applicabilità, nel caso di specie, del foro esclusivo del consumatore, l'ordinanza si richiama espressamente ad un precedente di legittimità di qualche anno orsono<sup>31</sup> il quale ebbe a negare che la disciplina di cui all'art. 33, comma 2, lett. u), d.lgs. 7 settembre 2005, n. 206 fosse applicabile ai rapporti tra pazienti e strutture ospedaliere pubbliche o private operanti in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale. Questa esclusione si fonda su tre ordini di ragioni: in primis, si sostiene che, essendo l'organizzazione sanitaria imperniata sul principio di territorialità, l'assistito può rivolgersi a qualsiasi azienda sanitaria presente sul territorio nazionale, sicché se il rapporto si è svolto al di fuori del luogo di residenza del paziente tale circostanza è frutto di una sua libera scelta, che fa venir meno la ratio dell'art. 33 Cod. cons.; tale argomentazione non sembra tuttavia convincente, giacché sembra

---

<sup>30</sup> È proprio in virtù di tale ragionamento che, come si vedrà di qui a un attimo, la Giurisprudenza di legittimità ha negato l'applicabilità del foro del consumatore al rapporto tra paziente e struttura pubblica.

<sup>31</sup> Cass. 2 aprile 2009, n. 8093, in *La resp. civile*, 2009, con nota di NARDI, *Il foro competente per la lite tra struttura sanitaria pubblica e paziente*, 918, la quale osserva quanto segue.: il rapporto fra il cittadino-utente che si rivolga alla struttura sanitaria pubblica per ottenere una prestazione, se del caso ospedaliera, o ad una struttura convenzionata in totale esenzione o previo pagamento di ticket, non si può qualificare come contratto – trattandosi soltanto dell'adempimento di un dovere di prestazione direttamente discendente dalla legge, automaticamente attivato dalla richiesta del cittadino-utente – stante l'assenza del presupposto per l'applicabilità dell'art. 33, lett. u), Cod. cons. Mancando, pertanto, il contratto non si può giustificare l'applicazione del foro del consumatore, la cui applicazione presuppone l'esistenza di un contratto. Il cittadino che chiede una prestazione in esenzione o con ticket al Servizio Sanitario Nazionale esercita in sostanza un diritto soggettivo pubblico riconosciutogli direttamente dalla legge e che la legge stessa prevede debba essere soddisfatto a richiesta dall'organizzazione del Servizio Sanitario Nazionale o direttamente o attraverso le strutture in convenzione, imponendo essa stessa la relativa prestazione. Il rapporto che si instaura con la struttura sanitaria pubblica o convenzionata rappresenta l'attuazione (che ha titolo direttamente nella legge) di questo obbligo di prestazione e non suppone la stipula, nemmeno tacita, di un contratto; in senso analogo; la portata innovativa della pronuncia de qua è individuabile nell'avere operato una distinzione essenziale fra utente-paziente che chiede l'erogazione di un servizio al Servizio Sanitario Nazionale pubblico e l'utente che chieda la fruizione di eventuali prestazioni aggiuntive poste direttamente a proprio carico e non del Servizio Sanitario Nazionale. Solo in questa ultima ipotesi è applicabile l'art. 33, lett. U in quanto nel rapporto, necessariamente da considerarsi su base unitaria, l'azienda si è posta direttamente nei confronti dell'utente come "professionista": nella ordinanza de qua la Suprema Corte ha ribadito che la disciplina concernente il foro del luogo di residenza del consumatore, è inapplicabile ai rapporti tra pazienti e strutture ospedaliere pubbliche o private operanti in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale: sia perché, pur essendo l'organizzazione sanitaria imperniata sul principio di territorialità, l'assistito può rivolgersi a qualsiasi azienda sanitaria presente sul territorio nazionale, sicché se il rapporto si è svolto al di fuori del luogo di residenza del paziente tale circostanza è frutto di una sua libera scelta; sia perché la struttura sanitaria non opera per fini di profitto, e non può quindi essere qualificata come imprenditore o professionista.

non tenere conto della circostanza che il ricovero presso una struttura lontana dal luogo di residenza del paziente in molti casi non è affatto frutto di una libera scelta ma dettata dalla necessità o dal caso. Si pensi all'ipotesi di chi vittima di un incidente, o magari di un attacco cardiaco, lontano da casa, viene ad essere trasportato d'urgenza nella struttura sanitaria più vicina, oppure si pensi a quei casi in cui la gravità o la particolare tipologia di patologia richiede l'intervento di medici altamente specializzati ovvero il supporto di centri di eccellenza lontani dal luogo di residenza.

Il secondo argomento addotto a fondamento dell'esclusione del foro del consumatore consiste nel negare alla struttura ospedaliera pubblica o convenzionata la qualifica di professionista sul presupposto che, pur essendo, allo stato, la ASL sostanzialmente – e da un punto di vista pratico – assimilabile ad un privato, poiché viene gestita, o dovrebbe esserlo, con criteri manageriali, quando essa eroga una prestazione, non agisce nell'esercizio di un'impresa commerciale od imprenditoriale, per cui lo svolgimento di tali prestazioni deve avvenire senza il necessario rispetto del principio dell'economicità, atteso che comunque l'erogazione deve essere assicurata anche quando questa comporti delle perdite. L'azienda sanitaria pubblica, dunque, non agisce come un "professionista" alla stregua della nozione fissata dall'art. 3, lett. c) del codice<sup>32</sup>.

Anche tale argomentazione non appare decisiva.

Non sembra, invero, condivisibile l'affermazione secondo cui la mancanza del requisito della economicità impedirebbe di inquadrare la struttura sanitaria pubblica e convenzionata nell'ambito della nozione di professionista poiché secondo il Codice del consumo il professionista non è solo l'imprenditore ma anche più in generale il soggetto professionale che si qualificherebbe per lo svolgimento di un'attività di prestazione di servizi caratterizzata da un elevato livello di competenza e dal carattere stabile e non occasionale. In questa ottica il rispetto del criterio della economicità non risulterebbe essenziale, anche se evidentemente il soggetto dovrebbe tendere al perseguimento del pareggio tra profitti e perdite se non, addirittura, al conseguimento di utili<sup>33</sup>.

Ed è opportuno sottolineare come, nel nostro ordinamento e nel contesto economico-sociale attuale, anche un'azienda ospedaliera pubblica deve orientarsi opportunamente secondo una logica quasi interamente imprenditoriale perseguendo l'obiettivo del pareggio del bilancio e pre-

---

<sup>32</sup> In tal senso, *ex plurimis*, cfr. Cass. 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, 1629 ss.

<sup>33</sup> È noto come qualsiasi struttura sanitaria, sia essa privata o convenzionata, utilizzi, nell'esercizio della propria attività professionale, beni mobili, immobili, macchinari spesso tecnicamente altamente all'avanguardia che vengono forniti direttamente dalla ASL e non certamente dal paziente che ne è ultimo fruitore; la azienda ospedaliera pubblica, responsabile, inoltre, per deficit organizzativo e gestionale *ex art.* 1218 c.c., è dotata di un rigido modello organizzativo equipollente a quello puramente aziendale atteso che impone ai propri dipendenti orari di lavoro, mansioni, presenza costante nei luoghi di pertinenza dell'azienda sanitaria, e li assoggetta al potere direzionale di un direttore sanitario nonché ad un certo controllo e ad un coordinamento delle abilità spesso talmente forte e invasivo da potere irrogare licenziamenti dei propri dipendenti ove ne ricorrano gli estremi e i presupposti di legge.

Inoltre la struttura sanitaria, come qualsiasi azienda, deve salvaguardare la sicurezza nell'ambiente di lavoro, il buon funzionamento delle attrezzature e degli strumenti utilizzati per la cura, la custodia e la protezione degli assistiti.

## JUS CIVILE



stando adeguata attenzione al rispetto delle finalità produttive che sembrano stigmatizzare ormai tutta la moderna pubblica amministrazione specie laddove essa eroghi pubblici servizi<sup>34</sup>.

Quanto, poi, alla struttura convenzionata è del tutto pacifico che essa persegua essenzialmente un fine di lucro, e debba dunque qualificarsi come un soggetto imprenditoriale, pur offrendo le proprie prestazioni in un regime economico “concordato” e ricevendo il corrispettivo della prestazione erogata non già dai pazienti bensì dalla ASL.

Ma vi è di più: la stessa affermazione della Suprema Corte<sup>35</sup> determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra struttura sanitaria pubblica e convenzionata da un lato e quelle private dall’altro, in quanto solo queste ultime potrebbero rivestire la qualifica di “professionista” contemplata nel Codice del consumo, con illogica esclusione di tale attribuzione solo all’azienda sanitaria pubblica e quella convenzionata<sup>36</sup>.

E, d’altro canto, è la stessa Suprema Corte ad affermare che la “questione non pare poter essere risolta sulla base delle definizioni offerte dall’art. 3 Cod. cons., che non sono decisive”.

Il terzo e più significativo motivo di esclusione della disciplina consumeristica consiste, secondo il richiamato orientamento di legittimità, nel negare alla radice l’esistenza di un contratto.

Secondo tale impostazione, quando il cittadino-utente si rivolge alla struttura sanitaria pubblica o in convenzione, la ricezione della sua richiesta, e la conseguente attivazione della struttura, non danno luogo alla conclusione, nemmeno per fatto concludente, di un contratto, ma realizzano soltanto l’attuazione dell’obbligazione della struttura pubblica di fornire il servizio richiesto da un utente. Nella specie, si tratterebbe dell’obbligo derivante dall’art. 32 Cost. I comma e dall’art. 1 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (istitutiva del Ssn) in forza dei quali grava sulle strutture pubbliche sanitarie la tutela della salute come fondamentale diritto dell’uomo<sup>37</sup>.

Sembra superfluo osservare come tale impostazione rinneghi e capovolga un orientamento ampiamente consolidato che qualificava il rapporto fra paziente e struttura sanitaria come contratto atipico di “spedalità”<sup>38</sup>, il quale comprenderebbe accanto agli obblighi di cura e di assi-

---

<sup>34</sup> BERTINO, *Ente pubblico non economico e la qualifica di professionista ai sensi dell’art. 1469 bis cod. civ.*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 1091 ss.

<sup>35</sup> Cass. 2 aprile 2009, n. 8093, cit., la quale continua a parlare di diritto soggettivo pubblico, negando la qualifica di professionista all’azienda sanitaria pubblica.

<sup>36</sup> Trib. Torino, 8 maggio 2003, n. 3816.

<sup>37</sup> in tal senso, *ex plurimis*, cfr. Cass. 4 agosto 1987, n. 6707, in *Foro it.*, 1988, I, 1629 ss.

<sup>38</sup> In più recenti sentenze si è parlato, dunque, di un contratto atipico di “spedalità” o di “prestazione di assistenza sanitaria”. Secondo tale ricostruzione il rapporto che si instaura tra paziente ed Ente ospedaliero ha fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell’obbligazione al pagamento del corrispettivo sorgono a carico dell’ente (pubblico o privato), accanto a quelli di tipo “lato sensu” alberghieri, obblighi di messa a disposizione del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell’apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze. La responsabilità dell’Ente nei confronti del paziente ha perciò natura contrattuale, e può conseguire, ai sensi dell’art. 1218 c.c., all’inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, ai sensi dell’art. 1228 c.c., all’inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato. In tali casi sussiste un collegamento tra la prestazione da costui effettuata e la sua organizzazione aziendale, non rilevando in con-

stenza medico-infermieristica, una serie di servizi accessori o strumentali alla prestazione principale sintetizzabili e riconducibili ad un concetto generale di “buona amministrazione”<sup>39</sup>.

I primi due argomenti citati sono stati poi ripresi pedissequamente dalla Giurisprudenza di legittimità<sup>40</sup> e da quella di merito<sup>41</sup>, nella quale ultima pure è dato rinvenire qualche voce dissenziente<sup>42</sup>.

---

trario al riguardo la circostanza che il sanitario risulti essere anche “di fiducia” dello stesso paziente, o comunque dal medesimo scelto (Cass. 14 luglio 2004, n. 13066, in *Giust. civ. Mass.*, 2004; Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *www.dirittosanitario.net*, cit.). Per tali motivi, allorché il danno o la lesione vengano cagionati all’interno della struttura sanitaria, più che di responsabilità medica deve parlarsi di responsabilità sanitaria, per il coinvolgimento di soggetti anche diversi dai medici. Sussiste la responsabilità della struttura sanitaria anche se l’inadempimento è stato cagionato dal comportamento del medico operante nella struttura, senza alcuna imputazione a carico della stessa, in quanto il medico deve essere considerato quale ausiliario necessario, sia in presenza che in assenza di un rapporto di lavoro subordinato. Sulla scorta di tale ricostruzione, ormai consolidata in giurisprudenza, vi è chi ha sostenuto che, poiché oggetto della obbligazione dell’Ente ospedaliero non è solo la prestazione del medico, ma una prestazione complessa definita di “assistenza sanitaria”, fondata sul contratto atipico individuato in base allo schema della “locatio operis”, la responsabilità per tale tipo di obbligazioni “latu sensu” alberghiere sia in realtà una obbligazione di risultato; in tal senso Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ.*, 2008, 397, con nota di CALVO, *Diritti del paziente onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, 2; Cass. 1° luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2195; Cass. 14 luglio 2002, n. 13066, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 1362; Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Giust. civ., Mass.*, 2008, 10; Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Giust. civ., Mass.*, 2007, 7; tra la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano, 26 giugno 2008, in *Giust. civ.*, 2008, 63; Trib. Marsala, 20 febbraio 2008, in *Giur. di merito*, 2009, 382; Trib. Milano, 10 settembre 2007, in *Foro padano*, 2007, 546; Trib. Venezia, 13 dicembre 2004, in *Corr. mer.*, 2005, 407 ss.

<sup>39</sup> In dottrina cfr. PARTISANI, *Il contratto atipico di ospedalità e cura: nuove regole di responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2007, 1028; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, il quale, nel valorizzare il ruolo di buona fede nella attuazione del contratto di ospedalità, ritiene configurabile fra gli oneri accessori posti a carico della struttura quello di fornire al paziente la sicurezza di uno standard organizzativo definito “tollerabile” atteso che il difetto organizzativo potrà definirsi intollerabile qualora abbia superato il livello oltre il quale può ritenersi violato il parametro di buona fede che governa il rapporto contrattuale; Cass. 1° luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, n. 2195, con nota di GIACOBBE, *Sulla responsabilità della casa di cura e sul danno morale risarcibile ai congiunti della vittima*, la quale osserva come il complesso ed atipico rapporto che si instaura tra la casa di cura e il paziente, anche nell’ipotesi in cui quest’ultimo scelga al di fuori della struttura sanitaria il medico curante, non si esaurisce nella mera fornitura di prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma consiste nella messa a disposizione del personale medico ausiliario e di quello paramedico nonché nell’apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze; Cass. 13 aprile 2007 n. 8826, in *www.persona e danno.it*; Cass. 14 giugno 2007, n. 13953, in *www.persona e danno.it*.

<sup>40</sup> Cass. 4 ottobre 2010, n. 18138, in *www.dirittosanitario.net*.

<sup>41</sup> Trib. Pescara-Penne 14 dicembre 2001, in *P.Q.M.*, 2011, con nota di MASUCCI.

<sup>42</sup> Trib. Castellammare di Stabia, 31 maggio 2006, in *Corriere di merito*, 2006, 10, 1122: il Tribunale osserva come l’obbligazione risarcitoria sorge nel luogo ove si verifica il danno diretto dell’obbligazione risarcitoria, in quanto la ratio del foro facoltativo è quello di una vicinanza del foro al luogo ove, appunto, è stato concluso il negozio o si è verificato contatto sociale tra danneggiante e danneggiato. L’obbligo di risarcimento del danno sorge in quel momento e non in ciascuna occasione nella quale si verificano effetti riflessi come il danno morale dei congiunti che apprendono la notizia o che devono assistere, il danneggiato. Non rileva neppure il fatto che l’azione degli attori è volta ad ottenere il ristoro dei danni morali o delle spese via via sostenute per le cure mediche. L’obbligazione risarcitoria, infatti, sorge nel luogo ove si verifica la conseguenza diretta dell’obbligazione, ovvero la lesione dell’integrità fisica. Non ha alcun rilievo se l’ente convenuto persegua scopo di lucro o meno, dovendosi considerare esclusivamente se si tratta di una attività imprenditoriale o professionale, o meno. L’attività imprenditoriale, normalmente, ha carattere professionale. Al contrario, vi sono attività professionali che normativamente non possono essere considerate come attività imprenditoriali. Ecco, quindi, che l’ac-

## JUS CIVILE



Il precedente del 2009 faceva tuttavia espressamente salva la ricorrenza del foro del consumatore, oltre che, come è ovvio, nei rapporti tra paziente e struttura privata non convenzionata (e a maggior ragione in quelli tra paziente e medico libero professionista<sup>43</sup>) anche nel caso che ci occupa di c.d. servizi in regime di *intra moenia* osservando che, “qualora il rapporto fra l’utente e la struttura sanitaria convenzionata abbia corso con l’espletamento di eventuali prestazioni aggiuntive direttamente a carico dell’utente e non del Servizio Sanitario Nazionale, allora l’art. 33, comma 2, lett. u) potrà venire in rilievo, in quanto nel rapporto, necessariamente da considerarsi su base unitaria, l’azienda sanitaria si è posta direttamente nei confronti dell’utente come “professionista”.

Ecco, dunque, che nell’ordinanza in commento il Collegio opera una specificazione del principio contenuto nell’orientamento giurisprudenziale del 2009, affermando che non si possa escludere, in maniera del tutto aprioristica, l’applicazione delle tutele previste a favore del consumatore unicamente sul presupposto che la controparte di un’eventuale controversia, rivesta la qualifica di azienda sanitaria pubblica<sup>44</sup> e che in particolare sia possibile invocare il foro del consumatore ogni qualvolta le prestazioni sanitarie richieste non gravino sul Sistema Sanitario Nazionale bensì sul richiedente (creditore) il quale, come è dato leggere nella motivazione dell’ordinanza, “pone direttamente a suo carico il costo della prestazione con esclusione del S.S.N.”. In questo modo, risulta evidente che l’Azienda Ospedaliera si sia posta nei confronti dell’utente in qualità di “professionista”, sicché, secondo i Supremi Giudici, deve ritenersi verificata la condizione prevista dal Codice del consumo. Ed infatti, si legge nell’ordinanza “il tenore del preventivo, che a seguito dell’accettazione determinò la conclusione di un vero e proprio

---

cento deve cadere sul concetto di professionalità (al quale richiama anche la nozione di imprenditore di cui all’art. 2082 c.c.), contrapposto rispetto al suo negativo, in sostanza di occasionalità della prestazione. Non a caso anche colui che svolge un’attività professionale, in relazione ad un determinato tipo di rapporto che esula dalle sue attività abituali può diventare consumatore— Ne discende che il cittadino che si rivolge alla struttura sanitaria pubblica per prestazioni di assistenza medica e che, in tal modo stipula un rapporto contrattuale con la stessa, assume la veste di consumatore rispetto ad una controparte professionista e, come tale, può convenire in giudizio tale struttura *ex art. 1469 bis n. 19 c.c. o in base all’art. 33, lett. U del codice del consumo.*

<sup>43</sup> Cass. 27 febbraio 2009, n. 4914, in *Consumatori, Diritto e Mercato*, n. 2/2012, la quale osserva che il paziente che agisca nei confronti di un medico, allegando che le prestazioni da quest’ultimo eseguite presso il suo studio (nella specie, un ciclo di interventi di agopuntura) gli abbiano cagionato un danno (nella specie, per aver contratto l’epatite C), può proporre la domanda risarcitoria davanti al giudice del luogo in cui egli risiede; cfr. ancora Cass. 2 settembre 2009, n. 20, in *www.altalex.it*; Cass. 20 marzo 2010, n. 6824, in *www.altalex.it* la quale asserisce che la prestazione del medico è qualificabile come prestazione erogata da un professionista con la conseguenza che opera per il paziente-consumatore il foro della propria residenza; Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, *www.altalex.com*: quest’ultima osserva come in caso di controversia giudiziaria medico-paziente, il foro competente per incardinare la causa è sempre quello del paziente, ai sensi del vigente Codice del Consumo. Patti diversi intercorsi tra le parti, dai quali emerga, cioè, l’elezione di un foro diverso da quello del consumatore, devono essere dimostrati dal professionista per non essere qualificati come vessatori e, quindi, nulli. Infatti, laddove l’accordo costituisca in tutto o in parte l’esito di una trattativa, l’accertamento giudiziale in ordine all’abusività della clausola contrattuale rimane precluso anche se l’assetto di interessi realizzati dalle parti risulta significativamente squilibrato a danno del consumatore.

<sup>44</sup> BARBUSO, *Contratto paziente-medico e prestazione intramuraria; in caso di lite per risarcimento, il foro competente è quello del consumatore*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*.

*contratto è tale, [...], che la prestazione convenuta risulta pattuita come prestazione al di fuori delle procedure del Servizio Sanitario Nazionale, essendosi trattato di prestazione eseguita dal medico scelto e destinato ad intervenire come libero professionista, sebbene nell'espletamento di attività intramuraria, come tale riferibile sempre all'azienda ospedaliera e con l'avvalimento della sua struttura".*

Logica conseguenza è che in caso di contratto con un'azienda pubblica (*rectius* con un professionista operante in regime di intramoenia) sarà tale negozio, nel senso proprio del termine, ad avere rilevanza determinando, dunque, l'applicazione della protezione consumeristica.

In conclusione, l'abbandono della teoria del contratto di ospedalità operato dalla pronuncia in commento non appare convincente né adeguatamente motivato, sì da ingenerare il dubbio che esso sia, in realtà, ispirato piuttosto ad una linea di politica del diritto finalizzata a favorire, ovvero a rendere meno gravosa la posizione dell'ente pubblico, il quale, ove si propendesse invece per una generalizzata applicabilità del foro del consumatore, potrebbe trovarsi ad affrontare giudizi risarcitori su tutto il territorio nazionale, con i relativi disagi organizzativi ed aggravio di costi.

Va altresì evidenziato che il principio ribadito nell'ordinanza finisce di fatto col realizzare una non del tutto ragionevole disparità di trattamento tra una categoria di pazienti di "serie A", che possono permettersi il costo della sanità privata – o, come nel caso di specie, di quella pubblica "a pagamento" – che viene ad essere tutelata e favorita dalla applicazione del foro del consumatore e una categoria di pazienti di "serie B", quella che si rivolge alle strutture pubbliche, che è costretta a fronteggiare le complessità ed i costi di un giudizio celebrato fuori dalla propria residenza.

Si lascia dunque preferire, a parere di chi scrive, una soluzione che attribuisca comunque al paziente-utente del servizio sanitario la facoltà di adire il foro del consumatore.



MARIA ROSARIA LENTI

Avvocato

## LA PROVENIENZA DONATIVA E IL PRECARIO EQUILIBRIO TRA TUTELA DEI LEGITTIMARI E CERTEZZA DEI TRAFFICI GIURIDICI

L'ordinamento prevede una tutela nei confronti dei legittimari in caso di lesione della riserva loro spettante. Essi infatti possono ottenere una reintegrazione della legittima mediante l'esercizio dell'azione di riduzione, volta a far dichiarare l'inefficacia, in tutto o in parte, delle disposizioni testamentarie e delle donazioni lesive.

Rese inefficaci le disposizioni, i legittimari hanno due possibilità per ottenere la restituzione dei beni in natura.

In primo luogo potranno agire verso i beneficiari delle disposizioni testamentarie e i donatari *ex art. 561 c.c.*

In secondo luogo, in seguito al giudicato di riduzione e solo dopo la vana escussione dei beni del donatario, i legittimari potranno esercitare l'azione di restituzione anche nei confronti degli aventi causa del donatario *ex art. 563 c.c.* (nonostante il silenzio della norma, pacificamente si ritiene che i legittimari possano agire anche contro gli aventi causa dei beneficiari delle disposizioni testamentarie).

Il terzo acquirente può però liberarsi dall'obbligo di restituzione in natura dei beni donati pagando l'equivalente in denaro.

L'art. 561 c.c. inoltre precisa che gli immobili vengono restituiti liberi da ogni peso o ipoteca, salvo il disposto di cui all'art. 2652, n. 8, c.c., e pertanto privi sia dei vincoli imposti dal donatario o dal legatario, sia di quelli posti dal terzo acquirente.<sup>1</sup>

Il concetto di peso è da intendersi in senso ampio, riferendosi non solo a servitù e oneri reali, ma a qualsiasi diritto reale o personale, di godimento o di garanzia (anche se costituito senza la volontà del beneficiario, come nel caso di ipoteca legale), nonché ai vincoli di indisponibilità (sequestro, pignoramento).

La tutela dei legittimari trova il suo fondamento nella salvaguardia dei valori fondamentali della convivenza civile. Il legislatore difatti ha voluto tutelare i rapporti tra soggetti legati da un vincolo familiare particolarmente intenso e specificamente il principio di solidarietà familiare, come riconosciuto e tutelato dalla Costituzione.

---

<sup>1</sup>L. MENGONI, *Successioni per causa di morte, parte speciale, successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, XLIII, 2, Giuffrè, Milano, 1992, 301.



Tuttavia la tutela così formulata comporta numerose problematiche di ordine pratico in relazione ai trasferimenti immobiliari. Il timore dei potenziali acquirenti di vedersi sottratto il bene, in seguito all'esercizio dell'azione di restituzione da parte dei legittimari, ha ampiamente disincentivato l'acquisto di beni di provenienza donativa, così pregiudicando la circolazione dei beni oggetto delle disposizioni liberali. Inoltre, a causa dell'inefficacia di pesi e garanzie, conseguente al vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, ormai nessun istituto bancario concede più mutui garantiti da ipoteca sugli immobili donati.

Le conseguenze sono particolarmente rilevanti. Infatti ne risulta compromesso l'utilizzo dello strumento donativo come negozio di regolamentazione dei rapporti patrimoniali familiari e ciò ha rappresentato un grave inconveniente in un periodo, quale quello iniziale del nuovo secolo, caratterizzato prima da una defiscalizzazione e poi da un regime fiscale agevolato.

D'altronde la modifica introdotta con il d.l. n. 35/2005, convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, è stata piuttosto timida rispetto all'esigenza di rinnovare i meccanismi di tutela dei legittimari e di assecondare le moderne dinamiche economiche, eliminando ogni ostacolo alla libera commercializzazione dei beni donati.

La riforma limita solo temporalmente la possibilità di esercizio dell'azione di restituzione da parte dei legittimari. Difatti detta azione è ora esperibile entro venti anni dalla trascrizione della donazione: decorso tale termine il legittimario non può più ottenere dal terzo la restituzione dell'immobile.

Rimane inalterata la tutela prevista dall'art. 2652, n. 8, c.c., secondo cui sono fatti salvi gli acquisti dei terzi a titolo oneroso se la trascrizione della domanda giudiziale di riduzione avviene dopo dieci anni dall'apertura della successione e se gli acquisti sono compiuti sulla base di atti trascritti o iscritti prima della trascrizione della domanda.

È chiaro quindi che il terzo acquirente rimane esposto al pericolo di perdere il bene acquisito per molto tempo. Il periodo di "rischio" può avere una durata quasi trentennale, con la possibilità inoltre di un ulteriore prolungamento mediante la sospensione attuata con l'atto di opposizione, notificato e trascritto da parte del coniuge e dei parenti in linea retta del donante *ex art. 563, 4° comma, c.c.*

Cosa fare quindi per "porre al sicuro" l'acquisto del bene di provenienza donativa?

È evidente che, al fine di rendere inattaccabile il trasferimento donativo, a nulla serve, nel momento della stipula della donazione, valutare l'entità del patrimonio del donante e la cerchia dei soggetti aventi diritto alla legittima. Difatti il momento determinante per calcolare la quota di legittima e il numero dei legittimari è quello della morte del donante.

Inoltre non è possibile ipotizzare una rinuncia alla facoltà di impugnazione delle donazioni per lesione di legittima prima della morte del *de cuius* – donante. Una simile rinuncia sarebbe radicalmente nulla per violazione del divieto di cui all'art. 557 c.c.

Nel tentativo di neutralizzare gli effetti negativi derivanti dalla precarietà del titolo donativo,



consistenti nella perdita delle prospettive di concessione del credito da parte degli istituti bancari e di commercializzazione dei beni donati, la dottrina e la prassi si sono divise nell'elaborazione di soluzioni per tutelare il terzo acquirente<sup>2</sup>.

Alcuni autori<sup>3</sup> hanno ravvisato un primo rimedio nell'ampliamento della garanzia per evizione.

A tal proposito è necessario distinguere due ipotesi.

La prima si realizza quando la trascrizione della domanda dell'azione di riduzione avviene anteriormente a quella del trasferimento del bene donato al terzo acquirente. In tal caso la sentenza, che rende inefficaci le disposizioni donative, produce effetto direttamente nei confronti del terzo acquirente *ex art. 111 c.p.c.* Egli perciò si considera evitto di diritto della proprietà del bene e ha diritto al risarcimento dei danni da parte del venditore.

La seconda ipotesi invece si verifica quando la trascrizione della domanda giudiziale avviene successivamente alla trascrizione dell'acquisto del bene donato.

In tal caso è discussa l'automatica applicabilità dell'art. 1483 c.c.

Secondo autorevole dottrina e parte della giurisprudenza<sup>4</sup> la causa dell'evizione deve essere preesistente al contratto di vendita. Nel caso di specie, invece, l'esercizio dell'azione di riduzione è successivo all'atto di alienazione al terzo e pertanto la tutela risarcitoria a favore dell'acquirente può essere riconosciuta solo se espressamente pattuita in via contrattuale, prevedendo una garanzia per evizione anche per fatti sopravvenuti.

Il rimedio dell'ampliamento convenzionale della garanzia per evizione presenta comunque dei profili di criticità e di inapplicabilità.

Difatti, poiché l'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente viene esercitata solo dopo aver inutilmente escusso il patrimonio del donatario, è chiaro che, in virtù della garanzia rilasciata, il risarcimento verrà chiesto ad un soggetto – quale è il venditore-donatario – del quale è già stata accertata l'insolubilità. È evidente dunque come un simile rimedio abbia una scarsa utilità pratica se il terzo ha acquistato proprio dal donatario.

Tale soluzione dovrebbe quindi essere limitata a specifiche circostanze. Ad esempio, potrebbe essere adottata nel caso di costituzione di diritti reali limitati a favore di terzi, in quanto questa ipotesi è soggetta alla disciplina di cui all'art. 561 c.c., che sancisce l'immediata perdita di efficacia di detti diritti. In tale fattispecie difatti si esclude la possibilità di esercitare l'azione di restituzione, la quale attiene alla piena proprietà dell'immobile, e dunque, non essendovi la preventiva escussione del patrimonio del donatario, non è certa la sua insolvenza. Oppure, si può ricorrere all'ampliamento della garanzia per evizione quando la vendita viene compiuta dal ter-

---

<sup>2</sup> F. MAGLIULO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Not.*, 2002, 1, 93.

<sup>3</sup> C. CACCAVALE, *Riducibilità del titolo di provenienza e distribuzione del rischio contrattuale nella compravendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, 2001, 6.

<sup>4</sup> Cass. 24 novembre 1966 n. 2797, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1702; Cass. 4 dicembre 1967, n. 2867, in *Foro it.*, 1968, I, 2274.



zo acquirente, al fine di tutelare il subacquirente. In tal caso il destinatario dell'azione di restituzione ex art. 561 c.c. sarebbe un soggetto differente da colui che attua il trasferimento del bene donato e che ha rilasciato la garanzia per evizione. In questa circostanza, quindi l'insolvenza del donatario non pregiudica la possibilità per il subacquirente di ottenere concretamente una tutela risarcitoria, in quanto egli agirà nei confronti del terzo acquirente.

La prassi notarile ha rintracciato un possibile espediente per la risoluzione della problematica della provenienza donativa nella figura del mutuo dissenso della donazione, con conseguente attribuzione del bene al donante con effetto retroattivo e alienazione al terzo da parte dello stesso donante. In realtà la valutazione dell'attuabilità di tale soluzione riapre l'annosa e mai risolta questione relativa alla definizione della natura del mutuo dissenso.

Parte della dottrina<sup>5</sup> e della giurisprudenza<sup>6</sup> configura il mutuo dissenso come un negozio che ha una propria causa, consistente nello scioglimento consensuale del contratto posto in essere e nel relativo ripristino con efficacia retroattiva dello *status quo ante* ex art. 1372 c.c.

Altra parte della dottrina<sup>7</sup> e della giurisprudenza<sup>8</sup> però continua a negare una valenza autonoma a tale figura giuridica, ritenendo che per eliminare gli effetti della precedente donazione sia necessaria la stipula di una contro-donazione da parte del donatario a favore del donante. Le conseguenze di una collocazione del mutuo dissenso nell'alveo dei *contrarii actus* sono però devastanti, in quanto le problematiche connesse all'esperibilità dell'azione di riduzione da parte dei legittimari risultano raddoppiate: a quelle relative alla prima donazione devono associarsi quelle concernenti la contro-donazione.

La mancanza di una definizione dell'essenza del mutuo dissenso unanimemente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità rappresenta il limite effettivo di questo orientamento. Non può non rilevarsi inoltre l'incertezza che tale "precarietà definitoria" comporta sul piano fiscale. La qualificazione del mutuo dissenso quale *contrarius actus* – al pari di ogni trasferimento immobiliare a titolo gratuito – implicherebbe l'applicazione dell'imposta sulle donazioni, come previsto dal d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito nella legge 24 novembre 2006, n.

---

<sup>5</sup> F. ANGELONI, *Nuove cautele per rendere sicura la circolazione dei beni di provenienza donativa nel terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2007, 947; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 698; G. CAPOZZI, *Mutuo dissenso. Donazione di bene immobile. Atto di risoluzione. Ammissibilità. Effetti*, in *Vita not.*, 1973, 605; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Cod. Civ. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1998, artt. 1372-1373, 53; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, Milano, 1980, 280.

<sup>6</sup> Cass. 6 giugno 1988, n. 3816, in *Riv. not.*, 1989, 219; Cass. 11 dicembre 1998, n. 12476, in *Not.*, 1999, 109; Cass. 11 aprile 2006, n. 8422, in *Contr.*, 2006, 11, 961; Cass. 6 ottobre 2011, n. 20445, in *Riv. not.*, 2012, 5, 1181.

<sup>7</sup> B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, UTET, Torino, 1961, 519; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, XXI, Giuffrè, Milano, 1987, 874.

<sup>8</sup> Trib. Catania 26 gennaio 1983, in *Vita not.*, 1984, 809, con nota di G. DE RUPERTIS, *Risoluzione di contratto immediatamente traslativo e pubblicità immobiliare*; Cass. 28 agosto 1990, n. 8878, in *Riv. not.*, 1991, 490; Cass. 7 marzo 1997, n. 2040, in *Contr.*, 1997, 6, 545, con nota di G. BONILINI, *La forma del mutuo dissenso*; Cass. 17 marzo 1999, n. 2382, in *Il fallim. e proc. concors.*, 2000, 7, 727.



286, e delle imposte ipotecarie e catastali in misura proporzionale<sup>9</sup>, come sancito dal d.lgs. del 31 ottobre 1990, n. 347, mentre la sua configurazione quale atto risolutorio – non connotato da alcun trasferimento – comporterebbe l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa<sup>10</sup>, come previsto dall'art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, e delle imposte ipotecarie e catastali in misura fissa, come rispettivamente disposto dall'art. 4 della tariffa allegata al d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347 e dall'art. 10, 2° comma del medesimo decreto. È tuttavia da segnalare che l'Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione 20/E del 14 febbraio 2014, riferendosi esclusivamente al mutuo dissenso di donazione, ha sancito l'applicazione delle imposte in misura fissa.

Altra prassi ha suggerito di ricorrere allo strumento della fideiussione a favore dell'acquirente, per danni derivanti dall'esercizio dell'azione di restituzione.

Si tratterebbe di una fideiussione indennitaria, connessa alla garanzia per evizione ampliata, e volta ad “assicurare” non la titolarità dell'immobile, bensì l'obbligo di risarcimento dei danni da evizione.

Anche tale *escamotage* in realtà non è privo di obiezioni.

Difatti, considerando il lungo periodo in cui può essere esercitata l'azione di restituzione, è improbabile che un istituto bancario o assicurativo rilasci una fideiussione di tale durata e non si può trascurare il fatto che, nel caso in cui ciò avvenga, l'operazione risulterebbe particolarmente costosa.

Inoltre detta garanzia dovrebbe essere rilasciata necessariamente da un terzo, dati i risvolti presumibilmente illeciti di una fideiussione costituita dai legittimari o dallo stesso donante.

Infatti non può non evidenziarsi come la garanzia concessa dai legittimari avrebbe come effetto quello di disincentivarli all'esercizio dell'azione di riduzione, divenuta economicamente inutile, in quanto sarebbero essi stessi a dover risarcire l'acquirente dell'immobile donato dei danni subiti per la privazione del bene. Analoghi sarebbero gli effetti in caso di fideiussione rilasciata dal donante in quanto i legittimari, divenendo eredi per il vittorioso esperimento dell'azione di riduzione, subentrerebbero nell'obbligo nascente dalla fideiussione<sup>11</sup>.

In tali ipotesi sembrerebbe ravvisarsi una violazione dell'art. 1344 c.c., in quanto il rilascio della *fideiussio indennitatis* costituirebbe una elusione della disciplina a tutela dei legittimari. La fideiussione del donante si tradurrebbe in un “peso” evidente sulla legittima<sup>12</sup>, violando il principio di intangibilità *ex art.* 549 c.c., e quella dei legittimari realizzerebbe una rinuncia preventiva all'azione di riduzione, in contrasto con l'art. 557 c.c.

---

<sup>9</sup> In tal senso L. NASTRI, *L'imposta di registro e le relative agevolazioni*, Giuffrè, Milano, 1993, 150.

<sup>10</sup> In tal senso G. ARNAO, *Manuale dell'imposta di registro*, Ipsoa, Milano, 1999, 153; Circolare del Ministero delle Finanze 10 giugno 1986, n. 37, parte 12.

<sup>11</sup> M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario*, in *Riv. Not.*, 1998, 1135.

<sup>12</sup> Trib. Mantova 24 febbraio 2011, n. 228, in *Obbl. e contr.*, 2011, 6, 643.



Minoritaria è la tesi di chi<sup>13</sup> sostiene di superare le difficoltà derivanti dalla provenienza donativa mediante una rinuncia preventiva all'azione di restituzione. Secondo tale impostazione, il divieto espresso dall'art. 557 c.c., secondo cui è inammissibile una rinuncia preventiva all'azione di riduzione, non sarebbe estendibile anche all'azione di restituzione. Il presunto legittimario potrebbe dunque, prima della morte del donante, rinunciare all'azione di restituzione del bene nei confronti dei terzi, con la conseguenza che, a seguito di tale rinuncia, in caso di lesione, potrebbe far valere le proprie pretese solo nei confronti del donatario.

Tuttavia, anche tale rimedio presenta profili di incertezza.

Difatti la rinuncia potrebbe essere esercitata solo dai legittimari accertati e presenti prima della morte del donante: non si eliminerebbe il problema degli eventuali legittimari sopravvenuti. Inoltre non manca chi<sup>14</sup> ritiene che una simile operazione violerebbe comunque l'art. 458 c.c., che vieta qualsiasi atto con cui si rinuncia a diritti che possono spettare su una successione non ancora aperta. Secondo tale tesi, quindi per "diritti" si devono intendere non solo quelli strettamente connessi, come l'azione di riduzione, ma anche quelli accessori e strumentali, come l'azione di restituzione contro il terzo acquirente. Dall'art. 458 c.c. potrebbe desumersi un divieto generale di rinuncia a diritti futuri per evitare il rischio di compimento di atti di dissipazione.

A ben vedere, la figura in esame non integra un patto successorio rinunciativo, in quanto il bene non è ormai più parte del patrimonio del donante-futuro *de cuius*. Sembrerebbe anche non esserci un problema di prodigalità perché la rinuncia all'azione di restituzione non viene compiuta in assoluto ma con riferimento ad una donazione determinata, di cui il rinunciante conosce il valore. Tuttavia è facile obiettare che il momento fondamentale per la determinazione del valore della donazione non è quello della rinuncia, bensì quello dell'apertura della successione.

Una possibilità per tutelare il terzo acquirente è, invece, quella di strutturare dall'origine una donazione con riserva per il donante di disporre di qualche oggetto della stessa (in questo caso l'immobile che si presume alienare) *ex art. 790 c.c.* L'ipotesi in questione presenta l'unico inconveniente di dover procedere ad una donazione con più oggetti (immobile e altro), in quanto, secondo l'orientamento prevalente, pena la nullità per frode alla legge, la riserva non può riguardare tutto (o l'unico) oggetto della donazione. È certo, però, che l'acquisto dal donante sarà privo di rischi per il terzo, in quanto il venditore-donante, esercitando la facoltà di disporre, avrà determinato la risoluzione della donazione dell'immobile.

In ultima istanza, merita menzione l'orientamento di quella parte della dottrina<sup>15</sup> che ha pro-

---

<sup>13</sup> G. IACCARINO, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative*, in *Not.*, 2012, 4, 395.

<sup>14</sup> C. CACCAVALE, *Il divieto dei patti successorii*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Cedam, Padova, 1994, 51.

<sup>15</sup> F. ANGELONI, *Nuove cautele*, cit., 947; F. VALENZA, *Novazione oggettiva e donazione*, in *FederNotizie*, 2011, 6, 248.



posto di ricorre allo strumento della novazione contrattuale, operando una sostituzione della causa liberale con quella della compravendita<sup>16</sup>.

Tale posizione ermeneutica, in realtà, parte dal presupposto che, nonostante il codice civile disciplini espressamente soltanto la novazione dell'obbligazione, sia ammissibile anche la novazione del contratto, consistente nella sostituzione della causa, purché lecita e compatibile con gli effetti già prodotti dal negozio novato<sup>17</sup>. L'ammissibilità della novazione contrattuale troverebbe una conferma nella previsione di cui all'art. 1230 c.c. della cosiddetta novazione causale, incentrata cioè sulla sostituzione del titolo e applicabile sia alle obbligazioni nascenti da contratti con effetti obbligatori, sia a quelle nascenti da contratti con effetti reali.

Per effetto della novazione dell'originario contratto di donazione, il donatario conserverà la titolarità dei beni, non in base al negozio donativo, ma in base alla vendita. Pertanto, venendo meno il titolo aggredibile ex art. 555 c.c., verrà preclusa ogni possibilità per i legittimari di vantare qualsiasi pretesa su tali beni.

La novazione, limitandosi a sostituire l'originaria causa donativa con quella della vendita, non realizzerebbe di per sé alcun trasferimento. Dunque essa non sarebbe soggetta all'intera disciplina relativa agli atti traslativi. Difatti sotto il profilo urbanistico, non vi sarebbe l'applicazione dell'intera normativa prevista per la cessione degli immobili di cui al d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 e alla legge 28 febbraio 1985, n. 47, mentre sotto il profilo fiscale, tale negozio sarebbe soggetto al pagamento dell'imposta di registro proporzionale ex art. 9 della parte prima della tariffa allegata al d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131, che fa riferimento gli "atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale", all'imposta ipotecaria in misu-

---

<sup>16</sup> Il donante potrà realizzare il suo originario intento liberale mediante la donazione del prezzo ricevuto dal donatario, mediante la remissione del debito da prezzo o non pretendendo il prezzo della vendita, avvalendosi del termine decennale di prescrizione. Tuttavia questi ultimi due rimedi appaiono maggiormente rischiosi, in quanto i legittimari potrebbero impugnare i negozi compiuti mediante un'azione di simulazione e procedere alla riduzione dell'originaria donazione. Della conformità della prima soluzione all'orientamento giurisprudenziale dubita G. IACCARINO, *Liberalità indirette. Enunciazione dell'intento liberale quale metodologia operativa*, Ipsoa, Milano, 2011, 12, 36 secondo cui non sarebbe da escludere che i legittimari possano aggredire direttamente l'immobile, in quanto sarebbe comunque oggetto di riduzione ciò di cui si è effettivamente arricchito il beneficiario, anche indirettamente, come sostiene Cass. 5 agosto 1992 n. 9282, in *Giust. civ.*, 1992, 12, I, 2991, con nota di F. AZZARITI, *Somma erogata per l'acquisto di un immobile intestato a soggetto diverso dall'acquirente e collazione*, e in *Foro it.*, 1993, I, 1544, con nota di C. DE LORENZO, *Intestazione del bene in nome altrui e collazione: il nuovo corso della cassazione si consolida*, e in *La nuova giur. civ. comm.*, 1993, 3, I, 373, con nota di F. REGINE, *Intestazione di beni immobili a nome altrui e donazione indiretta*; Cass. 15 novembre 1997, n. 11327, in *Riv. not.*, 1998, 1, II, 182.

<sup>17</sup> Di analoga opinione C.M. BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990, 455; L. CARIO-TA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1958, 257 e 441; Cass. 18 gennaio 1982, n. 326, in *Mass. Foro it.*, 1982; Cass. 17 dicembre 1985, n. 6412, in *Foro it.*, 1986, I, 1582; Cass. 7 luglio 1997, n. 6145, in *Foro it.*, 1997, I, 3209; Cass. 25 novembre 2003, n. 17913, in *Contr.*, 2004, 927, con nota di D.A. MANGIALARDI, *La novazione nel contratto di locazione*; Cass. 11 luglio 1989, n. 3266, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, 1, 192, con nota di M. MARIANI, *Riduzione a termine dell'orario di lavoro e protrazione di fatto della riduzione oltre il termine*; Cass. 19 aprile 2003, n. 6369, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 775, con nota di A. RONDO.



ra fissa per la trascrizione di rettifica relativa alla nuova causa e non sarebbe soggetto ad alcuna imposta catastale.

La visione appena esposta si rivela però particolarmente audace, in quanto si basa su un presupposto – quale l'ammissibilità della novazione contrattuale – che non è così pacifico in dottrina<sup>18</sup>.

Infatti, secondo antitetico orientamento, non sarebbe concepibile la novazione del contratto, data la diversità rispetto al fenomeno descritto dal legislatore *ex art.* 1230 c.c.

La novazione dell'obbligazione è istituto caratterizzato dalla estinzione e costituzione di un nuovo rapporto obbligatorio e dalla sostituzione degli effetti, mentre la novazione contrattuale è priva del momento estintivo, essendo invece connotata dalla permanenza degli effetti già prodotti dal contratto. Quindi la novazione sarebbe riferibile solo a rapporti obbligatori di durata e a vicende non esaurite.

La totale divergenza della natura dei due fenomeni suggerisce pertanto che la fattispecie *de qua* non venga qualificata come novazione, ma tutt'al più come modificazione del rapporto originario.

Si tratterebbe però di una modificazione non mera, che compromette l'esistenza stessa del negozio giuridico, in quanto gli elementi di novità incidono in maniera significativa sulla struttura e sulla configurazione giuridica del contratto. Difatti nel momento in cui si intacca la causa, l'intero acquisto viene meno.

Pertanto è chiaro che, così inquadrata, non sarebbe possibile nemmeno una modificazione della donazione in compravendita in quanto essa equivarrebbe a ridefinire causa e tipo di un negozio già pienamente attuato, senza risolverne gli effetti, avocando alle parti un potere riservato alla legge e al giudice.

Occorre però sottolineare che, anche qualora si ammettesse la novazione contrattuale, la soluzione innanzi proposta potrebbe rivelarsi pericolosa.

Non può dubitarsi, infatti, che il meccanismo donazione– accordo novativo– compravendita di fatto realizza un trasferimento immobiliare a titolo oneroso, anche se la novazione in sé non è traslativa. Pertanto sotto il profilo urbanistico, bisognerebbe far fronte all'assenza delle dichiarazioni prescritte *ex d.p.r. n. 380/2001* e delle relative allegazioni, nell'atto di donazione di terreni tra coniugi e parenti in linea retta, così come bisognerebbe ridefinire la questione della tassazione della novazione, in quanto essa potrebbe realizzare una elusione della disciplina fiscale in materia di compravendita.

---

<sup>18</sup>F. ALCARO-A. ALAMANNI, *Della novazione*, in *Comm. al cod. civ., Delle obbligazioni*, diretto da E. Gabrielli, Utet Giuridica, Torino, 2013, 384; G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e "riqualificazione della causa"*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 505.



FEDERICA FALCONI

Assegnista di ricerca – Università di Pavia

## I REGIMI PATRIMONIALI DELLE COPPIE INTERNAZIONALI: DUE RECENTI PROPOSTE DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La genesi delle proposte parallele che istituiscono una cooperazione rafforzata in tema di regimi patrimoniali. – 3. Questioni definitorie: le nozioni di matrimonio, unione registrata, regime patrimoniale tra coniugi, ed effetti patrimoniali delle unioni registrate. – 4. La valorizzazione della volontà delle parti come principale criterio di collegamento. – 5. I criteri di collegamento oggettivi per l'individuazione del diritto applicabile in mancanza di scelta. – 6. Riflessioni conclusive circa l'impatto della futura disciplina uniforme sulla normativa italiana (art. 30 della l. n. 218/1995).

1. – È ben noto come l'ambito di applicazione materiale della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato, di cui alla l. 31 maggio 1995, n. 218, non possa essere definito se non in funzione dell'estensione degli obblighi assunti dall'Italia sul piano internazionale, nel senso che le norme ivi contenute devono necessariamente cedere il passo alle norme di diritto internazionale privato uniforme che siano produttive di effetti vincolanti nell'ordinamento interno<sup>1</sup>. Se in proposito lo stesso legislatore della riforma ha, in effetti, ritenuto opportuno precisare, all'art. 2, che «le disposizioni della presente legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia», sempre più pervasiva è l'incidenza nella materia considerata dei vincoli che discendono dalla partecipazione ad un ordinamento sovranazionale “di nuovo genere” come quello dell'Unione europea<sup>2</sup>. È qui appena il caso di notare come, per effetto della c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato avviata nel 1997 con il Trattato di Amsterdam, il numero e la portata delle norme di diritto internazionale privato che trovano la loro matrice in regolamenti dell'Unione europea sono ormai giunti a relegare la legge

---

<sup>1</sup> Sul valore «puramente ricognitivo e pedagogico» di tale disposizione v. F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, 1996, p. 11. È appena il caso di notare, inoltre, che, secondo l'art. 117, par. 1, Cost., così come sostituito dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, la potestà normativa di Stato e Regioni deve essere esercitata nel rispetto, oltre che della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali.

<sup>2</sup> La ricostruzione dell'ordinamento comunitario nei termini predetti si deve alla storica sentenza della Corte di Giustizia 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend en Loos*, in *Raccolta*, 1963, p. 1 ss., nella quale già poteva scorgersi il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri, che sarebbe stato, di lì a poco, affermato espressamente dalla stessa Corte nella sentenza del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. ENEL*, in *Raccolta*, 1964, p. 1129 ss. Dopo alterne vicende, il principio del primato è stato accolto dalla Corte Costituzionale italiana nella sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital c. Amministrazione delle Finanze*, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2062 ss. In argomento, v. i recenti scritti raccolti in B. NASCIBENE (a cura di), *Costa/Enel. Corte Costituzionale e Corte di Giustizia a confronto, cinquant'anni dopo. Atti del Convegno (Milano, 30 ottobre 2014)*, Giuffrè, 2015.



di riforma ad un ruolo per molti e significativi aspetti meramente residuale<sup>3</sup>. Ciò rende, in tutta evidenza, particolarmente delicato e complesso il compito dell'interprete, chiamato ad individuare il diritto applicabile in relazione alle fattispecie che appaiano connotata in senso transnazionale, ossia che presentino taluni elementi di estraneità rispetto allo Stato del foro.

Questa breve premessa pare particolarmente opportuna per introdurre il tema che si intende affrontare in questa sede, ossia quello dell'individuazione della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi: se, infatti, la portata dell'art. 30 della l. n. 218/1995, il quale riserva una disciplina di conflitto specifica per tali rapporti, non è stata sino ad ora intaccata dalla sopravvenuta incidenza di una disciplina uniforme con effetti vincolanti per l'Italia, si prospetta nel breve periodo un radicale cambio di prospettiva<sup>4</sup>.

Sono note le profonde modificazioni introdotte dalla disposizione ora citata – nel contesto di più ampie istanze di riforma che hanno investito l'intero *corpus* di diritto internazionale privato definito dagli artt. 17-30 delle disp. prel. cod. civ. – rispetto alla disciplina originariamente dettata dall'art. 19 disp. prel. cod. civ., ispirate, anzi, più correttamente, imposte, dalla necessità di adeguare la disciplina internazionalprivatistica di tali rapporti al principio di uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi sancito dall'art. 29, par. 2, Cost., nonché alla mutata concezione della famiglia risultante dalla riforma operata, sul piano del diritto sostanziale, attraverso la l. 19 maggio 1975, n. 151<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Per un'esauriente ricostruzione di tale processo, con specifico riguardo alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, rispetto alle misure concernenti il diritto di famiglia, v. S. M. CARBONE, C. TUO, *Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona*, in *St. integr. eur.*, 2010, p. 301 ss.

<sup>4</sup> Tra in numerosi commenti dedicati all'art. 30 della l. n. 218/1995, cfr. R. CLERICI, *sub Art. 30*, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995, n. 218. Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, pp. 905 ss., 1061 ss.; G. CONETTI, *sub Art. 30*, in S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *NLCC*, 1996, pp. 877 ss., 1176 ss.; U. VILLANI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto internazionale privato*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 445 ss.; I. VIARENGO, *sub Art. 30*, in F. PREITE, A. GAZZANTI PUGLIESE DI CROTONE (a cura di), *Atti Notarili. Diritto comunitario e internazionale*, vol. I, Utet giuridica, 2011, p. 789 ss.; A. ZANOBETTI, *Il regime patrimoniale della famiglia nel diritto internazionale privato*, in F. ANELLI, M. SESTA, *Regime patrimoniale della famiglia*, 2<sup>a</sup> ed., Trattato di diritto di famiglia diretto da Paolo Zatti, vol. III, Giuffrè, 2012, pp. 29 ss., 30. Tra le opere di carattere monografico, cfr. I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996; L. GAROFALO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, 2<sup>a</sup> ed., 1997.

<sup>5</sup> Per una serie combinata di circostanze, la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 19 disp. prel. cod. civ. (Corte Cost., sentenza 21 giugno 2006, n. 254) è giunta con grande ritardo rispetto alle pronunce che, già nel 1987, avevano investito – per i medesimi motivi – gli artt. 18 e 20 delle disp. prel. cod. civ., rispettivamente in tema di rapporti personali tra coniugi (Corte Cost., sentenza 5 marzo 1987, n. 71) ed in tema di rapporti tra genitori e figli (Corte Cost., sentenza 10 dicembre 1987, n. 477). Seppur abrogato dall'art. 73 della l. n. 218/1995, infatti, l'art. 19 disp. prel. cod. civ. continuava a trovare applicazione, *ratione temporis*, in relazione ai giudizi instaurati prima dell'entrata in vigore della legge di riforma. Ciò a dispetto del fatto che la dottrina ne avesse ormai a più riprese evidenziato l'ormai palese incostituzionalità: cfr. A. GIARDINA, *L'eguaglianza dei coniugi nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1974, p. 5 ss.; F. MOSCONI, *La legge applicabile alla capacità delle persone fisiche e ai rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile. Atti del Convegno di Studi in onore di Mario Marano (Napoli, 30-31 marzo 1990)*, Giuffrè, 1991, pp. 43 ss., 49 ss. Per ampi riferimenti bibliografici rispetto a tali vicende, v. U. VILLANI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 446.



Soffermandosi solo brevemente sul suo contenuto, occorre notare in primo luogo come l'art. 30 della l. n. 218/1995 sottoponga i rapporti patrimoniali tra coniugi, anziché alla legge nazionale del marito privilegiata dalla normativa precedente, alla legge nazionale comune degli stessi coniugi. Ciò attraverso un richiamo espresso ai criteri di collegamento dettati in tema di rapporti personali tra coniugi dall'art. 29, circostanza da cui si ricava l'intento del legislatore di garantire, per quanto possibile, che sia la medesima legge a disciplinare tutti i rapporti che scaturiscono dal matrimonio<sup>6</sup>. Nell'eventualità in cui i coniugi abbiano cittadinanze diverse, ovvero siano in possesso di più di una cittadinanza comune, la norma ripiega, secondo la logica del criterio successivo, su un criterio flessibile, costituito dalla prevalente localizzazione della vita matrimoniale<sup>7</sup>. Si tratta, in ogni caso, di criteri che si pongono in termini equidistanti rispetto ai coniugi, senza favorire alcuno di essi<sup>8</sup>. Mette conto di rilevare altresì come, in linea con le tendenze all'epoca in atto in diversi ordinamenti europei, e con ciò discostandosi dall'art. 29 in tema di rapporti personali, l'art. 30 abbia introdotto una limitata possibilità per i coniugi di provvedere essi stessi, attraverso l'esercizio dell'*optio legis*, ad individuare la legge applicabile, scegliendo tra la legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino e la legge dello Stato in cui almeno uno di essi risiede<sup>9</sup>. A detta facoltà, si accompagna la possibilità di optare, in un momento successivo, per una legge diversa, mentre nel vigore delle preleggi la relativa disciplina era contrassegnata dall'immutabilità della legge applicabile.

Non è dato, invece, come accennato, rinvenire nella materia alcuna disciplina uniforme con effetti vincolanti per l'Italia. Come si ricorderà, infatti, la Convenzione dell'Aja del 14 marzo 1978 sulla legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi ha riscosso scarso successo, essendo stata ratificata soltanto da un numero esiguo di Stati, tra i quali non figura l'Italia. Quanto alla più risalente Convenzione dell'Aja del 17 luglio 1905, relativa ai conflitti di leggi in materia di effetti del matrimonio sui diritti e doveri dei coniugi nei loro rapporti personali e patrimoniali, questa sì ratificata dall'Italia ed in effetti ancora formalmente in vigore non può sottacersi il privilegio accordato alla legge nazionale del marito, che inevitabilmente espone la disciplina uni-

---

<sup>6</sup> Risultano a tale stregua ridimensionate le difficoltà che, sul piano della qualificazione, derivano dalla necessità di ricondurre un determinato rapporto all'una o all'altra categoria: sul punto, v. U. VILLANI, *op. ult. cit.*, p. 449.

<sup>7</sup> Si tratta, pertanto, di un criterio di fatto, che pone in capo all'interprete il delicato compito di prendere in considerazione tutti i fattori rilevanti (oltre alla residenza abituale dei coniugi, la cittadinanza, il domicilio e la dimora dei componenti del nucleo familiare, il luogo di celebrazione del matrimonio, il luogo di nascita dei figli, etc.), soppesandone la relativa importanza a seconda delle concrete circostanze del caso. La Relazione ministeriale che accompagna la legge di riforma precisa come tale valutazione imponga di tener conto, comparativamente, sia della natura, sia della durata delle connessioni atte a determinare tale localizzazione.

<sup>8</sup> Così, espressamente, R. CLERICI, *sub* Art. 30, *cit.*, p. 1062.

<sup>9</sup> La norma è completata da due ulteriori disposizioni che affrontano, rispettivamente, il tema della validità del negozio di scelta e la questione dell'opponibilità ai terzi del regime patrimoniale. In base al par. 2, il negozio di scelta è valido se è considerato tale dalla stessa legge designata ovvero dalla legge nel quale il negozio è stato stipulato. Il par. 3, invece, subordina l'opponibilità di un regime patrimoniale sottoposto ad una legge straniera alla conoscenza ovvero alla conoscibilità di tale regime, puntualizzando, rispetto ai beni immobili, l'esigenza che siano rispettate le forme di pubblicità prescritte dallo Stato in cui si trovano i beni.



forme alle medesime censure postesi in relazione all'art. 19 delle disp. prel. cod. civ.<sup>10</sup>. Da tale circostanza sembra pertanto doversi trarre la conclusione che, ove il giudice italiano dovesse trovarsi applicare in un caso concreto le disposizioni convenzionali – nei rapporti con i soli altri due Stati che non hanno ancora provveduto a denunciare denunciato la Convenzione – dovrebbe conseguentemente essere sollevata una questione di legittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione<sup>11</sup>.

Analogamente, mette conto di rilevare che tutti i regolamenti sino ad ora adottati nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia civile escludono dal proprio ambito di applicazione, per quanto di rispettiva competenza, la materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi<sup>12</sup>.

2. – La perdurante mancanza di una disciplina uniforme nella materia costituisce evidente riprova di come, nel diritto di famiglia, le caratteristiche sociali e culturali dei singoli ordinamenti statali spieghino una più diretta incidenza<sup>13</sup>.

Non è possibile, in questa sede, entrare nel merito delle discordanze che interessano gli ordinamenti dei vari Stati membri in prima battuta sul piano del diritto materiale<sup>14</sup>. Sul diverso versante del diritto internazionale privato, invece, può osservarsi come accanto a Stati che, impiegano, a titolo principale, il criterio della cittadinanza comune dei coniugi – come l'Italia – altri,

---

<sup>10</sup> La Convenzione dell'Aja del 1978 è entrata in vigore il 1° settembre 1992 e vincola esclusivamente la Francia, il Lussemburgo e il Paesi Bassi. La Convenzione dell'Aja del 17 luglio 1905 relativa ai conflitti di leggi in materia di effetti del matrimonio sui diritti e doveri dei coniugi nei loro rapporti personali e patrimoniali, è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con legge il 27 giugno 1909, n. 640, ed è entrata in vigore il 22 agosto 1912. Essa è formalmente ancora in vigore per Italia, Portogallo e Romania. Entrambi i testi sono disponibili sul sito della Conferenza dell'Aja, <https://www.hcch.net>.

<sup>11</sup> Sul punto, v. A. ZANOBETTI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 30.

<sup>12</sup> Cfr. art. 1, par. 2, lett. c), regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, c.d. "Roma I", in *G.U.U.E.*, L 177 del 4 luglio 2008 p. 6 ss.; art. 1, par. 1, lett. a), regolamento (UE) 1215/2012 del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione), c.d. Bruxelles I-bis, in *G.U.U.E.*, L 321 del 21 dicembre 2012 p. 1 ss.; l'art. 1, par. 2, lett. e), regolamento (UE) n. 1259/2010, del 20 dicembre 2010, che istituisce una cooperazione rafforzata in tema di legge applicabile alla separazione e al divorzio, in *G.U.U.E.*, L 343 del 29 dicembre 2010, p. 10 ss.

<sup>13</sup> Per tale rilievo, v. L. GAROFALO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 6.

<sup>14</sup> Ad eccezione dei Paesi di *common law*, cui è tradizionalmente estranea la nozione di regimi matrimoniali, la maggior parte degli Stati membri distingue tra un regime legale, che si applica in mancanza di scelta da parte degli sposi, e un regime opzionale, la cui disciplina è sostanzialmente rimessa all'autonomia dei coniugi nell'ambito delle cc.dd. convenzioni matrimoniali. Le divergenze non riguardano soltanto quale sia il regime legale – la comunione ovvero la separazione dei beni – ma anche i contenuti di ciascun regime. Per una ricostruzione del quadro vigente nei vari Stati membri, cfr. A. FUSARO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in G. ALPA, G. CAPILLI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Cedam, 2006, p. 485 ss.; ID., *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, 2015, p. 121 ss.; S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in G. FERRANDO (dir.), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, Zanichelli, 2008, p. 229 ss. V. anche G. OBERTO, *La comunione legale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 267 ss.



invece, privilegino il criterio del domicilio – Regno Unito e Irlanda – mentre altri ancora il criterio della residenza comune degli sposi – così, ad esempio, Germania, Austria e Spagna. Approcci diversificati si rinvencono, altresì, in relazione ai beni immobili di proprietà dei coniugi: mentre è univoca l'applicazione della *lex rei sitae* rispetto al contenuto di tali diritti, taluni Stati ne estendono l'applicazione anche al titolo di acquisto<sup>15</sup>.

L'esigenza di definire un quadro internazionalprivatistico uniforme in materia di regimi patrimoniali tra coniugi è da tempo avvertita presso le istituzioni dell'Unione europea, quale complemento indispensabile per la realizzazione ed il consolidamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, senza frontiere interne, garantito dai Trattati istitutivi<sup>16</sup>. Alle disparità sopra evocate si riconnettono, infatti, difficoltà ed incertezze suscettibili di incidere negativamente sulla gestione quotidiana dei beni e, in maniera ancor più evidente, in caso di liquidazione del patrimonio a seguito di separazione oppure nel caso di decesso di uno dei due componenti della coppia, con ricadute negative anche rispetto ai diritti dei terzi<sup>17</sup>.

L'esercizio effettivo dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, in particolare il diritto alla libera circolazione, ne risulta, di riflesso, ostacolato. In proposito, è appena il caso di notare che la mobilità transfrontaliera delle persone connaturata ad uno spazio privo di frontiere interne ha dato luogo ad un significativo incremento dei matrimoni e, accanto a questi ultimi, di altre forme di unione – tra cittadini di Stati membri diversi, facendo emergere ancora più stringenti esigenze di certezza del diritto. Il fenomeno delle coppie cc.dd. internazionali, peraltro, assume una valenza complessa, che non si esaurisce nell'aspetto appena rilevato: ad esempio, infatti, è idonea ad imprimere alla fattispecie il carattere della transnazionalità la circostanza che la coppia, pur avendo in comune la medesima cittadinanza, risieda, ad esempio per motivi di lavoro, in uno Stato membro diverso da quello di cittadinanza<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Per una ricostruzione in chiave comparatistica dei diversi approcci rinvenibili nei sistemi di diritto internazionale privato dei vari Stati membri la Comunicazione della Commissione *Eliminare le incertezze legate ai diritti patrimoniali delle coppie internazionali*, del 16 marzo 2011, COM(2011) 125 def.

<sup>16</sup> L'adozione di uno strumento europeo in materia di regimi patrimoniali dei coniugi figurava tra le priorità in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile nel Piano d'azione di Vienna del Consiglio e della Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in *G.U.C.E.*, C 19 del 23 gennaio 1999, p. 1 ss., nonché nel Programma dell'Aja, adottato al Consiglio europeo del 4-5 novembre 2004, sul rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, in *G.U.C.E.*, C 53 del 3 marzo 2005, p. 1 ss., p. 3.4.2.

<sup>17</sup> In particolare, sulle difficoltà che le coppie internazionali sono costrette ad affrontare, v. lo Studio realizzato nel 2003 del consorzio ASSER-UCLA: *Etude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et dans le droit interne des états membres de l'Union*, reperibile sul sito [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report\\_regimes\\_030703\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf). V. anche la Relazione della Commissione sulla cittadinanza dell'Unione, 2010, *Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dell'Unione*, COM (2010) 603 def., punto 2.1.1. Su tali aspetti, v. inoltre S. BARIATTI, I. VIARENGO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario*, in *Riv. dir. priv. proc.*, 2007, p. 603 ss.

<sup>18</sup> Libro Verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, del 17 luglio 2006, COM (2006) 400 def. Incidono in misura cospicua anche i crescenti flussi di migrazione, nonché le recenti modifiche che nei vari ordinamenti hanno



Le istanze ora riferite hanno trovato un primo riscontro concreto, nel marzo 2011, nella presentazione da parte della Commissione di due proposte parallele, aventi ad oggetto la disciplina internazionalprivatistica – giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento – rispettivamente dei rapporti patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate<sup>19</sup>. A dispetto delle speranze riposte nel fruttuoso compimento dell'*iter* decisionale, tuttavia, il Consiglio è giunto durante la seduta del 3 dicembre 2015 alla formale presa d'atto dell'impossibilità di raggiungere un accordo entro un tempo ragionevole<sup>20</sup>.

Gli sforzi compiuti e i risultati raggiunti nel corso di tale faticoso processo non sono però stati vani. Facendo seguito alla richiesta avanzata in proposito da un nutrito gruppo di Stati membri, tra cui l'Italia,<sup>21</sup> il 2 marzo 2016 la Commissione ha sottoposto al Consiglio una proposta di autorizzazione all'instaurazione di una cooperazione rafforzata, ai sensi dell'art. 20 TUE e degli artt. 326-334 TFUE<sup>22</sup>, corredata da due proposte di regolamento, concernenti la competenza, la legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni rispettivamente i regimi patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate<sup>23</sup>.

---

subito le regole in tema di acquisizione della cittadinanza, che hanno in molti casi comportato l'abolizione dell'acquisto automatico da parte della moglie della cittadinanza del marito e la conseguente perdita della cittadinanza originaria. Sul punto, v. A. ZANOBETTI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 29.

<sup>19</sup> COM(2011) 126 def.; COM(2011) 127 def. Per un commento alle originarie proposte, cfr. I. VIARENGO, *The EU Proposal in Matrimonial Property Regimes. Some General Remarks*, in *Yearb. Priv. Int'l Law*, 2011, p. 182 ss.; M. BUSCHBAUM, U. SIMON, *Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés*, in *Rev. critique dr. privé*, 2011, p. 801 ss.

<sup>20</sup> Occorre, infatti, rammentare che, nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, l'art. 81, par. 3, TFUE subordina l'approvazione da parte del Consiglio delle misure concernenti il diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali al raggiungimento dell'unanimità tra gli Stati membri, previa consultazione del Parlamento europeo. Resistenze sono state opposte, in particolare, dalla Polonia e dell'Ungheria, che, rispetto alla proposta di regolamento relativa alle unioni registrate, hanno espresso il timore – infondato, come emergerà in seguito – che ne derivasse l'obbligo in capo agli Stati membri ad ammettere nel proprio ordinamento interno l'istituzione di tali forme di unione: un effetto, quest'ultimo, che, invece, è espressamente escluso (v. *infra*, par. 3).

<sup>21</sup> Si tratta in particolare di Svezia, Belgio, Grecia, Croazia, Slovenia, Spagna, Francia, Portogallo, Italia, Malta, Lussemburgo, Germania, Repubblica ceca, Paesi Bassi, Austria e Bulgaria. In un secondo momento, anche Cipro ha manifestato attraverso una lettera indirizzata alla Commissione la volontà di partecipare allo stabilimento della cooperazione rafforzata, portando a 18 il numero complessivo degli Stati membri partecipanti.

<sup>22</sup> COM (2016) 108 def. La cooperazione rafforzata è subordinata ad una richiesta in tal senso da parte di almeno nove Stati membri, eccetto che nelle materie di competenza esclusiva dell'Unione ed è volta a promuovere la realizzazione obiettivi dell'Unione che non possano essere perseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme. La delibera di autorizzazione è adottata dal Consiglio a maggioranza qualificata, previa approvazione del Parlamento europeo. Sull'istituto delle cooperazioni rafforzate, quale elemento di deviazione rispetto al carattere uniforme dell'integrazione europea, introdotto dal Trattato di Amsterdam e modificato da ultimo dal Trattato di Lisbona, v. F. POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 297 ss.

<sup>23</sup> Cfr. Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, COM (2016) 106; Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, COM (2016) 107. Le proposte ricalcano il testo di compromesso presentato in occasione della menzionata seduta del Consiglio del 3 dicembre 2015.



In prospettiva, dunque, i citati strumenti si accingono a completare, per gli Stati membri partecipanti – ed eventualmente per gli Stati membri che sceglieranno di aderirvi in un momento successivo<sup>24</sup> – il quadro degli ormai numerosi strumenti sinora adottati nel settore della cooperazione giudiziaria concernente il diritto di famiglia<sup>25</sup>. Di riflesso, il ruolo esclusivo sinora svolto dall'art. 20 della l. n. 218/1995 appare destinato, nel breve periodo, ad essere messo in discussione.

Nei paragrafi che seguono, l'attenzione sarà focalizzata sul solo aspetto relativo al diritto applicabile (artt. 20-35), con particolare riguardo all'ampio spazio riservato all'autonomia delle parti in chiave internazionalprivatistica, con l'obiettivo di mettere in luce i principali elementi di novità che, in prospettiva, ne discendono rispetto alla disciplina posta dall'art. 30 della l. n. 218/1995. Non deve, peraltro, essere persa di vista la portata ben più ampia delle proposte in commento, che mirano ad istituire un *corpus* completo di norme di diritto internazionale privato uniforme, applicabili ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, affrontando attraverso disposizioni specifiche anche i diversi profili attinenti, rispettivamente, all'individuazione del giudice competente (artt. 4-19) ed al riconoscimento delle decisioni straniere (artt. 36-57)<sup>26</sup>.

**3.** – In linea di principio, le proposte in commento si propongono di definire soluzioni convergenti, con il proposito di assicurare parità di trattamento tra i coniugi e i *partners* di un'unione registrata, con le sole differenze strettamente necessarie dalla diversa natura giuridica delle fattispecie da regolare. Nondimeno, si è ritenuto opportuno mantenere due strumenti di

---

<sup>24</sup> Gli Stati membri non partecipanti continueranno ad applicare nella materia le proprie norme di diritto internazionale privato, salva la possibilità di aderire alla cooperazione rafforzata in un momento successivo (art. 331, par. 2, TFUE).

<sup>25</sup> Vengono in rilievo, accanto al già ricordato regolamento (UE) n. 1259/2010 sulla legge applicabile alla separazione personale e al divorzio, il regolamento (CE) n. 2201/2003, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, in *G.U.C.E.*, L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.; il regolamento (UE) n. 4/2009, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *G.U.U.E.*, L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss.; il regolamento (UE) n. 650/2012, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, in *G.U.U.E.*, L 201 del 27 luglio 2012, p. 107 ss.

<sup>26</sup> Anche rispetto ai summenzionati profili hanno trovato applicazione, sino ad ora, le norme statali di diritto internazionale privato (cfr. art. 3 e artt. 64 ss, l. n. 218/1995). La disciplina uniforme mira ad assicurare la concentrazione di fronte alle autorità giurisdizionali del medesimo Stato membro di diverse domande tra loro correlate, contemplando in certa misura anche la possibilità per le parti di scegliere il giudice competente, favorendo così la coincidenza tra *forum* e *jus*. Quanto al diverso profilo del riconoscimento, gli strumenti si ispirano al principio del riconoscimento reciproco, istituendo una procedura uniforme per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie provenienti da un altro Stato membro, armonizzando e riducendo al minimo i motivi di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione.



stinti, per facilitarne la lettura e l'applicazione da parte delle autorità degli Stati membri<sup>27</sup>.

I futuri regolamenti intendono applicarsi ai regimi patrimoniali tra coniugi ovvero agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, nelle fattispecie implicanti conflitti di leggi, ossia nelle situazioni che presentano punti di contatto con diversi ordinamenti<sup>28</sup>.

Occorre svolgere alcuni rilievi preliminari per quanto concerne le nozioni rispettivamente di matrimonio e di unione registrata.

Quanto al matrimonio, la relazione che accompagna il relativo strumento ha cura di precisare che il futuro regolamento non pregiudicherà in alcun modo né l'esistenza, né la validità di un matrimonio in forza del diritto di uno Stato membro, né il riconoscimento in uno Stato membro di un matrimonio contratto in un altro Stato membro. Tali questioni, come viene precisato nel Preambolo, continuano evidentemente ad essere disciplinate dal diritto nazionale di ciascuno Stato membro, ivi comprese le specifiche disposizioni di diritto internazionale privato<sup>29</sup>.

È esclusa, parimenti, qualsiasi incidenza sulle questioni attinenti l'esistenza, la validità ed il riconoscimento delle unioni registrate. Non deve trarre in inganno la definizione di "unione registrata" fornita dall'art. 1 del relativo strumento: essa, infatti, fa riferimento al «regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione», con ciò lasciando intendere, in modo inequivocabile, che non ne discende alcun obbligo in capo agli Stati membri partecipanti di riconoscere tali forme di unione diverse dal matrimonio.

Se ne ricava, complessivamente, la "neutralità" delle proposte sotto il profilo del genere dei componenti della coppia: esse, infatti, si prestano a ricomprendere tanto il matrimonio tra uomo e donna, quanto il matrimonio omosessuale, ammesso in taluni Stati membri e tanto le unioni registrate tra eterosessuali ovvero tra persone dello stesso sesso<sup>30</sup>. Risultano, invece, escluse

---

<sup>27</sup> V. in tal senso le relazioni esplicative che accompagnano le proposte.

<sup>28</sup> Per vero, l'attuale formulazione delle proposte omette il riferimento espresso alle situazioni implicanti conflitti di leggi, ma da tale carattere non è dato prescindere nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia civile, così come disciplinata dall'art. 81 TFUE. È peraltro auspicabile un chiarimento sul punto.

<sup>29</sup> Si veda, in tal senso, l'art. 9 della Carta europea dei diritti fondamentali, secondo il quale il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Appare, peraltro, significativo che, a differenza dell'art. 12 CEDU, l'art. 9 della Carta europea ometta qualsiasi riferimento esplicito alla diversità di sesso tra i coniugi. Se ne evince un chiaro atteggiamento di apertura nei confronti delle unioni omosessuali da parte del legislatore europeo, in un'ottica di parificazione rispetto al matrimonio tradizionale: così I. QUEIROLO, *Integrazione europea e diritto di famiglia*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. G. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 585 ss., 606. D'altro canto, nelle spiegazioni che corredano l'art. 9, si legge che la formulazione di tale diritto è stata aggiornata al fine di tenere in considerazione i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia, ma pur sempre con la puntualizzazione che la norma non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Per un commento, v. C. CAMPIGLIO, *sub* Art. 9, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, 2<sup>a</sup> ed., Cedam, 2014, p. 1685 ss.

<sup>30</sup> Con l'approvazione della l. 20 maggio 2016, n. 76, recante "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze" (in *Gazz. Uff.*, Serie Generale 21 maggio 2016, n. 118), anche l'Italia è oggi provvista di una normativa che conferisce rilievo giuridico alle unioni omoaffettive. Il Parlamento ha risposto



dall'ambito di applicazione dello strumento, le convivenze di fatto, ossia le unioni che non sono state istituzionalmente formalizzate dinanzi ad un'autorità pubblica.

Costituisce, invece, a tutti gli effetti, una nozione autonoma quella di “regime patrimoniale tra coniugi” e, accanto ad essa, quella di “effetti patrimoniali di un'unione registrata”. Tali nozioni, tratteggiate nei due strumenti in termini sostanzialmente coincidenti, sono atte a designare l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi ovvero dei partner tra loro e rispetto ai terzi, in conseguenza del matrimonio ovvero del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell'unione o dello scioglimento dei medesimi<sup>31</sup>. Il carattere autonomo di tale nozione impone di prescindere dalla nozioni rinvenibili nelle normative interne dei singoli Stati membri partecipanti e di fare riferimento, invece, al contesto dell'atto e alla sue specifiche finalità<sup>32</sup>.

Per quanto più specificamente concerne il diritto applicabile, tra i molteplici aspetti che ricadono nell'ambito della legge regolatrice, sono indicati, a titolo esemplificativo: (a) la classificazione dei beni di uno o entrambi i componenti della coppia in varie categorie; (b) il passaggio dei beni da una categoria all'altra; (c) la responsabilità di uno dei componenti della coppia per le passività e i debiti dell'altro; (d) i poteri, i diritti e gli obblighi di uno o di entrambi i componenti della coppia con riguardo ai beni; (e) lo scioglimento del regime patrimoniale tra coniugi ovvero dell'unione e la divisione, distribuzione o liquidazione dei beni; (f) gli effetti del regime patrimoniale tra coniugi ovvero le conseguenze degli effetti patrimoniali dell'unione sui rapporti giuridici tra uno di essi e i terzi; (g) la validità sostanziale di una convenzione matrimoniale ovvero di una convenzione tra partner<sup>33</sup>.

---

così all'invito della Corte Costituzionale, che nella sentenza n. 138/2010, aveva affermato il diritto fondamentale delle persone dello stesso sesso di ottenere il riconoscimento giuridico, con annessi diritti e doveri, della loro stabile unione, sia pure in una forma diversa dal matrimonio, sollecitando, appunto, l'intervento del legislatore. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva esortato a più riprese il nostro Paese a riconoscere le nuove forme di famiglia, senza discriminazioni basate sull'orientamento sessuale: v. da ultimo il caso *Oliari ed altri c. Italia*, sentenza del 21 luglio 2015, ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11, nel quale i giudici di Strasburgo hanno ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU (che tutela il rispetto della vita privata e familiare) nella mancanza di una normativa volta a riconoscere e a proteggere le unioni omosessuali.

<sup>31</sup> Cfr. artt. 3, par. 1, lett. a). Parimenti, è formulato in termini analoghi l'elenco delle materie escluse che, in base agli artt. 1, par. 2, delimitano l'ambito di applicazione di ciascuno strumento, tra cui la capacità giuridica dei componenti della coppia, le obbligazioni alimentari; la successione a causa di morte di uno dei due; la sicurezza sociale; la natura dei diritti reali, etc.

<sup>32</sup> Cfr. in particolare le sentenze della Corte di Giustizia del 17 marzo 1979, causa C-143/78, *De Cavel I*, causa C-143/78, in *Raccolta*, 1979, p. 1055 ss., e del 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *Van der Boogaard*, in *Raccolta*, 1997, p. I-1147 ss., da cui si ricava, innanzi tutto, che nella nozione di rapporti patrimoniali ricade non solo il regime dei beni specificamente ed esclusivamente contemplato dalle legislazioni nazionali in vista del matrimonio, ma anche tutti i rapporti patrimoniali che derivano direttamente dal vincolo coniugale o dallo scioglimento di questo. Quanto in particolare ai rapporti patrimoniali che derivano dallo scioglimento del vincolo, la Corte di Giustizia ha precisato che vi rientrano le questioni attinenti alla ripartizione dei beni tra i coniugi, ad esclusione delle questioni relative alle obbligazioni alimentari, oggi attratte nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) n. 4/2009.

<sup>33</sup> Cfr. artt. 27.



4. – In linea di continuità con un indirizzo ormai costante negli strumenti di diritto internazionale privato dell’Unione europea, le norme di conflitto dettate nelle proposte in commento possiedono un ambito di applicazione universale (*erga omnes*): ciò significa che i criteri di collegamento ivi definiti possono indifferentemente condurre tanto alla legge di uno Stato membro dell’Unione europea – non importa se partecipante o meno alla cooperazione rafforzata – quanto alla legge di uno Stato terzo. Se uno dei principali argomenti a favore di un simile approccio può rinvenirsi in esigenze di opportunità pratica facilmente intuibili<sup>34</sup>, in termini pratici se ne ricava che le norme di conflitto uniformi sono destinate a sostituirsi integralmente – nei limiti del loro ambito di applicazione *ratione materiae* – alle norme di conflitto dei singoli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata, ossia, per quanto riguarda l’ordinamento italiano, l’art. 30 della l. n. 218/1995.

Speciale risalto merita, inoltre, la disposizione di cui all’art. 21, che sotto la rubrica “unità della legge applicabile”, stabilisce il principio secondo il quale la legge regolatrice, individuata dalle pertinenti norme dei regolamenti proposti, si applica alla totalità dei beni rientranti nel regime patrimoniale, a prescindere dalla natura dei beni coinvolti – mobili o immobili – nonché indipendentemente dall’eventuale ubicazione dei beni suddetti in Stati diversi. L’opzione di riservare una disciplina di conflitto mirata rispetto ai beni immobili era, in effetti, stata vagliata durante la consultazione, argomentando dal principio diffuso della *lex rei sitae*<sup>35</sup>. Si è tuttavia ritenuto di dover accantonare tale approccio a favore di quello appunto dell’unità della legge applicabile, in un’ottica pragmatica che intende scongiurare le difficoltà derivanti dall’applicazione di leggi distinte in funzione della natura dei beni. Ne risulta, conseguentemente, esclusa la possibilità di operare un frazionamento della legge applicabile, compreso quello derivante da un’espressa disposizione delle parti in tal senso.

A fronte della varietà delle soluzioni riscontrabili nei sistemi di diritto internazionale privato dei vari Stati membri, le proposte individuano nella volontà delle parti il criterio principale ai fini dell’individuazione della legge regolatrice dei rapporti patrimoniali delle coppie internazionali<sup>36</sup>.

Non sembra superfluo ricordare che, in origine, la proposta relativa alle unioni registrate

---

<sup>34</sup> Per approfondite riflessioni sul punto, v. P. FRANZINA, *sub* Art. 2, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, in *NLCC*, 2009, pp. 521 ss., 606 ss.

<sup>35</sup> In tal senso, v. ad esempio la soluzione adottata nella Convenzione dell’Aja del 1978, sopra ricordata.

<sup>36</sup> Per approfondite riflessioni sull’autonomia internazionalprivatistica nel quadro delle fonti dell’Unione europea, v. G. BIAGIONI, *Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell’Unione europea*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, n. 2, p. 15 ss.; O. FERACI, *L’autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell’Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 424 ss. Con specifico riguardo al diritto di famiglia, cfr. E. JAYME, *Party Autonomy in International Family Law and Succession Law*, in *Yearb. Priv. Int’l Law*, 2009, p. 3 ss.; T. MARZAL YETANO, *The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, in *Journ. Priv. Int’l Law*, 2010, p. 155 ss.; P. FRANZINA, *L’autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in tema di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 488 ss. Un limitato spazio per l’autonomia delle parti è riconosciuto anche rispetto all’individuazione dell’autorità giurisdizionale competente: cfr. artt. 7.



escludeva qualsiasi margine per l'esercizio dell'autonomia internazionalprivatistica dei partner, indicando come legge applicabile esclusivamente la legge dello Stato di registrazione dell'unione. Le forti perplessità avanzate in proposito<sup>37</sup>, inducevano il Parlamento europeo a richiedere il parere dell'Agenzia europea dei diritti fondamentali, la quale ravvisava nella predetta esclusione un contrasto con il principio di uguaglianza e con il divieto di discriminazione, stabiliti rispettivamente dagli artt. 20 e 21 della Carta europea dei diritti fondamentali<sup>38</sup>. Nelle battute successive della discussione la componente discriminatoria appena riferita è stata quindi eliminata e, secondo l'attuale formulazione delle proposte, è riconosciuta tanto in capo ai coniugi, quanto ai partner di un'unione registrata la facoltà di individuare la legge statale regolatrice dei rapporti patrimoniali che discendono rispettivamente dal matrimonio e dall'unione registrata. Permangono, nondimeno, alcuni significativi elementi di differenziazione, che traggono la propria ragion d'essere dall'intrinseca diversità del vincolo posto in essere.

Il comune denominatore è dato dal fatto che, in entrambi i casi, il riconoscimento della volontà delle parti quanto all'individuazione della legge regolatrice non si configura in termini assoluti. Difatti, l'*optio legis* può essere esercitata soltanto all'interno di un novero di leggi tassativamente prestabilite, tutte quante espressive di un connessione – più o meno stretta – tra l'ordinamento statale prescelto e la fattispecie da regolare<sup>39</sup>. Viene riproposta, a tale stregua, la tecnica di conflitto già impiegata dal regolamento (UE) n. 1259/2010, che istituisce una cooperazione rafforzata in tema di legge applicabile al divorzio<sup>40</sup>. E come già ricordato la stessa tecnica ispira l'art. 30 della l. n. 218/1995.

<sup>37</sup> V. in tal senso il Parere della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, del 6 settembre 2012.

<sup>38</sup> Il parere dell'Agenzia, espresso in data 31 maggio 2012, è reperibile sul sito <http://fra.europa.eu/sites>. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come noto, si è vista riconoscere, per effetto del Trattato di Lisbona, eguale valore giuridico vincolante al pari dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE). Sul rispetto dei diritti dell'uomo come parametro di legittimità delle fonti di diritto internazionale privato dell'Unione europea, v. F. SALERNO, *Il vincolo al rispetto dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti del diritto internazionale privato*, in *DUDI*, 2014, p. 549 ss. Cfr. anche P. IVALDI, C. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 7 ss.; S. BARIATTI, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in L. S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Atti del XV Convegno SIDI*, Napoli, 2010, p. 397 ss.; G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Giappichelli, 2009.

<sup>39</sup> Cfr. artt. 22.

<sup>40</sup> Il regolamento (UE) n. 1259/2010 si applica a decorrere dal 21 giugno 2012 e vincola, allo stato attuale, 16 Stati membri, quali Austria, Belgio, Bulgaria, Francia, Germania, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Portogallo, Romania, Slovenia, Spagna, Ungheria, a cui si sono aggiunte, successivamente, Lituania e Grecia. Rispetto a queste ultime la data di applicazione del regolamento è posticipata, rispettivamente, al 22 maggio 2014 e al 29 luglio 2015. Tra gli ormai numerosi contributi dedicati a tale regolamento, cfr. P. FRANZINA (a cura di), *Il regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, p. 1479 ss.; R. CLERICI, *sub Art. 81, sez. XIV*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 646 ss. Con particolare riferimento alla valorizzazione in tale strumento della libera determinazione dei coniugi quanto all'individuazione del diritto applicabile, v. P. FRANZINA, *L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in tema di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. int.*, 2011, cit.



Prendendo le mosse dalla disciplina dell'*optio legis* in tema di rapporti tra coniugi, la scelta può essere esercitata, di comune accordo tra gli stessi, tra una delle seguenti leggi: *a*) la legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi o nubendi ovvero di uno di essi soltanto; *b*) la legge di uno Stato di cui uno dei coniugi o nubendi ha la cittadinanza. In ogni caso, il momento al quale occorre fare riferimento è quello della conclusione dell'accordo. È parimenti ammessa una scelta modificativa, che, peraltro, salvo diverso accordo dei coniugi, avrà effetto in linea di principio soltanto *ex nunc*. Ed invero, pur non essendo preclusa una modifica con effetti retroattivi, per espressa disposizione dell'art. 22, par. 33, un eventuale scelta in tal senso non pregiudica i diritti dei terzi derivanti dalla legge che in precedenza regolava tali rapporti.

Quanto alle unioni registrate, i partner o futuri partner possono designare la legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata a condizione che la legge designata attribuisca effetti patrimoniali all'istituto dell'unione registrata. Soddisfatto tale presupposto, occorre poi, anche in questo caso, che la scelta sia esercitata all'interno di un insieme di leggi circoscritto alle seguenti: *(a)* la legge dello stato della residenza abituale dei partner o futuri partner, ovvero di uno di essi soltanto; *(b)* la legge di uno stato di cui uno dei partner o futuri partner ha la cittadinanza, sempre al momento della conclusione della convenzione; *(c)* infine, la legge dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita.

Le leggi incluse nell'elenco sono poste sullo stesso piano, senza che sia istituita alcuna gerarchia. La *ratio*, come emerge dalla relazione esplicativa, è quella di evitare che l'ordinamento designato abbia scarsa attinenza con la realtà o con l'evoluzione della situazione della coppia. In proposito, peraltro, occorre osservare che la legge di cui uno dei coniugi o dei partner ha la cittadinanza potrebbe esprimere in realtà un legame assai tenue. Da questo punto di vista, la funzione localizzatrice che tradizionalmente si attribuiva all'autonomia internazionalprivatistica in questa materia appare in parte sfumare, assumendo contestualmente una valenza sostanziale, volta cioè a consentire alla coppia di designare la legge applicabile in funzione di valutazioni di convenienza che attengono al suo contenuto<sup>41</sup>.

Per quanto concerne il momento di esplicazione della scelta, questa può essere effettuata in qualsiasi tempo: prima del matrimonio o della registrazione dell'unione; all'atto della celebrazione ovvero della registrazione; nel corso del matrimonio ovvero dell'unione. Le parti possono modificare la scelta precedentemente espressa, ponendo in essere un nuovo accordo, purché – è opportuno precisarlo – si tratti pur sempre di una delle leggi specificamente indicate.

Sono molteplici i vantaggi insiti nella facoltà riconosciuta alle parti di designare la legge regolatrice. In primo luogo, essa si presta a soddisfare le esigenze di certezza del diritto, in particolare sotto il profilo della “stabilizzazione” della legge regolatrice. Occorre, infatti, notare che,

---

<sup>41</sup> Sulla funzione localizzatrice dell'autonomia delle parti con riferimento all'art. 30 della l. n. 218/1995, v. I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 153 ss. Sulle significative aperture in chiave sostanziale di tale criterio nel contesto del regolamento (UE) n. 1259/2010, v. ID., *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, pp. 601 ss., 615.



nel caso in cui, in un momento successivo alla scelta, la connessione con l'ordinamento statale designato venga meno, tale evenienza non inficia in alcun modo la validità della scelta effettuata: ad esempio, ove la legge designata sia quella della residenza abituale comune dei coniugi e, in un momento successivo, i coniugi spostino la loro residenza abituale in un altro Stato, il regime patrimoniale dei coniugi continuerà ad essere disciplinato dalla legge dello Stato originariamente designato<sup>42</sup>. Parimenti, nel caso in cui in origine la coppia non abbia determinato autonomamente la legge regolatrice, ove questa sposti la propria residenza abituale in un altro Stato membro, l'esercizio dell'*optio legis* potrà consentire alla coppia di mantenere i propri rapporti patrimoniali assoggettati alla medesima legge che li assoggettava in precedenza. Ai vantaggi sopra riferiti in termini di certezza del diritto si accompagnano poi effetti positivi rispetto all'effettivo esercizio delle libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione europea.

Le proposte affrontano, attraverso disposizioni, mirate anche il profilo della validità dell'accordo di scelta.

In tema di validità formale, l'art. 23 fissa come requisito necessario la forma scritta, richiedendo inoltre che la convenzione sia datata e firmata da entrambi i coniugi. La forma scritta, che risulta chiaramente incompatibile con una manifestazione di volontà tacita, risponde all'esigenza di garantire la libera e piena consapevolezza dei coniugi circa le conseguenze della scelta posta in essere in ordine al diritto applicabile. Alla forma scritta è equiparata qualsiasi comunicazione elettronica idonea a consentire una registrazione durevole dell'accordo. La stessa disposizione, tuttavia, si fa carico ai paragrafi successivi dell'eventualità in cui requisiti di forma più rigorosi – “supplementari”, stando alla formulazione della norma – siano imposti dalla legge dello Stato membro in cui entrambi i coniugi hanno la residenza abituale, prevedendo che in tal caso si applichino tali requisiti. Ove invece la residenza abituale dei coniugi si trovi in Stati membri diversi, le cui rispettive leggi prevedano requisiti di forma differenti per le convenzioni matrimoniali, l'accordo di scelta della legge regolatrice è valido, quanto alla forma, se soddisfa i requisiti della legge di uno di detti Stati, secondo la tecnica del concorso alternativo, la cui *ratio* è, come noto, quella di garantire la validità del negozio (*favor negotii*). Se, invece, soltanto uno dei coniugi risiede in uno Stato membro e se tale Stato prevede requisiti di forma supplementari, sono questi ultimi requisiti ad applicarsi<sup>43</sup>.

Secondo l'art. 24, le questioni relative al consenso delle parti e alla validità sostanziale devono essere risolte alla stregua stessa legge che sarebbe applicabile in base all'art. 22 se l'accordo di scelta fosse valido. Contestualmente, tuttavia, la norma autorizza, al par. 2, il coniuge che intenda dimostrare di non aver dato il proprio consenso, a riferirsi alla legge del paese in cui questi ha la residenza abituale – con riferimento al momento stesso in cui viene adita l'autorità giurisdizionale – purché dalle circostanze del caso risulti irragionevole stabilire l'effetto del suo

---

<sup>42</sup> Resta inteso che, in tale ipotesi, le parti potranno convenire di comune accordo di modificare la legge applicabile attraverso una nuova *optio legis*.

<sup>43</sup> Del tutto identico è il contenuto degli artt. 23-24 della Proposta relativa alle unioni registrate.



comportamento secondo la legge indicata nel par. 1. Ne discende in capo al giudice un cospicuo margine di discrezionalità quanto alla valutazione relativa ai presupposti per l'applicazione di tale norma<sup>44</sup>.

5. – Sin qui, si è visto come la volontà delle parti sia assunta nell'ambito di entrambe le proposte come criterio di collegamento principale ai fini dell'individuazione del diritto applicabile. Con riguardo alle ipotesi in cui la coppia abbia omesso di esercitare tale facoltà – ovvero non l'abbia validamente esercitata, scegliendo una legge non contemplata tra quelle designabili – soccorrono, secondo la logica del concorso successivo, i criteri oggettivi puntualmente indicati dall'art. 26. La norma impone di fare riferimento, in prima battuta, alla prima residenza abituale comune dei coniugi, dopo la celebrazione del matrimonio. Ove tale criterio non risulti applicabile, occorre fare riferimento in via sussidiaria cittadinanza comune dei coniugi, al momento della celebrazione del matrimonio<sup>45</sup>. Da ultimo, quando anche quest'ultimo criterio sia inidoneo ad operare, perché manca appunto una cittadinanza comune, la norma ripiega sulla legge dello Stato con il quale i coniugi presentano “assieme” – così espressamente la norma – il collegamento più stretto, avendo riguardo sempre al momento della celebrazione del matrimonio e tenendo conto di tutte le circostanze del caso.

Risulta confermato, a tale stregua, il ruolo preminente accordato, nel sistema di diritto internazionale dell'Unione europea, al criterio di collegamento della residenza abituale, quale criterio maggiormente idoneo ad individuare l'ambiente sociale nel quale il soggetto – in questo caso la coppia – è effettivamente integrato. Correlativamente, il criterio della cittadinanza si vede relegato in un ruolo meramente secondario, stante il divieto vigente nell'ordinamento dell'Unione europea di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità (art. 18 TFUE)<sup>46</sup>.

È opportuno rammentare che ai fini dell'individuazione della residenza abituale – di cui deve essere garantita un'interpretazione autonoma, sganciata, quindi, dalle nozioni rinvenibili nei singoli Stati membri, per garantire la necessaria uniformità di interpretazione tra gli Stati mem-

---

<sup>44</sup> La matrice di tale disposizione si rinviene nell'art. 10 del regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che a sua volta ripropone la soluzione dettata dall'art. 8 della Convenzione di Roma del 1980. Per un commento, v. B. CORTESE, *sub* Art. 10, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008*, cit., p. 804 ss.

<sup>45</sup> La norma ha cura di precisare, al par. 2, che l'eventualità in cui i coniugi abbiano più di una cittadinanza comune, impedisce al criterio indicato *sub* lett. b) di funzionare. Una disposizione espressa sul punto manca nell'art. 30 della legge di riforma, ma la dottrina prevalente concorda sul fatto che la cittadinanza plurima in capo ad entrambi i coniugi sia di ostacolo al funzionamento della norma.

<sup>46</sup> In argomento v. M. BODGAN, *The EC Treaty and the Use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in International Family Law*, in J. MEEUSEN, G. STRAETMANS, M. PERTEGÁS, F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007, p. 303 ss. Sul punto, v. S. BARIATTI, I. VIARENGO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 610. Come noto, invece, il criterio della cittadinanza, di derivazione manciniana, continua a spiegare un ruolo assai rilevante nell'impianto della l. n. 218/1995, specialmente per quanto concerne le questioni inerenti allo statuto personale.



bri – occorre fare riferimento all’elaborazione che di tale concetto è stata operata dalla Corte di Giustizia, in particolare nell’applicazione del regolamento (CE) n. 2201/2003 in tema di giurisdizione in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, dalla quale si evince, in particolare modo, come quello della residenza abituale sia un criterio di fatto, che prescinde dalle risultanze anagrafiche<sup>47</sup>.

L’art. 26 è completato dalla disposizione secondo la quale, in via di eccezione, ove uno dei coniugi ne faccia richiesta, l’autorità giurisdizionale competente a giudicare su questioni inerenti al regime patrimoniale tra coniugi, può decidere che il regime patrimoniale tra i coniugi sia disciplinata da una legge diversa, in presenza di due condizioni cumulative: innanzi tutto, l’istante deve dimostrare che i coniugi hanno avuto l’ultima residenza abituale comune in tale Stato per un periodo “significativamente più lungo” di quello della prima residenza abituale comune; occorre poi che entrambi i coniugi abbiano fatto affidamento sulla legge di tale Stato nell’organizzazione o pianificazione dei loro rapporti patrimoniali. In pratica, il criterio obiettivo individuato in via principale dal par. 1, lett. a), può essere cedere il passo alla legge di un altro Stato solo in presenza di un collegamento maggiormente significativo e ove si tratti di tutelare un preciso affidamento delle parti in tal senso.

Il carattere eccezionale di tale disposizione appare peraltro, evidenziato da una serie di “cautele” che ne circondano l’applicazione. Da una parte, infatti, è previsto che la legge di tale altro Stato si applichi a decorrere dalla celebrazione del matrimonio. Ciò sempre che i coniugi non siano in disaccordo su questo punto: in questo caso, essa ha effetto a decorrere dallo stabilimento dell’ultima residenza abituale comune in tale Stato. Restano salvi, inoltre, i diritti dei terzi derivanti dalla legge della prima residenza abituale comune. L’applicazione del criterio in esame è, infine, esclusa ove i coniugi abbiano concluso una convenzione matrimoniale prima della data di stabilimento dell’ultima residenza abituale comune in tale altro Stato.

Quanto ai rapporti patrimoniali nell’ambito delle unioni registrate, è sufficiente notare che l’art. 26 individua il criterio obiettivo nella legge dello Stato ai sensi della cui normativa l’unione registrata è stata costituita, salvo poi ammettere un regime di deroga sulla falsariga di quello, poc’anzi descritto, in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi.

Seguono, innanzi tutto, una disposizione dedicata all’opponibilità ai terzi, secondo cui la legge che disciplina il regime patrimoniale non può essere fatta valere contro il terzo a meno che questi non fosse a conoscenza di tale legge o comunque fosse tenuto ad esserne a conoscenza esercitando la dovuta diligenza (artt. 28); quindi, una disposizione sul c.d. adattamento dei diritti reali – direttamente mutuata dall’art. 31 del regolamento (UE) n. 650/2012 – a mente della quale, ove il diritto applicabile non conosca il diritto reale invocato, tale diritto è adattato nella mi-

---

<sup>47</sup> Alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la nozione di residenza abituale può essere ricostruita come il «luogo in cui l’interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro dei propri interessi»: v., *ex multis*, Corte di Giustizia, 15 settembre 1994, causa C-452/93, *Magdalena Fernandez*, in *Raccolta*, 1994, p. I-4295 ss., punto 22; 25 febbraio 1999, causa C-90/97, *Swaddling*, *ivi*, 1999, p. I-1075 ss., punti 29 ss. Sul punto v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2015, p. 582.



sura del possibile al diritto equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione (artt. 29).

Completano il quadro sin qui tratteggiato alcune disposizioni cc.dd. di funzionamento in tema di norme di applicazione necessaria (art. 30); ordine pubblico del foro (art. 31); esclusione del rinvio (art. 32); ordinamenti plurilegislativi a base territoriale e personale (artt. 33-35).

Prendendo le mosse dalle norme di applicazione necessaria, altrimenti dette norme internazionalmente imperative, nulla è aggiunto a quanto già stabilito negli altri regolamenti del sistema di diritto internazionale dell'Unione europea che si occupano di diritto applicabile: viene, infatti, ribadito il principio secondo il quale le norme uniformi dettate dal regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro e la definizione contestualmente offerta ripropone senza variazioni quella già dettata dall'art. 9, par. 1, del regolamento Roma I<sup>48</sup>. Tra le norme riconducibili alla categoria in esame, nel Preambolo sono menzionate, a titolo di esempio, le norme relative alla protezione della casa familiare. Non è fatto, invece, alcun riferimento alle norme di applicazione necessaria di uno Stato diverso da quello del foro.

Quanto all'eccezione di ordine pubblico, sempre in linea di continuità con gli altri strumenti di diritto internazionale privato europei, è previsto che l'applicazione della legge designata dalle pertinenti norme di conflitto possa essere esclusa solo ove la sua applicazione risulti "manifestamente" incompatibile con l'ordine pubblico del foro. Tale difesa potrà essere avanzata, in particolare, contro l'applicazione di disposizioni straniere che conferiscano ad uno dei coniugi una posizione di preminenza rispetto all'altro nell'amministrazione dei beni, eventualità quest'ultima da ritenersi in effetti non così remota, stante la già ricordata applicazione universale dei regolamenti proposti<sup>49</sup>.

Una soluzione piuttosto articolata è dettata in tema di ordinamenti plurilegislativi, sul model-

---

<sup>48</sup> Tali devono intendersi quelle «disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da uno Stato membro per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al regime patrimoniale tra coniugi secondo il presente regolamento». Per contro, il regolamento (UE) n. 1259/2010 omette ogni riferimento alle norme di applicazione necessaria, facendosi carico delle esigenze materiali di protezione ad essa sottese attraverso disposizioni specifiche (artt. 10; 12 e 13): sul punto, v. P. FRANZINA, *Note introduttive I*, in P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, p. 1435 ss.

<sup>49</sup> Il principio della parità tra coniugi è consacrato altresì nell'art. 5 del Protocollo n. 7 allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, entrato in vigore il 1° novembre 1988. È appena il caso di notare, a tale riguardo, che la valutazione di compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento del foro non ha ad oggetto la norma straniera di per sé, ma gli effetti che derivano dalla sua applicazione concreta nell'ordinamento del foro. Occorre poi rilevare che, in mancanza di una disposizione espressa circa le conseguenze derivanti dalla contrarietà all'ordine pubblico, l'interprete potrà fare riferimento all'art. 16, par. 2, della l. n. 218/1995, che in proposito impone di fare riferimento agli altri criteri di collegamento eventualmente previsti dalla norma di conflitto e, come *ultima ratio*, alla *lex fori*. Sul punto, v. per tutti F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 7ª ed., Utet giuridica, 2015, p. 260 ss.



lo di quanto stabilito dal regolamento (UE) n. 1259/2010, a seconda che la pluralità delle normative di diritto privato che coesistono all'interno del medesimo Stato trovi applicazione distinta vuoi su base territoriale, vuoi su base personale<sup>50</sup>.

Un ultimo accenno deve essere fatto all'espressa esclusione del rinvio: ciò significa che il richiamo effettuato dalle pertinenti disposizioni dei regolamenti proposti in tema di legge applicabile – vuoi sulla base della scelta delle parti, vuoi sulla base dei criteri indicati nei casi di mancato esercizio dell'*optio legis* – deve essere inteso alle sole disposizioni di diritto materiale, ad esclusione, quindi, delle norme di diritto internazionale privato. Tale soluzione si allinea ad un indirizzo ormai ben consolidato nel sistema di diritto internazionale privato dell'Unione europea: le difficoltà applicative e l'incertezza giuridica connesse all'operatività del rinvio suggeriscono, infatti, di escluderne l'applicazione anche al di fuori della materia contrattuale dove esso è tradizionalmente escluso<sup>51</sup>.

6. – A conclusione di queste brevi note, è opportuno svolgere alcune considerazioni circa l'impatto che la disciplina uniforme in corso di approvazione si appresta a spiegare su quella interna. L'avvio della procedura intesa ad instaurare una cooperazione rafforzata in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi, nonché rispetto agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, prospetta, in tempi presumibilmente brevi, un'ulteriore erosione dell'ambito di applicazione della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato. L'art. 30 della l. n. 218/1995, che sino ad ora ha svolto un ruolo esclusivo, appare infatti destinato a cedere il passo alla prossima normativa uniforme<sup>52</sup>. Ciò in un momento storico in cui, invece, per effetto dell'approvazione della l. 20 maggio 2016, n. 76, sulla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, tale disposizione sembrava destinato a vedere ampliato il proprio ambito di applicazione, con riferimento appunto alle nuove forme di unione oggi riconosciute anche nel nostro ordinamento<sup>53</sup>.

Se a fronte di tale prospettiva, si può trarre conferma della necessità, da più parti avvertita, di

---

<sup>50</sup> V. P. FRANZINA, *sub* Artt. 14-15, in P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010*, cit., p. 1523 ss.

<sup>51</sup> Solo il regolamento (UE) n. 650/2012 in tema di successioni prevede un utilizzo limitato di tale strumento (art. 34). Per un'approfondita ricostruzione del ruolo del rinvio nelle legislazioni nazionali, nel contesto convenzionale, nonché nell'ambito degli strumenti di diritto internazionale privato dell'Unione europea, v. A. DAVI, *Le renvoi en droit international privé contemporain*, in *Recueil des cours*, 2010-VI, t. 352, pp. 9 ss., 292.

<sup>52</sup> È quanto avvenuto, ad esempio, in relazione all'art. 31 l. 219/1995 in materia di separazione personale e scioglimento del matrimonio, per effetto del regolamento (UE) n. 1259/2010.

<sup>53</sup> Siffatta estensione si ricava nello specifico dall'art. 1, comma 20, secondo il quale «[a]l solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».



procedere ad una revisione della l. n. 218/1995, gli elementi di novità dal punto di vista dei contenuti non sembrano in definitiva così dirompenti per l'ordinamento italiano<sup>54</sup>.

Una prima riflessione può svolgersi circa l'unitarietà di disciplina tra rapporti personali e patrimoniali, voluta dal legislatore della riforma, che, di primo acchito, potrebbe apparire spezzata con il sopraggiungere della nuova normativa europea<sup>55</sup>. In proposito, sembra sufficiente ricordare che anche l'art. 30 della l. n. 218/1995 conferisce ai coniugi la facoltà di scegliere la legge applicabile, circostanza quest'ultima che, già di per sé, mostra la propensione del nostro legislatore a sacrificare l'unitarietà di disciplina, avuto riguardo agli indubbi vantaggi insiti nella determinazione autonoma della legge regolatrice da parte degli stessi coniugi.

Le innovazioni più sensibili concernono i criteri oggettivi individuati per le ipotesi di mancata scelta della legge regolatrice. Dalle norme di conflitto uniformi, infatti, risulta un ribaltamento rispetto all'impostazione adottata dal legislatore della riforma, che, come si è visto, privilegia la residenza abituale della coppia in luogo della cittadinanza, e che, tuttavia, sembra doversi accogliere con favore, specialmente alla luce delle riserve avanzate, anche sul piano interno, circa l'impiego invero assai esteso del criterio della cittadinanza<sup>56</sup>.

Occorre notare, poi, come il criterio della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, individuato dall'art. 30 della l. n. 218/1995 come criterio sussidiario, non trovi corrispondenza nella normativa uniforme. Quest'ultima, infatti, ripiega come *ultima ratio* su un criterio che, pur costituendo applicazione del collegamento più stretto, appare modulato in termini differenti e che, soprattutto, non fa riferimento all'intero arco temporale della vita della coppia, ma risulta ancorato al momento della celebrazione del matrimonio. La rigidità così introdotta risponde, peraltro, alle esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle soluzioni che ispirano le proposte nel loro complesso e non mancano, d'altro canto, correttivi in grado di reintrodurre un certo margine di discrezionalità in capo all'interprete.

---

<sup>54</sup> In una prospettiva più ampia, sull'opportunità di procedere ad una revisione organica della legge italiana di riforma del diritto internazionale privato: v. in proposito i contributi di F. POCAR, F. MOSCONI, R. CLERICI, S. BARIATTI, A. MALATESTA, F. C. VILLATA, C. CAMPIGLIO, D. DAMASCELLI, raccolti in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 625 ss. Parallelamente, a livello europeo, si discute circa la possibilità di adottare un regolamento che riunisca in un unico strumento le regole generali che presiedono all'individuazione del diritto applicabile – quelle che la legge n. 218/1995 definisce “norme di funzionamento” (artt. 13-19) – che attualmente si rinvengono, in misura peraltro frammentaria e non senza sovrapposizioni, in ciascuno degli strumenti sino ad ora adottati nella materia, mettendo potenzialmente a rischio la coerenza e l'organicità del sistema. Su un eventuale codice europeo di diritto internazionale privato, come auspicato dal Parlamento europeo, cfr. M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERRUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Peter Lang, 2011; X. KRAMER, *Current Gaps and Future Perspectives in European Private International Law: Towards a Code on Private International Law?*, Note requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, 2012, <http://www.europarl.europa.eu/studies>; N. BOZEAT, *The Perspective of Having a European Code on Private International Law*, Research Paper, 2013, <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/studies.html>.

<sup>55</sup> V. *supra*, par. 1.

<sup>56</sup> Sull'opportunità, in una prospettiva *de jure condendo*, che tenga conto dei profondi mutamenti intervenuti nella società, di superare il criterio della cittadinanza a favore di quello della residenza abituale, v. F. MOSCONI, *Sul criterio della cittadinanza: da Mancini ai giorni nostri*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 634 ss.



Nella medesima ottica di certezza del diritto si colloca l'espressa esclusione del rinvio, che, invece, nell'ambito dell'art. 30 della l. n. 218/1995, può incidere, nei casi individuati dall'art. 13 della stessa legge di riforma, sull'individuazione della legge applicabile<sup>57</sup>. La deviazione imposta alla normativa interna sembra peraltro contenuta, se si considera che l'operatività del rinvio è esclusa ove le parti abbiano ritenuto di esercitare l'*optio legis*, come può suppersi avvenga di frequente, per i sopra illustrati vantaggi in termini di certezza del diritto<sup>58</sup>.

Su altro versante, infine, è opportuno segnalare l'inserimento nella legge di riforma, ad opera della sopra richiamata l. n. 76/2016, di una norma di conflitto (art. 30-*bis*), che affronta specificamente un profilo escluso dalle attuali proposte, quello concernente l'individuazione del diritto applicabile ai rapporti patrimoniali derivanti dalle convivenze di fatto<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> L'art. 13, par. 1, l. n. 218/1995 ammette il rinvio in soli due casi: (i) ove si tratti di rinvio indietro alla legge italiana; (ii) in caso di rinvio altrove accettato. Sul punto, con specifico riguardo alla materia qui rilevante, v., per tutti, I. VIARENGO, *sub* Art. 30, cit., p. 797 ss.

<sup>58</sup> In questo senso, infatti, l'art. 13, par. 2, lett. b), della legge di riforma esclude espressamente l'operatività del rinvio, laddove la legge applicabile sia demandata alla volontà delle parti, sul presupposto che in tali ipotesi l'operatività del rinvio rischierebbe di vanificare la scelta operata dalle parti.

<sup>59</sup> Sotto la rubrica "contratto di convivenza", vale a dire il contratto che i conviventi di fatto possono sottoscrivere per disciplinare gli aspetti patrimoniali della loro vita in comune, la nuova disposizione prevede che a tale contratto si applichi la legge nazionale comune dei contraenti. Ove i contraenti abbiano diverse cittadinanze, si applica la legge del luogo in cui la convivenza è prevalentemente localizzata. Segue una disposizione di chiusura, secondo la quale sono fatte salve le norme nazionali, internazionali ed europee in tema di cittadinanza plurima.



CARMELA ROBUSTELLA

Ricercatrice di Diritto dell'economia – Università di Foggia

## LA DIBATTUTA QUESTIONE DELLA RILEVANZA DEGLI INTERESSI DI MORA AI FINI DELL'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA ANTIUSURA

SOMMARIO: 1. La vicenda. – 2. La vexata quaestio dell'estensione del limite dei tassi soglia anche agli interessi di mora. – 3. La distinzione funzionale tra interessi moratori e interessi corrispettivi. – 4. La ratio della fattispecie delittuosa di usura. – 5. L'esclusione delle operazioni classificate "in sofferenza" dal computo dei Tassi globali medi: le Istruzioni della Banca d'Italia. – 6. Segue: il controverso valore vincolante delle Istruzioni della Banca d'Italia. 7. Interessi di mora ed usura alla luce della l. n. 162/2014.

1. – Una recente ordinanza del Tribunale di Roma<sup>1</sup> prende posizione sull'annoso problema della inclusione degli interessi di mora tra gli oneri rilevanti ai fini della disciplina antiusura e sui conseguenti rimedi esperibili.

Per una compiuta disamina delle molteplici questioni interpretative emerse è opportuno ripercorrere preliminarmente lo svolgimento del processo.

Nel caso sottoposto all'attenzione del giudice capitolino, una società proponeva ricorso ex art. 702 *bis* c.p.c., al fine di ottenere pronuncia di condanna della Banca alla restituzione delle

---

<sup>1</sup> Trib. Roma, 7 maggio 2015, n. 9168, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it). Il Tribunale, in particolare, afferma il principio della irrilevanza degli interessi di mora ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura, osservando che la sentenza n. 350/32013 della Cassazione (secondo la quale "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, quindi anche a titolo di interessi muratori") non appare condivisibile "in quanto sembra trascurare la diversa funzione assolta dagli interessi corrispettivi e dagli interessi moratori, i primi, costituenti il corrispettivo previsto per il godimento diretto di una somma di denaro, avuto riguardo alla normale produttività della moneta (Cfr. Cass. 22 dicembre 2011, n. 28204), i secondi, rappresentanti una liquidazione anticipata, presuntiva e forfettaria del danno causato dal ritardato adempimento di un'obbligazione pecuniaria. [...] Il disatteso orientamento seguito dalla citata Cass. n. 350/13 sembra porsi in contrasto anche con la ratio sottesa alla fattispecie delittuosa del reato di usura, che sanziona, all'art. 644 c.p., la condotta di chi si (a dare o promettere Interessi o altri vantaggi usurari quale corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, da individuarsi, come desumibile anche dal disposto del comma terzo del medesimo articolo, nel divieto di convenire un corrispettivo sproporzionato per la concessione in godimento del denaro di altra utilità [...] Sotto altro profilo, occorre rilevare che I decreti del Ministro dell'economia e delle finanze con cui, in attuazione della L. n. 108/96, sono periodicamente individuati i tassi effettivi globali medi rilevanti ai fini dell'usura non tengono in considerazione gli interessi muratori, come chiarito dalla Banca d'Italia con comunicato del 3 luglio 2013 [...] Appare, pertanto, del tutto incoerente e illogico prendere in considerazione, ai fini dell'accertamento dell'usurarietà dei tassi di interesse – laddove si sostenga la rilevanza a tali fini anche di quelli moratori –, soglie determinate con riferimento ai soli interessi corrispettivi e a tutti gli oneri connessi all'erogazione del credito [...] da ultimo, va evidenziato che, diversamente opinando nel senso seguito dalla citata Cass. n.350/13, si dovrebbe concludere nel senso della non coerenza dei decreti ministeriali emanati in attuazione della Lg. 108/96 con tale legge, in quanto adottati sul non corretto presupposto della non rilevanza degli interessi moratori, con conseguente inapplicabilità delle soglie fissate per i soli interessi corrispettivi e gli ulteriori oneri connessi all'erogazione del credito".



somme ritenute indebitamente versate in esecuzione di un contratto di mutuo ipotecario. La ricorrente all'uopo deduceva l'usurarietà degli interessi convenuti, attribuendo rilevanza anche agli interessi di mora, richiamando, in proposito, la pronuncia della Suprema Corte del 9 gennaio 2013, n. 350<sup>2</sup> che ha affermato la rilevanza degli interessi moratori ai fini del rispetto della soglia di usura.

La banca, costituitasi in giudizio, affermava l'infondatezza della dedotta usurarietà.

Il Tribunale di Roma rigetta integralmente le doglianze di parte attorea, statuendo che gli interessi di mora non possono essere censurati come usurari. Nel motivare il provvedimento di rigetto, il giudice osserva che il tasso moratorio contrattualmente pattuito non può essere ritenuto usurario anzitutto perché la specifica funzione risarcitoria assolta dagli interessi di mora li pone su un piano diverso rispetto agli interessi corrispettivi, la cui finalità è puramente remuneratoria; in secondo luogo perché l'estensione della disciplina antiusura anche agli interessi di mora contrasterebbe con la *ratio* dell'art. 644 c.p. che si riferisce ai soli interessi dati o promessi "in corrispettivo", escludendo, pertanto, dal proprio ambito applicativo prestazioni di tipo risarcitorio; infine perché i decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) con cui sono individuati i tassi effettivi globali medi rilevanti ai fini dell'usura non tengono in considerazione gli interessi moratori, per cui non sarebbe coerente prendere in considerazione per l'accertamento dell'usurarietà dei tassi applicati soglie che si riferiscono ai soli interessi corrispettivi, sostenendo al contempo la rilevanza dei tassi moratori.

Per il giudice del Tribunale di Roma lo strumento attraverso il quale il mutuatario può ricevere tutela nel caso in cui gli interessi di mora siano pattuiti in misura eccessiva è quello offerto dall'art. 1384 c.c, strumento giudiziale dettato in tema di clausola penale, alla quale eziologicamente sarebbero riconducibili gli interessi di mora proprio in considerazione della funzione che gli stessi assolvono nella liquidazione forfettaria del danno da inadempimento.

Le problematiche esaminate dal Tribunale di Roma offrono l'occasione per alcune considerazioni sulla "tormentata" questione della rilevanza degli interessi di mora ai fini della valutazione di usurarietà delle prestazioni creditizie, questione che continua a formare oggetto di un vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza.

Il dibattito, come si vedrà più ampiamente in seguito, si polarizza fundamentalmente attorno a due distinte questioni tra loro correlate: anzitutto se gli interessi di mora rientrano nell'ambito applicativo della disciplina antiusura; e se sia possibile utilizzare l'unico tasso soglia attualmente a disposizione e determinato, in sede di rilevazione trimestrale, per i soli interessi corrispettivi, come indicatore per valutare la usurarietà anche degli interessi di mora.

Entrambe le questioni hanno ricevuto dagli interpreti soluzioni di segno opposto e la giuri-

---

<sup>2</sup> La sentenza della Cassazione è consultabile in *Banca, borsa e tit. di credito*, 2013, II, 498 ss., con nota di DOLMETTA, *Usura e interessi di mora: questioni attuali*, ivi, 501 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 680, con nota di TARANTINO, *Usura e interessi di mora*, in *Riv. trim. dir. ec.*, n. 1/2014, 11, con nota di A.TUCCI, *Interessi di mora e usura*; in *Foro it.*, 2014, I, 128, con nota di A. PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: assetti ancora instabili*.



sprudenza non è riuscita a dirimere i contrasti registratisi sull'argomento, non avendo prodotto la necessaria chiarezza sul punto.

Il tema è tornato di recente di stringente attualità grazie ad una pronuncia della Cassazione del 9 gennaio 2013, n. 301, richiamata anche dai ricorrenti nell'ordinanza in esame, che ha enunciato il principio in base al quale, ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e art. 1815 c.c., comma 2, devono intendersi "usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di interessi moratori". Il principio espresso dalla Cassazione s'inserisce in un consolidato filone giurisprudenziale che, da circa vent'anni, considera la mora rilevante ai fini della disciplina antiusura. Nonostante, però, la perentorietà dell'assunto, che risulta, tuttavia, supportato da un percorso argomentativo piuttosto scarno e sbrigativo, la regola *iuris* di conio giurisprudenziale, lungi dal mietere univoci consensi, continua ad essere dibattuta nella giurisprudenza di merito<sup>3</sup> ed è stata tenacemente avversata dall'Arbitro bancario e finanziario<sup>4</sup>.

Anche il Tribunale di Roma, nell'ordinanza da cui traggono spunto queste note, si dissocia dall'evocato orientamento della giurisprudenza di legittimità, ribadendo il principio della irrilevanza della mora ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura e prima di esaminare nel dettaglio le argomentazioni alla base del dissenso, pare opportuno dare conto brevemente, senza alcuna pretesa di esaustività, dei principali problemi interpretativi sollevati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine alla questione dell'estensione del limite dei tassi soglia anche agli interessi di mora.

2. – La questione interpretativa concernente l'assoggettabilità degli interessi moratori alla disciplina dettata in tema di usura, pur se di stringente attualità, non costituisce una novità per l'interprete, essendo stata a lungo dibattuta in dottrina e in giurisprudenza anche prima dell'emissione della l. 7 marzo 1996, n. 108<sup>5</sup>. L'entrata in vigore di quest'ultima, tuttavia, ha ulteriormente inasprito i termini del dibattito.

Com'è noto, infatti, la novella legislativa non solo ha tracciato una nuova disciplina penale

---

<sup>3</sup> *Ex multis* Trib. Bologna, 26 marzo 2015, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Trib. Brescia, 10/2/2015, *ibidem*; Trib. Cremona, 9 gennaio 2015, *ibidem*; Trib. Verona, 27/4/2014, *ibidem*; Trib. Milano 21 ottobre 2014, *ibidem*; Trib. Padova, 18 dicembre 2014, *ibidem*.

<sup>4</sup> Cfr. per tutti ABF, Coll. Coord., 28 marzo 2014 n. 1875, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1330 secondo cui gli interessi moratori non sono assoggettati al tasso soglia dell'usura, ma alla disciplina della clausola penale.

<sup>5</sup> Sotto la vigenza della precedente formulazione dell'art. 1815, comma 2, c.c. alla tesi che non riteneva applicabile il regime dell'usura alla previsione di interessi moratori, affermando la sola possibilità della loro riducibilità giudiziale *ex art.* 1384 c.c. (v., in argomento, SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, 211 ss.), si contrapponeva la tesi secondo cui il regime dell'usura andava applicato indistintamente a qualsiasi forma di interesse (per quest'ultima v. LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1972, 126). In giurisprudenza v. Cass., 10 maggio 1966, n. 1217, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1531, che ribadisce la diversa funzione tra interessi corrispettivi e moratori e Cass., 7 aprile 1992, n. 4251, in [www.plurisonline.it](http://www.plurisonline.it).

# JUS CIVILE



dell'usura, modificandone radicalmente la fattispecie criminale, ma ha anche profondamente inciso sulle conseguenze civilistiche del contratto usurario. Più precisamente, sul versante penalistico, il legislatore del 1996, modifica l'art. 644 c.p. e introduce il concetto di 'usura presunta', statuendo che sono sempre usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge, per il calcolo del quale, ai sensi dell'art. 644, comma 4, c.p., si deve tener conto anche delle commissioni, remunerazioni a *qualsiasi titolo* e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito.

Il legislatore, dunque, da un lato sfronda la struttura del reato di usura dell'elemento soggettivo costituito dall'appropriamento dello stato di bisogno dell'usurato (che viene in considerazione oggi solo come mera circostanza aggravante, ai sensi dell'art. 644, comma 5, n. 3, c.p.), dall'altro cerca di evitare possibili aggiramenti della previsione penale e, quindi, la sua sostanziale vanificazione attraverso l'applicazione di spese varie, diverse da quanto dovuto a titolo di interesse.

Sotto il profilo strettamente civilistico, poi, il legislatore completa la riforma della disciplina dell'usura modificando il comma 2 dell'art. 1815 c.c.: abroga l'originaria previsione della sostituzione automatica dell'interesse usurario con quello legale e appronta una nuova tutela sanzionatoria dell'usura civile, estendendo gli effetti della declaratoria di nullità, originariamente limitati solo all'eccedenza sulla misura degli interessi legali, all'intera produttività degli interessi. Ed infatti una volta stabilito legislativamente il limite oltre il quale il tasso è senz'altro usurario, il legislatore, nel statuire la nullità della clausola che prevede la pattuizione di interessi usurari, dispone la non debenza di qualunque interesse da parte dell'usurato. Rispetto all'originaria formulazione dell'art. 1815, dunque, se da un lato conferma il carattere necessariamente parziale della nullità della pattuizione usuraria, rimarcando la persistente validità del contratto di mutuo pur in presenza di una clausola usuraria, dall'altro decide, nondimeno, di inasprire gli effetti conseguenti alla sua invalidità, trasformando l'onerosità tipica del mutuo in gratuità imposta d'imperio al mutuante che abbia applicato interessi usurari<sup>6</sup>.

Orbene, proprio alla luce della peculiare sanzione civile introdotta dalla riforma per le pattuizioni usurarie – sanzione che si risolve in una vera e propria deroga al principio della naturale fecondità delle obbligazioni pecuniarie – uno dei nodi ermeneutici più spinosi della nuova disciplina – che catalizza tuttora l'attenzione degli interpreti – è proprio quello relativo all'esatta individuazione del suo perimetro applicativo: in particolare, ci si chiede se il comma 2 dell'art. 1815 c.c. debba applicarsi a qualunque convenzione di interesse e, dunque, anche agli interessi moratori.

Sul punto, tuttavia, non si riscontra un'unanimità di vedute in dottrina, né pare che la giurisprudenza abbia contribuito a dissipare i dubbi interpretativi esistenti sul tema.

---

<sup>6</sup> In questi termini, PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, ESI, Napoli, 2003, 228.



Una parte della dottrina<sup>7</sup> nega l'assoggettabilità degli interessi moratori alla disciplina dell'usura facendo leva, innanzitutto, sulla lettera dell'art. 644 c.p. che, riferendosi espressamente ai soli interessi dati o promessi "in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità", sembra escludere dal proprio ambito oggettivo di applicazione gli interessi di mora. Questi ultimi, infatti, a differenza di quelli corrispettivi che rappresentano la remunerazione per il godimento del capitale, sono caratterizzati da una funzione eminentemente risarcitoria, in quanto hanno ad oggetto l'anticipata liquidazione forfettaria dei danni per il ritardato pagamento di un debito.

Su un opposto versante si muove, invece, altra dottrina<sup>8</sup>, la quale, facendo leva sulla configurazione marcatamente afflittiva della nuova disciplina dell'usura, sostiene la necessità di assoggettare alla l. n. 108/96 anche le pattuizioni dirette a determinare convenzionalmente il tasso degli interessi moratori, in coerenza con la *ratio* della riforma di reprimere il fenomeno dell'usura in qualunque forma esso si manifesti.

A tal proposito si osserva<sup>9</sup>, anzitutto, che l'esclusione degli interessi moratori dal conteggio di quelli rilevanti ai fini usurari potrebbe offrire all'usuraio la possibilità di eludere agevolmente il divieto legale attraverso, ad esempio, la pattuizione di interessi corrispettivi appena al di sotto

---

<sup>7</sup>CARBONE, *Usura civile: individuato il «tasso-soglia»*, in *Corr. giur.*, 1997, 510; REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in materia di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 778 ss.; MORERA, *Interessi pattuiti, interessi corrisposti, tasso «soglia» e...usuraio sopravvenuto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, 519; OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 534; MOLITERNI-PALMIERI, *Tassi usurari e razionamento: repressione e prevenzione degli abusi del mercato del credito*, in *Corr. giur.*, 1999, 1026; VANONI, *Il contratto di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contr. e impr.*, 1999, 523 ss.; DOLMETTA, *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 627; Id., *Il governo invade la giurisdizione e salva l'interesse delle banche*, in *Dir. e giust.*, 2001, 82 ss.; SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Giuffrè, 2001, 194; G. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, 680; Id., *Autonomia privata e mercato del credito*, in MACARIO e MANNA (a cura di), *Mercato del credito e Usura*, Giuffrè, 2002, 126 ss.; PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, cit., 255; MANIACI, *La disciplina degli interessi*, in A.A.V.V., *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, diretta da CUFFARO, Torino, 2005, 102.

<sup>8</sup>MASUCCI, *Disposizioni in materia di usura. La modificazione del codice civile in tema di mutuo ad interesse*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1997, 1331; TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 482 ss.; GIOIA, *Difesa dell'usura*, in *Corr. giur.*, 1998, 504 ss.; Id., *La disciplina degli interessi usurari*, *ivi*, 2000, 878 ss.; RICCIO, *Le conseguenze civili dei contratti usurari: è soppressa la rescissione ultra dimidium?*, *ivi*, 1998, 1037; MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr.*, 1999, 493; SINESIO, *Gli interessi usurari. Profili civilistici*, Jovene, 1999, 65 ss.; DI MARZIO, *Il trattamento dell'usura sopravvenuta tra validità, illiceità ed inefficacia della clausola interessi*, in *Giust. civ.*, 2000, 31; AVAGLIANO, *Profili problematici in tema di usura: interessi di mora e ius superveniens*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 399 ss.; LAMORGESE, *Interessi moratori e usura*, in *Corr. giur.*, 2002, 1084 ss.; FAUSTI, *Il Mutuo*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da Perlingieri, Esi, 2004, 168 ss. Più di recente, DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Cedam, 2008, 127; MARCELLI, *Criteri e modalità di determinazione del tasso d'usura: ambiguità e contraddizioni*, in *Il Caso.it*, II, 119/2008; TARANTINO, *Usura e interessi di mora*, cit., 680. A. TUCCI, *Interessi di mora e usura*, cit., 11; MARCELLI, *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità. La rilevazione statistica e la verifica dell'art. 644 c.p.: finalità accostate ma non identiche*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 3, 2015.

<sup>9</sup>MASUCCI, *Disposizioni in materia di usura. La modificazione del codice civile in tema di mutuo ad interesse*, cit., 1331.



del limite legale e la previsione di termini di pagamento delle rate di improbabile rispetto, al solo scopo di far decorrere interessi di mora, rendendo “normale” e legittima la corresponsione di interessi sostanzialmente usurari ed evitando così di incorrere nella relativa sanzione. L’applicabilità della disciplina degli interessi usurari a qualsiasi forma di interesse è, inoltre, argomentata muovendo da una configurazione funzionalmente e sostanzialmente unitaria degli interessi<sup>10</sup>, superando così la tradizionale dicotomia di classificazione fondata sulla diversa funzione dagli stessi assolta. Secondo tale orientamento, infatti, il “vantaggio” del debitore che utilizza denaro altrui (che giustifica la previsione di interessi corrispettivi diretti a reintegrare il patrimonio del creditore) e il “danno” che il creditore subisce (che invece comporta l’applicazione di interessi moratori diretti a risarcirlo) rappresentano due fenomeni speculari, giacché in entrambi i casi si deve riconoscere agli interessi una funzione risarcitoria o indennitaria.

La rilevanza della disciplina dei tassi soglia anche per gli interessi di mora, secondo questa dottrina, sarebbe stata poi definitivamente confermata dal decreto l. n. 394/2000, convertito in l. n. 24/2001, attraverso il quale il legislatore avrebbe definitivamente risolto il problema dell’estensione della disciplina antiusura anche agli interessi moratori giacché, all’art. 1, comma 1, ha ricompreso nella nozione di corrispettivo usurario gli interessi a *qualunque titolo* pattuiti. Tale lettura del dispositivo normativo sarebbe giustificata in particolare dalla relazione governativa al citato decreto legge, nella parte in cui si precisa che la disciplina degli interessi usurari si riferisce ad ogni tipologia di interesse, “sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio”.

Ad ulteriore sostegno della tesi dell’assoggettabilità degli interessi moratori alla disciplina antiusura, si richiama una pronuncia della Corte Costituzionale<sup>11</sup> che, in occasione di alcuni giudizi di legittimità costituzionale promossi relativamente alle disposizioni contenute nel suddetto decreto l. n. 394/2000, ha avvertito l’esigenza di precisare, seppur in *obiter dictum*, che il riferimento agli interessi convenuti a “qualunque titolo”, contenuto nell’art. 1, comma 1, d.l. n. 394/2000, rende plausibile l’assunto secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori.

In realtà, come è stato precisato<sup>12</sup>, nessuno degli argomenti addotti dalla dottrina in esame a conforto dell’assoggettabilità degli interessi moratori alle sanzioni penali e civili dettata per gli interessi usurari appaiono totalmente persuasivi, non potendosi riconoscere né alla relazione governativa al d.l. n. 394/2000, né al citato *obiter dictum* della Corte Costituzionale— data la sua evidente estraneità alla *ratio decidendi*— efficacia vincolante.

Pur tuttavia, la giurisprudenza di legittimità<sup>13</sup>, in tale contrasto di opinioni, non ha tardato ad

---

<sup>10</sup> INZITARI, La moneta, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di Galgano, Padova, 1983, IV, 206 ss.; LIBERTINI, voce «Interessi», cit., 101 ss.; QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Rescigno*, 9, Torino, 1999, 521 ss.

<sup>11</sup> Corte Cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Foro it.*, 2002, I, cc.933, ss con nota di PALMIERI, *Interessi di mora: una nuova partenza*.

<sup>12</sup> Per tutti PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari, tra autonomi e eteronomia*, cit., 255.

<sup>13</sup> Vedi Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, in *Foro it.*, 2000, I, cc. 2180 e ss., con nota di PALMIERI.



aderire a quest'ultimo orientamento interpretativo, sottolineando la mancanza di ogni razionale giustificazione di un trattamento diversificato degli interessi, considerato che “la legge n. 108/96 ha individuato un unico criterio ai fini dell'accertamento del carattere usurario degli interessi (la formulazione dell'art. 1, comma 3, ha valore assoluto in tal senso) e che nel sistema era già presente un principio di omogeneità di trattamento degli interessi, pur nella diversa funzione, come emerge dall'art. 1224, comma 1, nella parte in cui stabilisce che «se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura». Il ritardo colpevole poi non giustifica di per sé il permanere della validità di un'obbligazione così onerosa e contraria al principio generale posto dalla legge”<sup>14</sup>.

La Cassazione, dunque, pur non contestando la diversità di funzione delle varie tipologie di interessi, equipara gli interessi moratori ai corrispettivi ai fini dell'applicazione della disciplina antiusura facendo levasull'unicità del criterio adottato dal legislatore del '96 ai fini della determinazione del carattere usurario degli interessi e sull'esistenza di un supposto principio di omogeneità del trattamento degli interessi che informerebbe il nostro ordinamento e che emergerebbe dall'art. 1224 c.c. nella parte in cui equipara la quantificazione degli interessi moratori a quelli corrispettivi.

Sulla scia del suddetto orientamento giurisprudenziale si è pronunciata, come si accennava, in senso conforme la Corte di Cassazione nella sentenza n. 350/2013 che, nell'enunciare il principio in base al quale si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, quindi anche a titolo di mora, conferma l'indirizzo interpretativo diretto ad estendere agli interessi moratori la disciplina dettata in tema di usura. Il Supremo Collegio, nell'enunciare questo principio, non adduce alcuna motivazione, ma si limita a richiamare a sostegno del suo giudizio semplicemente l'obiter dictum della Corte Costituzionale n. 29/2002 e l'iter argomentativo del precedente di legittimità innanzi citato, dimostrando, in tal modo, di considerare ormai tralaticia la regola giurisprudenziale enunciata<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Così testualmente, Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, cit. Tale orientamento si è poi progressivamente consolidato nella giurisprudenza di legittimità che pacificamente ammette che l'art. 1 della l. n. 108/1996 riguarda sia gli interessi corrispettivi che quelli moratori. Così Cass. 17 novembre 2000, n. 14899, in *Foro it.*, 2000, I, 918, Cass. Civ., sez III, 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 4; Cass., 11 gennaio 2013, nn. 602 e 603, in *www.ilcaso.it*; Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, cit.

<sup>15</sup> Il principio stabilito nella suddetta pronuncia ha avuto un immediato effetto dirompente sul contenzioso bancario, poiché è stato da più parti interpretato come diretto a consentire non solo l'estensione del limite dei tassi soglia anche agli interessi moratori, ma anche il cumulo degli interessi corrispettivi e moratori ai fini della verifica del superamento del tasso soglia. I risultati cui si perviene proponendo la suddetta operazione di sommatoria si mostrano, tuttavia, palesemente assurdi e la giurisprudenza, in plurime decisioni, non ha tardato ad acclarare l'inconsistenza giuridica della riferita tesi. Sul punto, *ex multis*; Trib. Milano, 22 maggio 2014, in *www.dirittobancario.it*; Tribunale Trani, – Ord.– 10 marzo 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Treviso, 11 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli 8 aprile 2014 n. 5949, in *www.ilcaso.it*. Più recentemente Trib. Milano 29 gennaio 2015, n. 1242 in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Verona, 23 aprile 2015, n. 1070, in *www.expartecreditoris.it*; Trib. Milano, 16 luglio 2015, n. 8755, in *www.dirittobancario.it*, che ha affermato l'infondatezza dell'assunto secondo cui, ai fini della verifica del rispetto del



Si ritiene, tuttavia, che proprio a causa della delicatezza e della complessità del tema trattato che, come si è visto, si mostra tutt'altro che pacifico, la Cassazione avrebbe dovuto affrontare la questione relativa all'estensione del limite dei tassi soglia anche agli interessi moratori in modo più attento e, soprattutto, libero da pregiudizi e condizionamenti derivanti dai propri precedenti, tanto più perché tale scelta interpretativa rischia di compromettere interessi del creditore tutt'altro che immeritevoli di tutela. Se, infatti, l'adesione al principio dello *stare decisis*, ha, da un lato, l'indiscusso merito di soddisfare l'esigenza di un diritto "certo", fondato, cioè, sulla regola della prevedibilità delle decisioni giudiziarie, dall'altro, non si sottrae al rischio di disattendere l'esigenza, non meno ineludibile, di un diritto "giusto", ossia costantemente adeguato alla realtà socio-economica ed alle sue istanze.

E così, estendendo apoditticamente la disciplina dei tassi soglia anche agli interessi di mora, la Cassazione finisce, anzitutto, per privare immotivatamente il creditore della tutela riconosciutagli nei confronti del debitore moroso dall'art. 1224, c.c., facendo ingiustificatamente ricadere sul primo le conseguenze dannose del tardivo adempimento del secondo<sup>16</sup>; inoltre, una volta attribuita rilevanza, ai fini della qualificazione usuraria degli interessi, anche agli interessi di mora, il Supremo Collegio non approfondisce la problematica, anch'essa tutt'altro che pacifica, relativa al criterio da utilizzare per la verifica della usurarietà degli interessi moratori, evitando in questo modo di fornire un'adeguata risposta ai segni di disagio che si manifestano sull'argomento in sede applicativa. La Suprema Corte sul punto sembra, infatti, essersi orientata nel senso di aggiungere, *sic et simpliciter*, la maggiorazione percentuale pattuita contrattualmente a titolo di mora a tutte le altre voci di costo del credito rilevanti ai fini della disciplina antiusura, confrontando poi il tasso così ottenuto con il tasso soglia individuato dalla legge. Tale criterio di verifica, tuttavia, suscita delle legittime perplessità, poiché non tiene in adeguata considerazione la circostanza per cui i tassi soglia, che segnano il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, sono attualmente ricavati attraverso un complesso procedimento di rilevazione dei tassi effettivi globali medi alla cui determinazione, tuttavia, *rebus sic stantibus*, non concorrono gli

---

tasso soglia, il conteggio del tasso effettivo applicato dalla banca deriverebbe dalla sommatoria di tasso convenzionale e tasso di mora, avendo detti oneri funzione diversa ed essendo conteggiati, pertanto, con differenti modalità; Trib. Padova 10 marzo 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che ritiene la tesi del cumulo degli interessi corrispettivi e moratori assolutamente infondata, non trovando alcun riscontro nel testo della sentenza della Cassazione n. 350/2013, la quale "non ha mai detto una simile mostruosità". Il tribunale, in proposito, rileva che l'ostinazione mostrata da parte attrice nel sostenere la tesi del cumulo è sintomo "o di ignoranza inscusabile del dettato normativo e dell'evoluzione giurisprudenziale in *subiecta materia* che viene citata a sproposito o di dolo processuale nel tentativo di indurre in errore il giudicante sul fatto che una certa sentenza della Suprema Corte abbia detto una cosa che in realtà non ha mai detto". Tale comportamento processuale, a parere del Tribunale di Padova, merita di essere sanzionato opportunamente ai sensi dell'art. 96 c.p.c., poiché emerge chiaramente la volontà di creare un contenzioso seriale in materia bancaria, una materia estremamente tecnica e complessa che meriterebbe di essere trattata con un diverso approccio processuale. Considera temeraria la tesi della sommatoria anche Trib. Monza, 26 marzo 2015, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Trib. Milano, 6 ottobre 2015, n. 11139, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it). Favorevole alla sommatoria dei tassi corrispettivi e moratori, di recente, Trib. Torino, 15 maggio 2015, in [www.usurabancaria.com](http://www.usurabancaria.com).

<sup>16</sup>MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 158 ss.



interessi di mora. Se la verifica di usurarietà è l'esito di un confronto tra TEG concretamente praticato dall'intermediario e il tasso soglia determinato dalla legge, appare quanto meno metodologicamente discutibile escludere i tassi moratori dal computo dei tassi globali medi e conteggiarli invece per la determinazione del TEG applicato al singolo caso concreto. Essendo, infatti, dati destinati ad essere comparati fra di loro, dovrebbero essere logicamente calcolati attraverso l'utilizzo dello stesso criterio di determinazione.

Le riferite incongruenze non sono sfuggite al giudice del tribunale di Roma nell'ordinanza in commento che, come si anticipava, disattende l'intero impianto teorico sotteso all'impostazione della Cassazione, statuendo che la mora è esclusa dalla sfera di applicazione della normativa antiusura.

**3.** – Il giudice capitolino ritiene anzitutto che, benché autorevole, l'orientamento del Supremo Collegio vada disatteso perché non tiene in adeguata considerazione la diversa funzione assolta dagli interessi corrispettivi e dagli interessi moratori.

La Cassazione, infatti, come si anticipava, tende a svalutare la differenza ontologica esistente tra interessi corrispettivi (art. 1282 c.c.) e moratori (art. 1224 c.c.), mostrando di prediligere, sul piano teorico, quell'orientamento ermeneutico che, facendo leva sul principio di naturale fruttuosità del denaro, attribuisce alle due tipologie di interessi una sostanziale equivalenza funzionale, assolvendo entrambi ad una funzione "ripristinatoria" del patrimonio del creditore pregiudicato dalla mancata disponibilità delle somme a lui spettanti<sup>17</sup>.

Ebbene, sulla base di queste premesse teoriche ed enucleando dall'art. 1224 c.c. un supposto principio di omogeneità di trattamento degli interessi la Suprema Corte conclude che anche la mora debba essere sottoposta al giudizio di usurarietà.

Non può, tuttavia, farsi a meno di rilevare che l'argomento su cui la Suprema Corte fonda l'equiparazione tra interessi corrispettivi e moratori non appare sufficientemente solido per giu-

---

<sup>17</sup> Tale impostazione è sostenuta da GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Giuffrè, 1975, 146 ss. e ripresa successivamente da INZITARI, *La moneta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, cit., 206 ss. Secondo questo orientamento ermeneutico, a dispetto della rubrica dell'art. 1224 c.c., anche gli interessi moratori assolverebbero ad una funzione "remuneratoria" dell'uso dell'altrui denaro, poiché, essendo interessi dovuti per il periodo successivo al momento in cui il debitore avrebbe dovuto restituire il denaro al creditore, la circostanza che questo denaro venga trattenuto e non restituito fa sì che lo stesso produca naturalmente interessi. A tal proposito si osserva che la valenza esclusivamente risarcitoria degli interessi moratori sarebbe smentita dallo stesso art. 1224 c.c. nel momento in cui esonera il creditore dal fornire la prova del danno e che non consentirebbe, inoltre, nemmeno al debitore di fornire la prova che il danno non ci sia stato, ragion per cui gli interessi moratori assolverebbero alla stessa funzione remuneratoria dell'uso dell'altrui denaro che è propria degli interessi decorrenti sui debiti scaduti e esigibili ai sensi dell'art. 1282 c.c. In proposito l'illustre A., rileva che nella realtà legislativa affermatasi con il codice civile del 1942 le differenziazioni definitorie e funzionali tra le varie categorie di interessi appaiono ingiustificate: poiché il danno, determinato forfetariamente dall'art. 1224 c.c. nella misura degli interessi legali, viene riconosciuto al creditore a prescindere dalla dimostrazione che lo stesso sia stato effettivamente subito, si conclude che "il terreno sui cui opera l'art. 1282 è...perfettamente corrispondente a quello dell'art. 1224 c.c.".



stificare, da solo, l'estensione della disciplina antiusura anche agli interessi moratori<sup>18</sup>.

La fragilità del suddetto impianto argomentativo, infatti, può essere colta già solo se si considera che quel supposto principio di omogeneità nel trattamento degli interessi che, secondo la Suprema Corte, si ricaverebbe dal comma 1 dell'art. 1224 c.c. nella parte in cui prevede che “se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura” è smentito proprio dall'*incipit* della stessa disposizione che fa decorrere, in difetto di diversa pattuizione, gli interessi di mora anche nel caso in cui gli interessi corrispettivi non fossero dovuti o fossero dovuti in misura inferiore a quella legale.

È proprio l'art. 1224 c.c., in altri termini, a far emergere con chiarezza la funzione marcatamente sanzionatoria degli interessi di mora che vale a differenziarli radicalmente dagli interessi corrispettivi. L'art. 1224 c.c., infatti, in un'ottica di evidente *favor creditoris*, stabilisce che costui abbia diritto alla liquidazione di una peculiare forma di risarcimento, nella misura predefinita degli interessi legali, che si connota sotto il duplice profilo dell'automatismo e della forfetizzazione. Infatti, a meno che il creditore non dimostri il maggior danno prodottosi nel suo patrimonio a seguito del ritardo, la produzione degli interessi di mora è la diretta conseguenza dell'infruttuosa scadenza del termine, in ossequio ai principi generali sanciti dagli artt. 1219, n. 3 e 1182, comma 3, c.c.

La norma ha cura di precisare, tuttavia, che la liquidazione del danno commisurata agli interessi legali vale solo nell'ipotesi in cui, anteriormente al verificarsi della mora, non siano dovuti dal debitore interessi o siano dovuti in misura inferiore al tasso legale, giacché, laddove questi siano, invece, pattuiti in misura superiore a tale tasso, sarebbero dovuti nella stessa misura a titolo di mora. È evidente, dunque, che l'equiparazione degli interessi di mora ai corrispettivi rileva quindi solo ai fini della liquidazione forfettaria del danno e non giustifica l'assoggettamento di detti interessi di mora alla disciplina antiusura.

Inoltre, il comma 2 dell'art. 1224 c.c. attribuisce al creditore della prestazione pecuniaria tardivamente eseguita il diritto di ottenere il risarcimento del maggior danno, di cui, però, deve fornire prova, ma tale ulteriore risarcimento non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori.

A livello di sistema, dunque, il principio della risarcibilità del maggior danno statuito nella prima parte del comma 2 dell'art. 1224 c.c. conferma che agli interessi di mora non può essere attribuita alcuna funzione di corrispettivo del godimento del denaro, essendo invece dovuti a titolo di risarcimento danno per il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria. Inoltre, come la dottrina più attenta non ha mancato di far notare<sup>19</sup>, l'effetto preclusivo che sortisce la

---

<sup>18</sup>La fragilità delle argomentazioni del Supremo Collegio a sostegno dell'estensione del limite dei tassi soglia anche agli interessi moratori è stata posta in evidenza da TARANTINO, *Usura e interessi di mora*, cit., 679; v., anche, VOLPE, *Usura e interessi moratori nel linguaggio dell'Arbitro Bancario e Finanziario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 498.

<sup>19</sup>ASCARELLI, *Delle obbligazioni pecuniarie, sub. Art. 1284 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, a cura di



determinazione della misura degli interessi moratori in ordine alla possibilità del creditore di dimostrare l'eventuale maggior danno subito, statuita dalla seconda parte del comma 2 dell'art. 1224 c.c., consente di assimilare la convenzione sugli interessi moratori ultralegali alla clausola penale, la quale, come la stessa Cassazione ha più volte affermato<sup>20</sup>, per sua funzione *ex se*, non può essere considerata come parte di quel "corrispettivo" che previsto dall'art. 644 c.p. può assumere carattere di illiceità. Sul piano giuridico, infatti, l'obbligazione nascente dalla clausola penale non si pone come corrispettivo dell'obbligazione principale, ma come effetto derivante da un'altra causa che è appunto l'inadempimento del debitore principale. L'applicabilità della disciplina della clausola penale agli interessi di mora, inoltre, non priva il debitore di adeguata tutela nell'ipotesi in cui gli stessi siano determinata in misura eccessiva, poiché troverà applicazione lo strumento della riduzione giudiziale *ex art.* 1384 c.c.

4. – Nell'ordinanza in commento il giudice osserva, inoltre, che l'inclusione degli interessi di mora nel perimetro applicativo della legge antiusura sembra porsi in contrasto anche con la *ratio* della fattispecie delittuosa di usura che sanziona, ai sensi dell'art. 644 c.p., la condotta di chi si fa dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari quale corrispettivo di una prestazione di denaro o altra utilità.

Anche tale conclusione si ritiene vada condivisa. Analizzando il dato normativo appare evidente che l'intenzione del legislatore della riforma del '96 sia stata quella di creare un collegamento tra la valutazione di usurarietà e gli interessi che si qualificano come corrispettivi, in quanto espressione della prestazione sinallagmatica della dazione di una somma di denaro da parte del mutuante e del suo passaggio in proprietà al mutuatario, ai sensi dell'art. 1814 c.c.<sup>21</sup>.

L'intenzione del legislatore di circoscrivere la valutazione di usurarietà ai solo interessi corrispettivi, inoltre, emergerebbe anche dallo stretto collegamento esistente tra il primo e comma 2 dell'art. 1815 c.c.: operando un'interpretazione letterale del dato normativo e leggendo coordinatamente i due commi di cui si compone la norma non v'è dubbio che gli interessi a cui allude il secondo comma dell'art. 1815 c.c. sono esclusivamente quelli corrispettivi di cui si occupa il primo.

Di fronte ad un simile quadro normativo complessivo, finisce dunque per risultare poco decisivo l'argomento desumibile dall'art. 1, comma 1, d.l. n. 394/2000 che, secondo alcuni<sup>22</sup>, prov-

---

SCIALOJA, BRANCA, Bologna-Roma, 1959, 564, nt. 1; MARINI, *La clausola penale*, cit., 54; MAZZARESE, *La clausola penale*, Artt. 1382-1384, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Milano, 1999, 133. In giurisprudenza v. Cass. Civ., Sez. II, 17 marzo 1994 n. 2538, in [www.plurisonline.it](http://www.plurisonline.it); Cass. Civ., Sez. III, 21 giugno 2001 n. 8481, in [www.plurisonline.it](http://www.plurisonline.it).

<sup>20</sup>Cass., 5 febbraio 2013, sez.II, n. 5683, richiamata anche dall'ordinanza in commento, ma vedi anche, Cass. 18 novembre 2010, n. 23273, in [www.plurisonline.it](http://www.plurisonline.it); Cass. 10 gennaio 2008, n. 246, in [www.plurisonline.it](http://www.plurisonline.it).

<sup>21</sup>In questi termini ABF, Collegio di Roma, decisione 17 gennaio 2014, n. 260, [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

<sup>22</sup>V. in argomento AVAGLIANO, *Profili problematici in tema di usura: interessi di mora e ius superveniens*, cit., 399.

# JUS CIVILE



vedendo a interpretare autenticamente l'art. 644 c.p. e l'art. 1815, comma 2, c.c., avrebbe chiarito che possono essere usurari gli interessi promessi o comunque convenuti «a qualunque titolo», e pertanto anche a titolo di mora.

Come è stato condivisibilmente osservato<sup>23</sup>, l'inciso 'a qualunque titolo' contenuto nell'art. 1, comma 1°, del d.l. n. 394/2000, non è inequivocabilmente riferito alla natura (corrispettiva o moratoria) degli interessi convenuti dalle parti, ben potendosi interpretare come inteso a sanzionare *qualunque modalità di pattuizione* di interessi corrispettivi *ultra legem*, essendo tale l'oggetto della norma.

A tal proposito è forse utile ricordare che con il d.l. n. 394/2000 il legislatore è intervenuto a dirimere ogni incertezza interpretativa in ordine al momento in cui deve effettuarsi la valutazione di usurarietà degli interessi, decretando il definitivo tramonto della categoria, di conio giurisprudenziale, dell'usura sopravvenuta. Ed infatti, il primo ed unico articolo del citato decreto legge dispone, al comma 1, che “ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del codice penale e dell'art. 1815, 2° 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”. È evidente allora che attraverso tale disposizione il legislatore non abbia inteso modificare la struttura normativa della l. n. 108/1996, ampliando le categorie di interessi rilevanti ai fini della sua applicazione, ma solo ascrivere l'usura alla categoria dei reati istantanei, il cui momento consumativo è fatto risalire alla pattuizione degli interessi superiori alla soglia determinata *ex lege* e non alla loro corrispondenza<sup>24</sup>.

Ciò risulta ancora più evidente, come si è opportunamente segnalato<sup>25</sup>, se solo si considera che i presupposti di necessità e di urgenza per l'emanazione del decreto legge sono stati espressamente individuati “negli effetti che la sentenza della Suprema Corte (Cass., 17 novembre 2000, n. 14899) avrebbe determinato in ordine alla stabilità del sistema creditizio nazionale”; effetti evidentemente riconducibili all'usurarietà c.d. sopravvenuta degli interessi corrispettivi e non degli interessi moratori<sup>26</sup>.

Se si condividono le riferite osservazioni, non può, quindi, che coerentemente concludersi

---

<sup>23</sup>ABF, Collegio di Coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875, cit.

<sup>24</sup>PORCELLI, *op cit.*, 281 ss.

<sup>25</sup> ABF, Collegio di Coordinamento, 28 marzo 2014 n. 1875, cit. Ma vedi, di recente, in termini analoghi Trib. Rimini, 6 febbraio 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>26</sup> La ricostruzione del Collegio di coordinamento è perfettamente coerente con il principio europeo contenuto nella direttiva sul credito al consumo 2008/48/CE che esclude dai criteri di determinazione del costo totale dei finanziamenti “le penali” dovute dal consumatore in caso di mancata esecuzione dei suoi obblighi contrattuali. Lo stesso principio si rinvia nella Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali (e recante modifica delle Direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del Regolamento (UE) n. 1093/2010). Anche in tale direttiva, che dovrà essere recepita a livello nazionale entro il 21 marzo 2016, espressamente si prevede che dal costo totale del credito «sono escluse eventuali penali pagabili dal consumatore per la mancata esecuzione degli obblighi stabiliti nel contratto di credito».



che la pattuizione relativa agli interessi di mora assume rilievo in relazione a fenomeni giuridici e sociali del tutto eterogenei rispetto a quelli disciplinati con la l. n. 108/1996, alla cui operatività sono quindi del tutto estranei.

5. – Il tribunale di Roma, a ulteriore suffragio della tesi circa l'impossibilità di sottoporre gli interessi di mora al vaglio di usurarietà, si sofferma, infine, sulla circostanza che i decreti del Ministero dell'Economia e delle finanze – con i quali, in attuazione della l. n. 108/1996, si rilevano trimestralmente i tassi effettivi globali medi rilevanti ai fini dell'usura– non tengono in considerazione gli interessi di mora per cui sarebbe *incoerente ed illogico* valutare la loro usurarietà prendendo come parametro di riferimento tassi soglia alla cui determinazione gli stessi non concorrono.

Il giudice, dunque, mostra di non trascurare il peculiare procedimento che la legge istituisce per la determinazione dei tassi soglia – meccanismo attualmente calibrato sulla rilevazione dei soli interessi corrispettivi e degli oneri connessi all'erogazione del credito– ed esclude che le soglie usuarie possano costituire un limite all'esigibilità anche degli interessi di mora.

La posizione assunta sul punto dal Tribunale di Roma merita di essere approfondita, soprattutto per i delicati risvolti pratici che la stessa implica e, a tal fine, pare opportuno partire proprio dal procedimento istituito dalla legge che porta alla determinazione dei tassi soglia.

La l. n. 108/1996, come è noto, non fornisce una definizione di interesse usuraio, ma istituzionalizza un procedimento che trimestralmente porta alla determinazione del c.d. tasso soglia, ossia il tasso massimo entro cui deve essere contenuto il costo del denaro. Più precisamente l'art. 2, comma 4, l. n. 108/1996 stabilisce che si ha usura quando il costo del denaro superi il limite stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione effettuata dal Ministero del Tesoro e pubblicata nella GU, al quale andrà aggiunto uno specifico *spread* previsto dalla norma stessa. Il tasso medio o TEGM, quindi, nell'intenzione del legislatore della riforma, è destinato a porsi come un parametro di riferimento oggettivo, rilevato con periodicità trimestrale dal Ministero del Tesoro, con la collaborazione della Banca d'Italia, poiché rappresenta la base di calcolo per la determinazione del limite di usurarietà del costo complessivo del credito erogato dalle banche e dagli intermediari finanziari. Tale parametro, sempre ai sensi dell'art. 2, comma 1, l. n. 108/2006, si intende comprensivo di commissioni, remunerazioni a qualunque titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad ogni anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari da cui si ricaverà, attraverso la correzione in aumento di specifiche percentuali previste dalla legge, il c.d. tasso soglia, al di là del quale l'interesse è usuraio<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Dal 14 maggio 2011 il limite oltre il quale l'interesse è usurario è calcolato aumentando di un quarto il TEGM, cui si aggiunge un margine di ulteriori 4 punti percentuali. La norma precisa che la differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali. Tale metodo di calcolo è stato introdotto dal d.l. 70/2011, che ha modificato l'art. 2, comma 4, l. n. 108/1996, che originariamente determinava il tasso soglia aumentando il TEGM del 5%.



Ciò detto, il Ministero del Tesoro (ora dell'Economia) ha sempre attribuito la rilevazione dei tassi effettivi globali alla Banca d'Italia e i d.m. trimestrali con i quali sono resi pubblici i dati rilevati hanno sempre disposto, a partire dal primo d.m. 22 marzo 1997, che le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del tasso soglia, devono attenersi ai criteri di calcolo indicati nelle *Istruzioni* emanate dalla Banca d'Italia. Il Ministero, in altri termini, ha delegato alla Banca di Italia, in quanto autorità dotata di competenze tecniche specifiche, il compito di emanare specifiche istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi, istruzioni che ha costantemente richiamato nei vari decreti ministeriali, legittimando pienamente le scelte in esse operate. La Banca d'Italia, quindi, attraverso le suddette "Istruzioni" fornisce agli intermediari i criteri tecnici da seguire per segnalare in modo corretto e omogeneo i TEG applicati, che saranno poi utilizzati per l'individuazione delle soglie trimestrali<sup>28</sup>. Sempre la Banca d'Italia, nell'ambito dei controlli di vigilanza, verifica che le banche e gli intermediari finanziari si attengano ai criteri di calcolo previsti nelle suddette Istruzioni e rispettino il limite delle soglie di usura.

Una volta che il TEGM, rilevato dal Ministero dell'Economia sulla base dei criteri stabiliti nelle istruzioni della Banca d'Italia, viene pubblicato in Gazzetta Ufficiale diviene a tutti gli effetti la base di calcolo per la determinazione del tasso soglia.

È evidente, dunque, che, per come è strutturata attualmente la disciplina antiusura, la nozione di tasso di interesse usurario finisce per essere fortemente condizionata dai criteri di calcolo e dalle scelte classificatorie operate dalla Banca d'Italia, la quale, conformandosi al dettato normativo dell'art. 644 c.p., individua gli oneri da includere e quelli da escludere dal computo dei TEG medi. Posto che l'art. 644 c.p. fa chiaro riferimento a prestazioni di natura "corrispettiva" gravanti sul mutuatario, tali intendendosi quelle legate alla fisiologica attuazione del programma negoziale, la Banca d'Italia ha sempre escluso dagli oneri rilevanti ai fini del calcolo del TEGM gli interessi di mora e gli oneri assimilabili, contrattualmente previsti per il caso di inadempimento di un obbligo<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> I Decreti ministeriali che aggiornano i tassi soglia dispongono che gli intermediari verifichino l'usurarietà dei tassi applicati sui singoli contratti sulla base degli stessi criteri tecnici.

<sup>29</sup> Questa impostazione è stata recentemente ribadita in una comunicazione diramata il 3 luglio 2013 dalla Banca d'Italia diretta a fornire "chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura", in cui si precisa che gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo dei tassi soglia perché si tratta di oneri eventuali, la cui debenza e applicazione ricorre solo a seguito di un eventuale inadempimento da parte del cliente. L'organo di vigilanza spiega l'irrelevanza dei tassi di mora per l'individuazione del TEGM per la loro evidente estraneità a quella che è la regolamentazione «fisiologica» del rapporto. Come sottolineato in precedenza nel resoconto della consultazione sulla disciplina dell'usura della Banca d'Italia del 2009 «gli interessi di mora sono esclusi dalla rilevazione del TEG in quanto riferiti a situazioni di deterioramento del rapporto e a casi di inadempimento, che normalmente determinano un inasprimento delle condizioni economiche inizialmente applicate. L'eventuale inclusione degli interessi di mora andrebbe ad innalzare le soglie applicabili ai rapporti "normali", lasciando margini per ingiustificati incrementi nell'onerosità del finanziamento» Sul punto, tuttavia, deve segnalarsi la posizione "singolare" assunta dalla Banca d'Italia, la quale, dopo aver ribadito l'esclusione degli interessi di mora dagli oneri che concorrono a formare il TEGM, precisa che gli stessi sono assoggettati alla disciplina antiusura. La banca d'Italia, dunque, sembra prendere atto dell'orientamento dei giu-



Ebbene, partendo dalla considerazione che il tasso soglia è attualmente determinato in forza di rilevazioni statistiche condotte esclusivamente con riferimento a prestazioni di natura corrispettiva, il giudice, nel provvedimento in commento, ha escluso che il suddetto tasso possa costituire un indicatore idoneo a valutare l'usurarietà anche degli interessi di mora.

Così argomentando, il giudice mostra di condividere l'indirizzo interpretativo espresso nelle decisioni dei Collegi di Coordinamento dell'arbitro Bancario e Finanziario<sup>30</sup> in cui si è più volte precisato che "l'esclusione degli interessi di mora dal calcolo del TEGM e dal conseguente tasso soglia, sarebbe elemento di per sé sufficiente a giustificare la loro irrilevanza ai fini della disciplina sull'usura, non essendo necessario richiamare la diversità ontologica tra interessi corrispettivi e moratori". Considerato, infatti, che la verifica dell'usurarietà dei tassi è l'esito di un confronto tra il costo del credito convenuto e il tasso soglia determinato dalla legge (a sua volta determinato apportando uno *spread* sul TEGM rilevato trimestralmente), secondo l'arbitro bancario e finanziario tra i due termini del confronto deve esserci "perfetta simmetria sia sotto il profi-

---

dici di legittimità diretto ad estendere il limite dei tassi soglia anche agli interessi moratori e prudenzialmente, ma altrettanto contraddittoriamente rispetto alle premesse, vi si uniforma, chiarendo che anche la mora, pur se non contemplata nei TEGM, è soggetta alla normativa antiusura. Per l'Autorità di vigilanza, in altri termini, l'esclusione degli interessi di mora dalla rilevazione e dal calcolo del TEGM non implica l'estraneità degli stessi alla normativa antiusura. Per ovviare al problema della impossibilità di utilizzare il tasso soglia calibrato sui corrispettivi come parametro per valutare la usurarietà degli interessi moratori, si suggerisce di individuare per questi ultimi un tasso soglia *ad hoc* determinato maggiorando di 2,1 punti percentuali i tassi globali medi rilevati dal ministero. Si è, infatti, in proposito sostenuto che "di fronte alla necessità di estendere anche agli interessi di mora la normativa antiusura, ma in assenza di una previsione legislativa che individui una specifica soglia per gli interessi moratori, e di fronte ai rischi che ne deriverebbero per il mercato del credito, primo fra tutti il confronto tra tassi disomogenei, viene indicato un criterio diverso per la verifica della usurarietà degli interessi di mora". L'usura, pertanto, andrebbe accertata sulla base di un tasso soglia, risultante dalla maggiorazione di 2,1 punti percentuali dei tassi globali medi periodicamente rilevati e pubblicati con d.m. Ministro del Tesoro (ora dell'Economia) ai sensi dell'art. 2, comma 1, l. n. 108/1996. A tale impostazione hanno recentemente ritenuto di aderire alcuni tribunali di merito, v., Trib. Padova, 18 dicembre 2014, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Trib. Milano, 3 dicembre 2014, n. 14394, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Cremona, 30 ottobre 2014, in [www.wxpartecreditoris.it](http://www.wxpartecreditoris.it), che hanno accertato l'usurarietà del tasso di interesse moratorio facendo riferimento alla "maggiorazione media a titolo di mora", rilevata dalla Banca d'Italia sin dal 2003 e trasfusa nei decreti ministeriali trimestrali. Più precisamente, si è ritenuto che se gli interessi moratori sono (*ex ante*) separatamente rilevati rispetto agli oneri che concorrono a formare il TEGM, che a sua volta costituisce la base di calcolo del "tasso soglia", andrà operata (anche *ex post*) una separata valutazione dell'usura oggettiva con riferimento alla mora, il cui valore, singolarmente considerato – e non sommato a quello degli interessi corrispettivi – andrà confrontato al tasso soglia aumentato del 2,1%. Per la verità, anche l'impostazione della banca d'Italia presta il fianco ad alcuni rilievi critici e non si ritiene possa essere condivisa. La legittimità dell'introduzione di un tasso soglia "alternativo" rispetto a quello individuato dalla legge appare discutibile dal momento che le norme in tema di usura non contemplano alcuna deroga, né prevedono alcuna differenziazione del tasso soglia a seconda della funzione assolta dall'interesse. Se si ritiene che la mora debba essere assoggettata alla disciplina dei tassi soglia, la sua usurarietà dovrà essere accertata sulla base dell'unico tasso soglia a cui fa riferimento l'art. 644, oggi determinato senza tenere conto dei maggiori costi indotti dall'inadempimento del debitore, poiché né il giudice, né l'istituto di vigilanza possono introdurre tassi soglia alternativi. In tal senso, v. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, cit., 505; MUCCIARONE, *Usura sopravvenuta e interessi moratori*, in BBTC, 2014, 443.

<sup>30</sup> V., in proposito, ABF, Collegio di Coordinamento, 30 aprile 2014, n. 2666, in [www.arbitrobancarioefinanziario.it](http://www.arbitrobancarioefinanziario.it), 2014, che, confermando l'orientamento già espresso da ABF, Collegio di Coordinamento, 28 marzo 2014 n. 1875, cit., ha affermato che il tasso degli interessi moratori non è suscettibile di determinare il superamento del limite imperativamente imposto dalla normativa antiusura.



lo della composizione dell'insieme, che sotto quello cronologico e non importano né la diversa natura giuridica ed economica tra interessi corrispettivi e moratori, né gli argomenti esegetici tratti da testi normativi come l'espressione "a qualsiasi titolo"<sup>31</sup>.

La posizione assunta in argomento dall'ABF ricalca, a ben vedere, lo schema di un ragionamento di tipo sillogistico: tutti gli oneri rilevanti per l'usura sono computati nel calcolo dei TEGM (premessa maggiore), nel calcolo del TEGM non sono computati gli interessi di mora (premessa minore), ne consegue che gli interessi di mora non sono oneri rilevanti per l'usura (conclusione).

6. – Il riferito sillogismo giudiziale, fondato sul ragionamento logico-deduttivo per cui l'irrelevanza della mora discende dalla circostanza che i TEGM non ne tengono conto, lascia, tuttavia, sul campo la delicata e spinosa questione del valore vincolante che, così argomentando, si finisce per attribuire al quadro amministrativo di riferimento e, in particolare, alle Istruzioni della banca d'Italia.

Sostenere, infatti, la necessità che vi sia perfetta simmetria tra gli elementi di costo del credito che confluiscono nell'identificazione dei tassi soglia e quelli che compongono il credito convenzionalmente pattuito significa di fatto sostenere che i criteri di calcolo utilizzati dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni per la rilevazione dei TEGM vincolano l'interprete nella sua attività di accertamento dell'usurarietà dei tassi<sup>32</sup>.

In proposito, una parte della giurisprudenza<sup>33</sup> ha obiettato che le Istruzioni della Banca d'Italia, avendo carattere esclusivamente amministrativo, e non assurgendo, quindi, a rango di fonte normativa, non possono essere vincolanti per il giudice, il quale conserva sempre il potere di sindacare la correttezza e la conformità alla legge. Si è ancora detto che il giudice è tenuto

---

<sup>31</sup> Così ABF, Collegio di Coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875, cit. Sul punto si segnala la diversa impostazione seguita da DOLMETTA, *Rilevanza usuraria dell'anatocismo (con aggiunte note sulle clausole «da inadempimento»*, in *Rivista di diritto bancario*, 3 ss, il quale, con riferimento al principio di simmetria sostenuto dai collegi di coordinamento ABF, osserva che l'autorità amministrativa non è la legge, ma vi è piuttosto soggetta e che tutte le volte in cui si verifica una "zoppia tra il termine di confronto e il termine confrontato" (chiaramente alludendo a tutti gli oneri che la Banca d'Italia omette di includere nel calcolo del TEGM) non si spiega perché mai il lato zoppo dovrebbe essere quello dato dalla legge e non già quello formulato dalla Banca d'Italia.

<sup>32</sup> Per una riflessione sul ruolo svolto dalla Banca d'Italia nel procedimento d'identificazione dei tassi soglia si rinvia alle chiare pagine di COLOMBO, *Riflessioni sull'usura bancaria, tra shakespeare e le Istruzioni della Banca d'Italia*, in *Corr. Giur.*, 12/2014, 1461 ss. Per un'analisi ragionata dei numerosi problemi che la normativa antiusura continua a porre all'interprete si rinvia ad un recente saggio di DOLMETTA, *Regole nuove per le rilevazioni usurarie*, consultabile in [http://www.ilcaso.it/articoli/ban.php?id\\_cont=805.php](http://www.ilcaso.it/articoli/ban.php?id_cont=805.php).

<sup>33</sup> Cass. Pen., 19 febbraio 2010, n. 12028, in *Foro it.*, 2010, II, cc 382 ss; Cass. Pen., 14 maggio 2010, n. 28743, in *Rep. Foroit.*, 2010; Cass. Pen., 19 dicembre 2011, n. 46669, in *Ilcaso.it*; Trib. Reggio Emilia, 9 luglio 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Fermo, ord., 3 novembre 2014; Corte d'Appello Torino, 20 dicembre 2013, in *www.ilcaso.it*; Corte d'App. Milano, 22 agosto 2013, in *www.ilcaso.it*; Trib. Torino 31 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*; Corte d'App. Milano 17 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*; Corte d'App. Cagliari, 31 marzo 2014, in *www.ilcaso.it*.



ad accertare il TEG applicato alla singola operazione unicamente sulla base dell'art. 644 c.p. e che le Istruzioni della Banca d'Italia, non essendo una fonte del diritto, possono essere da questi disattese in luogo di criteri di calcolo ritenuti maggiormente conformi al dato normativo<sup>34</sup>.

In proposito deve, tuttavia, osservarsi che se da un lato non può fondatamente dubitarsi della natura tecnico-procedimentale delle istruzioni della Banca d'Italia che risultano, pertanto, prive di efficacia normativa, dall'altro non può neanche revocarsi in dubbio che la fattispecie dell'usura oggettiva è integrata per effetto del superamento di un tasso di mercato (il tasso soglia appunto) che è, attualmente, individuato secondo i criteri individuati dalla Banca d'Italia che rappresentano, ad oggi, l'unico elemento a disposizione del sistema a cui ancorare la valutazione del carattere usurario degli interessi. Per come è strutturata attualmente la disciplina antiusura, le Istruzioni diramate dalla banca d'Italia, ancorché fonti normative di secondo grado, sono destinate ad incidere in misura determinante sul processo di determinazione del tasso soglia e, quindi, non si ritiene possano essere ignorate *tout court* dal giudice nel suo processo di accertamento di usurarietà della prestazione creditizia. Ignorare quei criteri significa mettere in discussione la legittimità dell'intero procedimento di verifica dell'usura<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup>Deve, tuttavia, segnalarsi che in una prospettiva diametralmente opposta si è recentemente attestata una parte della giurisprudenza di merito che riconosce alle istruzioni dell'Organo di Vigilanza un valore vincolante non solo per gli istituti di credito, ma anche per il giudice, il quale, in sede di calcolo del TEG, non potrà adottare meccanismi di calcolo differenti da quelli fissati dalla Banca d'Italia. Per tale orientamento V. Tribunale di Milano, 19 marzo 2015, n. 3586, [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); Trib. Milano 29 gennaio 2015, n. 1242, *ibidem*; Trib. Avezzano 21 gennaio 2015, *ibidem*; Tribunale di Milano, 23 dicembre 2014, *ibidem*; Trib. Fermo, 3 novembre 2014, *ibidem*; Trib. Treviso, 27 ottobre 2014, *ibidem*; Corte di App. Milano, – ord. – 20 ottobre 2014, *in expartecreditoris*; Trib. Torino, 17 febbraio 2014, n. 1244, *ibidem*; Trib. Verona, 9 dicembre 2013, *ibidem*. Attribuiscono, più dettagliatamente, alle istruzioni della banca d'Italia natura di “norme tecniche autorizzate” dal legislatore secondario, in quanto tali vincolanti per l'interprete: Trib. Milano, 3 giugno 2014, n. 7234, *in www.ilcaso.it*; Tribunale di Milano, 21 ottobre 2014, *ibidem*; Trib. Ferrara, 21 maggio 2014, n. 592, *ibidem*.

<sup>35</sup>Se, infatti, il giudice, nel riscontro dell'usurarietà nelle fattispecie concrete, ritiene di discostarsi dalla metodologia di calcolo adottata dalla banca d'Italia perché ritenuta illegittima, dovrà perciò stesso ritenere illegittimo anche il tasso soglia determinato attraverso l'applicazione di quella stessa formula e, conseguentemente, dovrà disapplicare anche i decreti ministeriali basati su tali rilevazioni. Come è stato in proposito osservato, RAMPIONI, *La fattispecie di usura “presunta” nel crogiuolo della prassi applicativa. Il “nodo” della commissione di massimo scoperto mette a nudo il non senso della delega politica ad organi tecnici*, in *Cass. Pen.*, n. 1/2012, 385 ss., tale comportamento dell'interprete condurrebbe inevitabilmente ad un'autentica “Babele applicativa”. In una prospettiva diametralmente opposta si è posto, invece, recentemente Trib. Torino, 31 luglio 2015, in <http://www.almamura.it>, che osserva che la rilevazione del TEGM, effettuata sulla base delle Istruzioni della Banca d'Italia e la determinazione del TEG della singola operazione creditizia, ai fini della verifica di legalità, sono due operazioni distinte, rispondenti a funzioni diverse e aventi a oggetto aggregati di costi che, seppure definiti con un criterio omogeneo (interessi commissioni spese collegate all'erogazione del credito), non sono perfettamente sovrapponibili. Il tribunale precisa che la funzione del TEGM, e quindi delle Istruzioni della Banca d'Italia, è quella di fotografare l'andamento dei tassi medi di mercato praticati da banche e intermediari finanziari, distinti per classi omogenee di operazioni – tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie – al fine di determinare e rendere noto alla generalità di banche e intermediari il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari. Posto che la rilevazione statistica implica una metodologia di selezione e organizzazione dei dati su cui la Banca d'Italia esercita evidentemente discrezionalità tecnica e opera scelte per rappresentare con un numero (per categoria, importi ecc.) il normale andamento del mercato del credito nel trimestre, ciò può comportare legittime esclusioni dalla rilevazione del TEGM (ad es. de-



Se, infatti, la verifica dell'usurarietà del tasso è l'esito di un confronto tra il tasso effettivo globale convenuto tra le parti e il tasso di riferimento costituito dal tasso soglia rilevato secondo i criteri elaborati dalla Banca d'Italia è evidente che per aversi una rappresentazione obiettiva e realistica dell'effettivo scostamento esistente tra i due tassi, questi ultimi devono essere necessariamente calcolati utilizzando lo stesso criterio di determinazione e le voci di costo che sono incluse nella determinazione del TEGM devono necessariamente coincidere con quelle da inserire per la determinazione del TEG. L'uso *ex post* da parte del giudice di metodologie di calcolo differenti rispetto a quelle indicate dalla Banca d'Italia nelle relative Istruzioni condurrebbe ad un risultato iniquo, oltre che metodologicamente inattendibile.

In proposito si è osservato<sup>36</sup> che quand'anche le rilevazioni effettuate dalla banca d'Italia dovessero contenere dei profili di illegittimità, ciò non potrebbe mai tradursi nella possibilità per l'interprete di prescindervi, attraverso l'utilizzo di metodologie e formule alternative rispetto a quelle individuate dalla Banca d'Italia, ove sia in gioco l'applicazione delle sanzioni civili e penali, derivanti dalla fattispecie della c.d. usura oggettiva. Sono queste le ragioni che inducono a ritenere che il giudice nella sua attività di accertamento della liceità dei tassi praticati dall'intermediario dovrebbe procedere al calcolo del TEG applicato dalla singola banca utilizzando la stessa metodologia di calcolo che la Banca d'Italia utilizza per rilevare il tasso medio effettivo globale, perché solo un confronto tra dati omogenei potrà condurre ad una decisione giusta, intesa come indirizzata ad assicurare una giustizia ed equità nel risultato.

La necessità che si proceda ad un confronto tra dati omogenei sembra, d'altro canto, il criterio che il legislatore ha mostrato di prediligere nella l. 2 gennaio 2009, n. 2 attraverso la quale è intervenuto per dirimere il contrasto interpretativo sulla computabilità della commissione di massimo scoperto tra gli oneri rilevanti in materia di usura.

È noto, infatti, che la commissione di massimo scoperto è stata per lungo tempo esclusa *ingiustificatamente* dalla Banca d'Italia dall'ambito degli oneri rilevanti ai fini della determinazione del TEGM<sup>37</sup> e tale prassi è stata costantemente stigmatizzata dalla magistratura, appunto perché non appariva conforme al dettato normativo. Se l'art. 644 c.p. precisa, infatti, che per la determinazione dell'interesse usurario si deve tenere conto delle commissioni, remunerazioni a

---

terminate tipologie di operazioni creditizie quali operazioni in valuta, posizioni classificate a sofferenza, crediti ristrutturati, operazioni a tasso agevolato o a tassi di favore, finanziamenti infragruppo), che si caratterizzano per elementi di specialità non suscettibili di essere generalizzati e tali, quindi, da inquinare, con prognosi *ex ante*, la serie dei dati rilevati alterando la rappresentazione fedele del normale prezzo praticato alla normale clientela. Nondimeno tutte queste operazioni sono – e lo ribadisce la stessa Banca d'Italia – soggette all'applicazione della legge n. 108 e pertanto dovranno essere scrutinate, ai fini della verifica di legalità, utilizzando un TEGM che è stato formato dichiaratamente ignorandole. Ciò si verifica per lo *spread* di mora, la Cms e i premi di polizza assicurativa e altri costi esclusi dalla rilevazione del TEGM, ma che rientrano nel calcolo del TEG applicato alla singola operazione creditizia.

<sup>36</sup>COLOMBO, *Riflessioni sull'usura bancaria, tra skakespeare e le Istruzioni della Banca d'Italia*, cit., 1464.

<sup>37</sup>Le Istruzioni della Banca d'Italia, tra il 1997 e il 2009, ai fini della rilevazione del TEGM, prevedevano che la c.m.s. fosse rilevata e trattata separatamente e, in coerenza con tale indirizzo, anche i d.m. trimestrali ribadivano che i tassi effettivi globali medi non erano comprensivi della commissione di massimo scoperto eventualmente applicata.



qualunque titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate all'erogazione del credito, la commissione di massimo scoperto doveva, a ragione, essere inclusa tra gli oneri rilevanti ai fini del calcolo del tasso soglia, appunto perché onere strettamente connesso all'uso del credito ed applicato tutte le volte in cui il cliente utilizzava lo scoperto di conto corrente.

Di fronte al progressivo consolidamento dell'orientamento della Cassazione volto all'inclusione della commissione di massimo scoperto tra gli oneri rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario<sup>38</sup>, e alla sistematica esclusione della suddetta commissione dal computo dei tassi soglia operata dalla Banca di Italia, è intervenuto a fare chiarezza il legislatore con la l. n. 2/2009, attraverso la quale ha puntualizzato la rilevanza di qualunque forma di remunerazione per la banca ai fini dell'applicazione della legge antiusura e, dunque, anche della commissione di massimo scoperto.

Conseguentemente, al fine di risolvere l'incertezza interpretativa sul trattamento della commissione in parola, l'art. 2 *bis* della suddetta previsione legislativa ha previsto che “gli interessi, commissioni e provvigioni derivanti da clausole, comunque denominate, che prevedono una *remunerazione* in favore della banca sono rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 1815, comma II, c.c. e 644 c.p.”, sancendo il conseguente obbligo per le autorità amministrative di computare la commissione di massimo scoperto nel tasso effettivo globale medio, adeguando le relative Istruzioni alla nuova disposizione normativa. Il legislatore precisa, inoltre, che il limite oltre il quale gli interessi sono usurari resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione “fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni”.

Orbene, è evidente che il legislatore, nel riferito intervento normativo, non si sia limitato a precisare la rilevanza della commissione di massimo scoperto ai fini dell'applicazione della legge antiusura, ma ne ha anche disposto, proprio al fine di evitare il rischio di un confronto tra dati disomogenei, l'inserimento tra le voci di costo da computare nel calcolo dei TEGM. Il legislatore si è, altresì, preoccupato di precisare che nel periodo transitorio il limite oltre il quale gli interessi sono usurari resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione, mostrando così di propendere per l'esclusione della commissione di massimo scoperto dal calcolo del TEG riguardo al periodo antecedente all'entrata in vigore della nuova normativa<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez II, 19 febbraio 2010, n. 12028, in *www.Ilcaso.it*; Cass. Pen., 26 marzo 2010, n. 12028, in *Giur. it.*, 11/2010, con nota di Grindatto, 2407 ss.; Cass., 14 maggio 2010, n. 28743, in *www.Ilcaso.it*; Cass., 22 luglio 2010, n. 28743, *Ibidem*; Cass. Pen., Sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669, *Ibidem*; Cass. Pen., sez. II, 19 dicembre 2011, n. 46669, in *Diritto e Processo*, n. 6/2012 con nota di M. Piloni, in cui, in particolare, si afferma che anche la commissione di massimo scoperto deve essere tenuta in considerazione quale fattore potenzialmente produttivo di usura, essendo rilevanti ai fini della determinazione del tasso usurario tutti gli oneri che l'utente sopporta in relazione all'utilizzo del credito e ciò indipendentemente dalle istruzioni o dalle direttive della Banca d'Italia nelle quali si prevede che la commissione di massimo scoperto non debba essere valutata ai fini della determinazione del tasso effettivo globale, traducendosi questa interpretazione in un aggiramento della norma penale che impone alla legge di stabilire il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari 736 ss.

<sup>39</sup> Si veda, a riguardo, Trib. Varese, 10 aprile 2015, in *Plurisonline.it*, che ha rilevato che solo con l'art. 2 *bis* del



Coerentemente con quanto richiesto dalla norma, le Istruzioni diramate nell'agosto del 2009 (punto D) dispongono che fino al 31 dicembre 2009 il tasso usurario andrà determinato secondo le istruzioni precedenti e che nel periodo transitorio il calcolo della Commissione di massimo scoperto rimane esclusa dal calcolo del TEG finalizzato alla determinazione del tasso usurario.

Tirando le fila del discorso sin qui condotto, può affermarsi che il legislatore, con il suddetto intervento normativo, ha operato due importanti precisazioni: anzitutto ha chiaramente precisato che la disciplina dei tassi soglia è costruita sul concetto di "remunerazione" che finisce per costituire la filigrana dell'intera disciplina sull'usura<sup>40</sup>; in secondo luogo ha implicitamente (ma altrettanto chiaramente) affermato l'assoluta necessità di includere tutto ciò che è rilevante ai fini dell'usura nel computo dei TEG medi, poiché, ai fini della verifica del rispetto del tasso soglia, i due tassi da mettere a confronto (il tasso soglia e il TEG del singolo rapporto) devono necessariamente essere composti dal medesimo aggregato di costi. Il legislatore, in altri termini, nel risolvere il contrasto interpretativo in merito all'inclusione o meno nel TEG della commissione di massimo scoperto, si è mostrato consapevole delle difficoltà di comparare dati tra loro non omogenei (da un lato il TEG del singolo caso calcolato includendo la commissione di massimo scoperto e, dall'altro, il TEG medio e relativa soglia rilevati nei decreti ministeriali all'epoca vigenti senza la commissione) ed è intervenuto con una norma di portata chiaramente innovativa che ne ha determinato l'operatività solo *de futuro*, facendo salva la disciplina precedente.

Volendo fare applicazione dei medesimi principi di diritto enunciati nel suddetto intervento legislativo anche per risolvere il delicato problema della rilevanza o meno degli interessi mora ai fini dell'usura, dovrebbe coerentemente concludersi che gli stessi non rientrano nella previsione sanzionatoria della l. n. 108/1996.

Anzitutto perché la scelta operata dalla banca d'Italia di escludere gli interessi mora dal computo del tasso medio non sembra porsi in contrasto con quanto dispone l'art. 644 c.p.: in nessun modo la mora può essere considerata una remunerazione per l'uso del credito, poiché viene in rilievo nel momento in cui il rapporto entra nella fase patologica ed è quindi diretta a penalizzare il debitore per il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione restitutoria. La mora, in altri termini, non è ascrivibile in alcun modo al concetto di remunerazione, neanche nel senso più lato e atecnico del termine, rappresentando la liquidazione preventiva e forfettaria del danno risarcibile in caso di inadempimento di un'obbligazione pecuniaria ed è quindi estranea alla *ratio* che sorregge la disciplina antiusura.

---

d.l. n. 185/2008, convertito dalla legge n. 2/2009, è stata modificata la metodica di rilevamento dei tassi effettivi globali medi (determinanti poi il c.d. tasso soglia), disponendo la necessità di includere la commissione di massimo scoperto tra le voci di costo, e che tale disciplina è divenuta operativa a far data dal 1° gennaio 2010. Il tribunale osserva in proposito, che tenere conto a posteriori nel calcolo del tasso usurario della commissione di massimo scoperto, applicando retroattivamente la normativa del 2009, "distrugge il sistema previsto dalla legge e viola il principio di tassatività della fattispecie penale che proprio su quel sistema (in cui la C.M.S. era irrilevante ai fini della determinazione del tasso usurario) ha strutturato l'illecito penale".

<sup>40</sup> In questo senso ABF, Coll. Coord., 23 maggio 2014, n. 3412, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).



In ogni caso, quand'anche si volesse condividere la tesi dell'estensione del limite dei tassi soglia anche agli interessi di mora, la loro esclusione dal computo dei TEG medi trimestralmente rilevati comporta l'impossibilità di sottoporli a giudizio di usurarietà, non essendo possibile, ad oggi, una verifica in termini oggettivi del loro carattere usurario.

Alla luce delle esposte considerazioni appare, dunque, evidente che la soluzione al problema relativo alla riconducibilità o meno degli interessi di mora nell'ambito applicativo della legge antiusura non possa essere semplicisticamente impostato e risolto facendo esclusivo riferimento all'esistenza di un principio di omogeneità di trattamento degli interessi che impone di considerare rilevanti ai fini dell'usura gli interessi "a qualunque titolo" pattuiti. Se il compito dell'interprete è quello di indicare opzioni interpretative che riconducano le norme al sistema, dovrà convenirsi che la pattuizione relativa agli interessi di mora assume rilievo in relazione a fenomeni giuridici, economici e sociali completamente diversi da quelli che il legislatore ha inteso disciplinare con la l. n. 108/1996, alla cui *ratio* sono quindi del tutto estranei<sup>41</sup>.

7. – Sia consentita sul punto un'ultima precisazione.

L'estraneità della mora al fenomeno dell'usura ha trovato oggi una significativa conferma nella l. 10 novembre 2014, n. 162 che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*". Più precisamente, l'art. 17 del suddetto decreto ha modificato l'articolo 1284 c.c., introducendo un regime speciale per gli interessi legali maturati successivamente alla proposizione della domanda giudiziale.

Il nuovo art. 1284 c.c., comma 4, stabilisce, infatti, un nuovo tasso legale di mora per i crediti c.d. litigiosi, disponendo che "se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale, il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", tasso che notoriamente, soprattutto per talune categorie di operazioni, quali i mutui, è sempre superiore al tasso soglia<sup>42</sup>.

Il legislatore, dunque, attraverso tale disposizione autorizza un rilevante aumento degli oneri per il debitore inadempiente: basti pensare che mentre il saggio degli interessi legali per l'anno 2015 è pari allo 0,5%, il tasso moratorio legale previsto dal d.lgs. n. 231/2002 è pari all'8,05%.

La finalità della norma è evidentemente quella di scoraggiare eventuali strategie dilatorie del debitore, che sarebbero al contrario favorite dal saggio estremamente ridotto degli interessi legali e, al contempo, tutelare il creditore dalle lungaggini del procedimento giurisdizionale, accordandogli un tasso di interesse maggiorato rispetto agli interessi legali ogniqualvolta sussista

---

<sup>41</sup>Cfr. in tali termini, Trib. Roma 1 febbraio 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1082 ss. con nota critica di LAMORGESE, *Interessi di mora ed usura*.

<sup>42</sup>In questi termini, Trib. Cremona, 9 gennaio 2015, in *www.expartecreditoris.it*.

# JUS CIVILE



inadempimento immotivato da parte del debitore e ciò a prescindere dalla categoria di appartenenza e dalla natura contrattuale.

Ebbene, dalla novella legislativa è possibile trarre un duplice ordine di considerazioni perfettamente coerenti con quanto sin qui affermato in relazione all'estraneità degli interessi moratori al fenomeno dell'usura.

Innanzitutto, la norma in esame assume un rilievo sistematico particolarmente significativo poiché conferma chiaramente l'intenzione del legislatore di attribuire agli interessi di mora una funzione eminentemente indennitaria del danno causato dall'ingiustificato ritardo nel pagamento alle scadenze pattuite, che attualmente i soli interessi legali (oggi ai minimi storici) non sono in grado di reintegrare.

Inoltre, il nuovo disposto dell'art. 1284 c.c., imponendo per legge, in caso di mancata pattuizione tra le parti, tassi di mora superiori ai limiti stabiliti dalla disciplina antiusura, esclude automaticamente che il tasso di mora possa rientrare nel perimetro applicativo della l. n. 108/1996.

Diversamente opinando, infatti, si concreterebbe una palese contraddizione nel pensiero del legislatore, il quale da un lato porrebbe un divieto (tramite la disciplina antiusura) alla percezione di interessi moratori superiori alle soglie, dall'altro ne consentirebbe il superamento per la fase successiva all'instaurazione del giudizio.



UMBERTO BRECCIA

Professore emerito di diritto civile – Università di Pisa

## APERTURE E ATIPICITÀ DELLE FONTI DEI RAPPORTI OBBLIGATORI \*

SOMMARIO: *I. Messina nel grande libro del diritto. – 1. Senso della storia. Continuità e discontinuità. – 2. Analisi critica e ricostruttiva nella piena percezione dei mutamenti. – 3. Identità della conoscenza giuridica e influenze sul diritto della cultura comprensivamente intesa. – 4. Monismi, dualismi, pluralismi: tensioni dialettiche mobili piuttosto che rigide opposizioni. – 5. Forma e materia del diritto. Quid ius e quid iuris. Rechtsgrund (trascendentale; fattuale; assiologico). – 6. Dalla (dis)continuità all'irradiazione in molteplici direzioni. – 7. Riepilogo. – II. Profili vecchi e nuovi del diritto privato in trasformazione. – 8. Osservazioni nell'area "classica" delle obbligazioni. Significati di "ordinamento giuridico". – 9. Dalla centralità del "diritto generale delle obbligazioni" ("il più antico rapporto tra persone che ci sia") al traumatico ruolo odierno del "debito". La finanza del mondo e l'universale condizione dei debitori con e senza sovranità. Resistenze di un'alterità antropologica occultata: tanto improbabili quanto urgenti? – III. Ragioni delle relazioni umane e ragioni dell'ordinamento fra passato e futuro. – 10. Individuazione e delimitazione dell'area delle fonti delle obbligazioni diverse dai contratti e dai fatti illeciti. "Conversione di un fatto storico e concreto in fonte di obbligazione"? – 11. Principio di effettività e principio della massima aderenza della materia alla forma giuridica. – 12. Ripensamenti dei rapporti in termini di teoria generale. Dal "possesso dei diritti" al lungo cammino delle unioni affettive non fondate sul matrimonio. Rilevanza dei "doveri morali o sociali" e della giusta causa delle attribuzioni patrimoniali. – 13. Conformità dell'ordinamento fra crisi della fattispecie e messa in discussione del sistema: dalla piramide alla rete; dall'ordine del territorio all'extra ordinem sconfinato. – 14. Senso di un richiamo rinnovato al postulato dell'ordinamento-sistema come apertura non manipolabile in assoluto. – 15. Analisi emblematica del paradigma del "contatto sociale qualificato". Linea di un pensiero. Aggiornamenti sull'indirizzo giudiziale prevalente. – 16. Ruolo sistematico che è stato attribuito, non senza perduranti contrasti, alla culpa in contrahendo. – 17. Ritorno a una riflessione più ampia sui rapporti giuridici. – 18. Relazione interpersonale e compatibilità con il diritto-ordinamento. – 19. Forma e limite del diritto nell'apparente evanescenza delle fattispecie e degli ordini sistematici. – 20. Pagine del "grande libro del diritto" scritte a Messina: in una "continua discontinuità".*

### I. Messina nel grande libro del diritto

1. – L'idea della continuità e della discontinuità del diritto ebbe nelle pagine di Salvatore Pugliatti – come tutti sanno – una delle sue formulazioni più famose.

Vincenzo Scalisi, con lo stato d'animo dell'allievo, ha ripreso puntualmente quel messaggio e lo ha consegnato alle nuove generazioni: lungo la linea di pensiero che fu già di Salvatore Pugliatti e di Angelo Falzea.

Queste ore uniscono, infatti, Vincenzo a Salvatore e ad Angelo, con noi tutti: nella viva forza di una memoria costante e tempestivamente rinnovata.

---

\* Lo scritto riproduce il testo della relazione per il convegno in onore del Professore Vincenzo Scalisi, sul tema "Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione", tenutosi a Messina il 27 e il 28 maggio 2016.



2. – All’idea della continuità e della discontinuità si affianca una vocazione teorica di ampio respiro e una puntuale attenzione al variare delle modalità che in ogni tempo legano le trasformazioni giuridiche al mutamento sociale.

3. – Salvatore Pugliatti e Angelo Falzea lasciarono in eredità ai loro allievi sia una matura consapevolezza critica in merito alla peculiare vocazione conoscitiva del diritto sia la piena coscienza dell’apporto insostituibile – e reciproco – della scienza giuridica a una piena intelligenza complessiva delle culture umane nel tempo e nello spazio.

L’esigenza informativa che da un singolo e qualificato settore di competenza si dirige verso altri campi limitrofi di conoscenza – e da questi attinge nuovi spunti di riflessione – assunse pertanto una finalità esplorativa non comune, ancorché di carattere strettamente e rigorosamente giuridico.

Vincenzo Scalisi ha raccolto – e sta ora custodendo e perpetuando quel lascito – in una maniera che ben può dirsi esemplare.

4. – Le categorie giuridiche hanno avuto nel passato l’ambizione dell’unitarietà nella coesistenza con una contrapposizione a senso non meno unico (fatto e atto; privato e pubblico)<sup>1</sup>.

Proprio a Messina aveva notoriamente assunto piena dignità – si pensi, ancora una volta, almeno agli scritti memorabili di Salvatore Pugliatti in materia di proprietà – l’analisi critica della coesistenza di figure plurime che non sempre sono riducibili al rango marginale di altrettante regolamentazioni in via di eccezione rispetto a uno schema codificato dominante.

Vincenzo Scalisi – in un tempo ormai di tanto remoto da quell’inaugurazione, che è assurta al rango da tutti riconosciuto di un momento saliente della storia del pensiero giuridico – non ha esitato a addentrarsi senza pregiudizi nell’intrico di una normatività contemporanea che si è variamente moltiplicata; e tanto ha fatto senza soverchi timori di smarrire i modelli integrativi unificanti.

5. – La vocazione per la continuità si avverte con pienezza anche in altri luoghi che sono assurti a simbolo di un’intera linea di pensiero: la tensione tra forma e materia giuridica; il nesso, nella fase casistica e applicativa, fra *quid iuris* e *quid ius*; la contrapposizione di fatti e di valori nella ricerca di un *Rechtsgrund* che è anche un *Grundwert* (il primato della persona e della sua dignità).

Sono pagine nitide e ferme; e, al tempo stesso, evitano che ci si debba ogni volta nuovamente addentrare nel campo insidioso delle generali prese di posizione di ordine strettamente speculativo.

---

<sup>1</sup> Ci si può limitare a un solo riferimento, sebbene sia da considerare, ormai, quasi superfluo: N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013. Per un aperto confronto d’idee: F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1001 ss.



6. – L'elenco proposto è intuitivo e strettamente indicativo, ma è di per sé molto espressivo.

Un punto almeno merita ancora di esservi aggiunto.

Salvatore Pugliatti e Angelo Falzea hanno “irradiato” i risultati della ricerca e dell'insegnamento del diritto civile (oltre che, per esempio, a Messina: con Vincenzo Michele Trimarchi e con tante altre generazioni di allievi) in molteplici direzioni (per tramite di Rosario Nicolò, e del suo allievo Giorgio Giampiccolo, oltre che di Ugo Natoli; e proprio a Pisa: come, fra l'altro, ben sappiamo).

Si è trattato di una sorta di lascito ideale: con palesi varianti e non privo di contrasti.

Un punto sembra difficilmente contestabile: Vincenzo Scalisi è una delle più chiare sorgenti di quelle propagazioni illuminanti.

7. – Continuità, saldezza e apertura teorica, consapevolezza culturale, pluralismo analitico, rispetto della forma giuridica, della materia fattuale e dei fondamenti assiologici: questo, dunque, è il vasto patrimonio ereditato e criticamente analizzato.

Vincenzo Scalisi ci accoglie, su di un tale sfondo, come un prezioso custode-guida: che riassume il senso costante di quelle memorie ideali; e ne rende ogni volta attuale – nel momento stesso di diffonderle – l'insegnamento<sup>2</sup>.

## II. Profili vecchi e nuovi del diritto privato in trasformazione

8. – Dopo queste poche e semplici premesse – che penso confermino un'aria di famiglia – mi soffermo ora su taluni punti sulle quali la scelta è caduta proprio per la sensazione che da questi ultimi si tragga una conferma esemplare della forza di una linea intera di pensiero e dell'aiuto che può ancora darci nell'affrontare non pochi nodi, quanto mai ardui, delle riflessioni giuridiche contemporanee

Se si prova a concentrare deliberatamente l'attenzione perfino su di un'area *classica* e, per molti aspetti, tradizionale (le obbligazioni), subito si nota che vanno profilandosi – anche in quel vasto settore – alcuni problemi la cui soluzioni si prestano a idee critiche rilevanti e a non poche ipotesi ricostruttive di segno complessivamente rinnovato.

Anche qui è necessaria una considerazione introduttiva, sebbene si tratti di un rilievo quanto mai noto e intuitivamente elementare.

Chi pensi al tema centrale del nostro convegno non ha difficoltà a notare che i termini di confronto nell'analisi delle trasformazioni giuridiche – al tempo degli studi di Salvatore Pugliat-

---

<sup>2</sup> Fra i saggi che offrono un quadro complessivo nitido e già documentato si rinvia a V. SCALISI, *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 10001 ss. Cfr. inoltre, sempre a titolo d'esempio, V. SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 11249 ss.; V. SCALISI, *Il diritto civile nelle 'prolusioni' del secondo novecento*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 10501 ss.

# JUS CIVILE



ti sulla proprietà privata – avevano un punto di riferimento necessario: bipolare; in una cornice strettamente nazionale.

Il luogo della trasformazione giuridica, infatti, è stato a lungo un campo di tensione fra le ambizioni della sistemazione del codice civile e l'espansione delle pretese della legislazione speciale.

Il fenomeno era stato notoriamente percepito fin da molti anni; ma – se si escludono i contributi di ampio respiro di Filippo Vassalli nonché pochi altri saggi non meno noti ai tempi del primo conflitto mondiale e dintorni – non avevano trovato in genere conferme eloquenti: le quali sapessero dare dignità critico-ricostruttiva a considerazioni di segno generico e descrittivo o d'intonazione sommaria e valutativa, per giunta in termini non strettamente giuridici.

Le pagine di Salvatore Pugliatti si addentrarono, al contrario, nell'analisi dei tipi di proprietà, senza distinguere a seconda del modello di fonte normativa preso a riferimento e dell'ambizione di quest'ultima a fare sistema: in un quadro che comunque era fondato sulla legge, ancorché non era codificato in base a statuti distinti.

In seguito – all'interno di una cornice che ormai pretendeva d'essere costituzionalmente innovativa e pienamente legittimata – la trasformazione principale fu notoriamente formulata da Natalino Irti nei termini di una “decodificazione” e fu raffigurata con ricorso all'immagine geometrica di un assetto policentrico al di sotto di un vertice costituzionale.

La visione decentrata diventava, per questa via, anche polisistemica e antigerarchica: con l'unico vincolo – non eludibile – che fu imposto dal primato costituzionale.

Vincenzo Scalisi e altri della sua generazione – fra i quali sono qui presenti alcuni fra i più attivi spettatori di un ben più radicale mutamento di orizzonti – affrontarono al tempo stesso (e, settore per settore, i loro apporti hanno già conseguito esiti ricostruttivi e critici spesso illuminanti) un problema che non aveva precedenti: la necessità di applicare all'interno dell'ordinamento nazionale disposizioni provenienti da un ordinamento non nazionale, con disapplicazione delle disposizioni nazionali incompatibili, anche costituzionali (purché non “supreme”) e di far tutto questo in maniera conforme all'interpretazione della Corte competente anche nell'ordinamento non nazionale.

Il salto di qualità era evidente, ma non fu subito ricostruito e compreso in tutte le sue più clamorose manifestazioni e implicazioni.

Il problema, infatti, non verteva più sul conflitto tra fonti nazionali costituzionali e infranazionali né sul criterio di una razionale composizione sistemica tra fonti equiordinate e concorrenti: nella forma, ma non nella pretesa di far sistema (sempre che il codice ancora vantasse, per esempio, una supremazia dogmatica che si avviava a dimostrarsi in gran parte esaurita).

Si trattava piuttosto d'integrare, ormai, nel diritto nazionale un assetto normativo che era stato pensato in un ambito non nazionale e secondo l'interpretazione di talune autorevoli Corti non nazionali.

Tutto questo si legittimava, al vertice, sulla base di un'autolimitazione costituzionale di so-



vrantà (art. 11), la cui puntale determinazione in sede applicativa era stata il prodotto – tanto innegabile in termini di consolidamento operativo quanto discutibile in termini di costrutti giuridici – di un confronto (per gradi e per progressivi aggiustamenti) fra la Corte di Giustizia europea del Lussemburgo e la Corte costituzionale nazionale, la cui notorietà è ormai tale da rendere superflua qualsiasi ennesima cronistoria riassuntiva.

Sta di fatto che, a questo punto, una generazione intera di giuristi dovette farsi carico di una cittadinanza epistemologica almeno duplice; si cercò di proiettare il canone della continuità e della discontinuità su di uno sfondo innovativo: la cui reversibilità restava affidata a un fattore realisticamente improbabile, almeno alle origini (poiché, a quell'epoca, non si pensava davvero a radicali fratture nazionalistiche dell'unitario orizzonte europeo in divenire)<sup>3</sup>.

L'attiva partecipazione dei giuristi dei singoli Stati dell'Unione ai progetti di un quadro comune europeo rafforzò l'immagine di un laboratorio che incominciava a delinarsi anche nel diritto interno: fino a lasciare segni tanto evidenti quanto inequivoci nei due codici civili – tedesco e francese – i quali furono presi a modello dal nostro già nel secolo scorso: il primo, com'è noto, è stato “modernizzato” nell'anno 2001<sup>4</sup>; l'altro è stato riformato nel corso dell'anno 2016 e sarà in vigore fin dall'anno prossimo, ma già è al centro di analisi quanto mai tempestive e indifferibili<sup>5</sup>.

Il grande apporto cognitivo delle ricerche di comparazione aveva già reso familiari, anche sul piano delle modalità argomentative, l'analisi delle soluzioni accolte in altri ordinamenti: con un'influenza che fu dovunque molto discussa, ma che fu spesso percepibile con chiarezza all'atto stesso della decisione nazionale di un conflitto inconsueto e privo di riscontri normativi adeguati.

Il diritto europeo ha dato senza dubbio un ruolo centrale all'immagine di un giudice che è chiamato ad applicare nel diritto interno un diritto di fonte esterna (secondo l'interpretazione della corte in tal senso competente).

Il protagonista del diritto, come giurista e come giudice anche europeo, è stato investito di

---

<sup>3</sup> La piena percezione critica di un tale mutamento di orizzonti ha trovato – nelle tante e tempestive riflessioni di Vincenzo Scalisi – alcuni punti essenziali di riferimento, con riguardo ai momenti cruciali all'analisi in mutamento: i limiti dell'interpretazione; il discorso sulle fonti; il significato giuridico del concetto scientifico di complessità; le debolezze e le resistenze della nozione stessa di sistema nel confronto con la percezione attuale del diritto-ordinamento. In termini più specifici: il primato del diritto europeo dei rimedi e il ripensamento delle categorie civilistiche dell'invalidità e dell'inefficacia: V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 10413 ss.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti del diritto privato*, ivi, p. 10147 ss.; V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, ivi, 2007, p. 10843 ss.

<sup>4</sup> § 311 BGB – *Rechtsgeschäftliche und Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse*. Chiaro è il riferimento testuale dei rapporti obbligatori ai “negozi giuridici” (*Rechtsgeschäftliche*) ovvero a eventi “simili” a quelli (*Rechtsgeschäftsähnliche*). Per un acceso contrasto di opinioni si rinvia a: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 128-150; A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77 ss.

<sup>5</sup> *Ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Fra le fonti delle obbligazioni è stata confermata, in termini generali, la figura – molto discussa – del *quasi contrat* (art. 1300).



una responsabilità complessivamente inedita, all'interno di un orizzonte normativo radicalmente mutato.

Che si sia trattato di una trasformazione radicale – dal rilievo storico innegabile e con ripercussioni palesi sull'identità attuale del diritto privato “che cambia” – è un dato ancor prima che un giudizio.

Piuttosto dobbiamo chiederci – nella discontinua-continuità con la vocazione giuridica che Vincenzo Scalisi apprese da Salvatore Pugliatti e da Angelo Falzea – quale senso ancora abbiano i riferimenti testuali delle fonti interne alla nozione di ordinamento giuridico (per esempio: ordinamento internazionale, dello Stato e della Chiesa, nei principi fondamentali di apertura della Carta costituzionale; ordinamento esclusivamente dello Stato, nell'applicazione dell'art. 12 ai principi rilevanti in ultima istanza per analogia; nonché – e tale è per l'appunto il tema sul quale vorrei soprattutto soffermare la mia attenzione – ordinamento che è richiamato nell'art. 1173 c.c., in materia di fonti delle obbligazioni diverse dal contratto e dal fatto illecito; e l'elenco si completa, notoriamente, con la disciplina generale della proprietà e del contratto).

Qui ci si addentra su di un terreno che è solo apparentemente solido, quanto al sostrato lessicale, poiché esso risente con forza del sovrapporsi, per stratificazioni successive, a un medesimo vocabolo – che è dotato di prestigio tradizionale e che sembra immune da contaminazioni estranee al diritto in quanto ordine – dell'urto di palesi e contrastanti temperie storiche nelle quali i profili di discontinuità ambiscono a prevalere sugli aspetti di continuità.

Il pensiero va immediatamente – s'intende – all'ordinamento giuridico dello Stato che, al tempo dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, esulava certamente da ogni riferimento extranazionale e che solamente nel quadro costituzionale aveva preso a coesistere con la forte affermazione, anche in termini di principio, di una vocazione internazionale, in quanto direttiva costituzionale fondamentale: una vocazione la quale era percepita come pienamente compatibile, già a quel tempo, con un'autolimitazione di sovranità (artt. 10 e 11; e, in seguito alla nota modifica, art. 117, comma 1).

Negli ultimi decenni, alla percezione doverosa della trasformazione giuridica radicale si sono affiancate le descrizioni generiche in termini di “globalizzazione” o di mondializzazione del diritto, con il rischio di far affondare nell'oceano oscuro dell'indistinzione un coacervo di problemi giuridici diversi, le cui pseudo-proposte di soluzione risentono di semplificazioni arbitrarie.

Tali sono – fra le più note e non sempre fra le più conciliabili – l'affermazione di un preteso primato sconfinato del diritto-mercato ovvero di un'integrazione pluriordinamentale (che sarebbe pienamente in atto, e che dovrebbe conciliarsi con la garanzia del rispetto dei diritti umani universali: già con ricorso a quella vaga tecnica di tutela che è stata notoriamente ribattezzata – con una buona dose di fiducia ottimistica – nei termini di una difesa “multilivello”).

Vincenzo Scalisi – come ben sappiamo – ha ripreso, nella linea di Angelo Falzea, l'analisi della complessità giuridica contemporanea sullo sfondo delle teorie che perfino hanno evocato



l'immagine, a suo tempo molto inconsueta, di un'uscita del diritto dal culmine dell'età moderna<sup>6</sup>.

9. – Sia pure soltanto sullo sfondo, ha preso a delinearsi l'ipotesi – sulla quale ci si deve intuitivamente limitare a talune notazioni molto sommarie – di una diversa e complessiva percezione del concetto di “debito” nel diritto contemporaneo: su scala mondiale; nel perdurare di una crisi economica e finanziaria di vaste proporzioni<sup>7</sup>.

Questa linea di riflessione va posta a confronto con un dato di vasta notorietà: la centralità storica e tradizionale dello *Schuldrecht* (diritto delle obbligazioni), in uno stretto nesso con il diritto romano, nella letteratura giuridica tedesca; e la forza di penetrazione che quella sistemazione ha avuto nella cultura in senso lato.

Spesso suole esser richiamato, a un tale riguardo, un testo di Nietzsche che è assurdo ben presto a fama universale.

Ben più utile del rituale rinvio, è qui un'attenta rilettura testuale, poiché l'accento che accompagna ogni parola, in quanto è pervaso da una rara forza espressiva, invita davvero a un approfondimento critico del pensiero, anche giuridico, in molteplici direzioni.

Nel trarre spunto dal duplice significato del vocabolo *Schuld* nella lingua tedesca – “colpa” e “debito” – il filosofo affermò, come sappiamo, che l'obbligazione personale e il sentimento della colpa avrebbero avuto la loro origine “nel più antico e originario rapporto tra persone che ci sia, nel rapporto [...] tra creditore e debitore: qui per la prima volta si pose persona di fronte a persona, qui, per la prima volta, *si misurò* persona con persona”.

L'uomo costruì il suo primato nel modo animale in base alla sua capacità di calcolare, di darsi una misura, di fissare un prezzo (un metro di valore) a tutto.

Egli è – prosegue Nietzsche – un animale che *ap-prezza* nel senso etimologico, realistico e ideale, dell'espressione *valuta*: ossia nel segno calcolabile, matematico, non strettamente etico, del verbo “valutare”.

La visione filosofica è palesemente realistica, disincantata, strettamente aderente all'economia delle relazioni umane, pienamente consapevole del fatto che la generalizzazione del “tutto può essere pagato” nasce, a suo modo, dal più antico e dal più ingenuo canone morale della giustizia, quale ben difficilmente potrà sopravvivere – e fin dall'incontro degli *indios* con gli scopritori del nuovo mondo – alla patente disparità di potenza<sup>8</sup>.

Tutto questo ha consentito di fingere che il valore dell'unità di una data moneta sia la misura del valore di una cosa materiale.

---

<sup>6</sup> Per alcune indicazioni essenziali, si rinvia alla nota 2. Per esempio: V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 10147 ss.

<sup>7</sup> E. STIMILLI, *Debito e colpa*, Ediesse, Roma, 2015.

<sup>8</sup> F. NIETZSCHE, *La genealogia della morale. Uno scritto polemico*. Prefazione di Pier Aldo Rovatti. Traduzione di Umberto Colla (titolo originale: *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*), Einaudi, Torino, 2012.



Alle origini c'erano le persone, il loro reciproco misurarsi e valutarsi: da uomo a uomo.

A ben riflettere, dunque, il terreno tutto materialistico degli scambi e dei prezzi resta un *posterius*: fondamentale, ma pur sempre un *posterius*<sup>9</sup>.

Il credito-debito è il modo di una relazione fra persone che ha una sua ragion d'essere vincolante in una sorta di messa alla prova di un rischio collaborativo o cooperativo che il nichilismo di Nietzsche, a ben vedere, elude: si presuppone già l'immanenza di un vincolo che è essenzialmente imperniato sulla fiducia<sup>10</sup>.

In età contemporanea, prende a delinearsi – in una linea dominata da forze che sembrano sorrette da una forza autosufficiente – uno scenario inquietante: ove il “debito” assurge al rango di una sorta di personaggio che invade ogni discorso.

Il debito scende dal piedistallo del diritto romano e della pandettistica tedesca e domina la comunicazione fra gli uomini ben oltre la sfera del diritto e del disincanto di Nietzsche, sebbene sempre interferisca con la cultura giuridica, sia pure secondo modalità che un tempo furono impensabili.

Tanto può notarsi agevolmente in base alle più note divulgazioni nel difficile confronto con le contingenti scelte politiche, oltre che con le teorie e le pratiche finanziarie.

Com'era inevitabile, i profili giuridici inconsueti hanno coinvolto sia l'area della disciplina dei rapporti giuridici di diritto privato (si pensi, fra l'altro, al problema del sovraindebitamento dei consumatori, alle usure, alle monete elettroniche, alla tracciabilità dei pagamenti, alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, e via dicendo: lungo una sequenza che ha rari riscontri nella storia, per varietà e per ampiezza) sia – con gli esiti clamorosi che la crisi finanziaria del 2007, continua a porre sotto gli occhi di tutti – l'area dei debiti di alcuni Stati anche europei, fra i quali notoriamente figura il nostro: la cui posizione, com'è risaputo, risente di una serie di pesanti contraddizioni irrisolte.

Questo è un campo in cui gli equivoci e le approssimazioni rischiano di occultare il competente approfondimento delle analisi.

Chi rispetti i confini del diritto può sottrarsi alla tentazione di arrogarsi un ordine di valutazioni alle quali non si sente sufficientemente legittimato dalle ricerche di settore.

Vi è nondimeno l'esigenza di confrontarsi con coloro che hanno cercato di fornire un quadro complessivo di ordine tendenzialmente storico e filosofico, ancor prima che strettamente politico; e che si sono cimentati nel compito di accennare al fenomeno dell'indebitamento degli Stati su scala mondiale allo scopo di avanzare un'ipotesi sui più gravi aspetti di novità delle situazioni in atto.

In un saggio non lontano negli anni – che è argomentato in maniera essenziale – una tale visione è stata, per esempio, così succintamente descritta.

Tutti gli Stati sarebbero “indebitati nei confronti di un'entità inafferrabile come la finanza globale”.

---

<sup>9</sup> F. NIETZSCHE, *La genealogia della morale. Uno scritto polemico*, cit., p. 66.

<sup>10</sup> D. GRAEBER, *Debito. I primi 5000 anni di storia*, Il Saggiatore, Milano, 2011.



L'indebitamento starebbe creando – in una maniera tanto paradossale quanto non eludibile – i presupposti per una diversa unione fra gli uomini “a causa di una condizione di comune sofferenza”<sup>11</sup>.

Si profila, in questa linea di pensiero, l'esigenza di una sorta di cambiamento culturale diffuso, che abbia già nel linguaggio e nel ragionamento interpretativo (tanto comune quanto diffuso: per tramite degli esperti che si confrontano con le istituzioni) una sua non equivoca traduzione.

Il modello antropologico di riferimento è antico, sebbene sia stato tante volte negletto: risale a quel circuito di reciproche aspettative che – nelle famose analisi di Marcel Mauss – ravvisò nel dono un primato nella fondazione di un legame sociale.

Quel che una tale linea di ricerca sottintende sta nella percezione che – non soltanto in termini economici e politici, ma anche e soprattutto in termini giuridici – sia necessario sperimentare forme adeguate (e non solamente predicate con enfasi) per dare a quel “circuito di solidarietà”, che la condizione universale d'indebitamento di per sé impone, una qualche modalità di plausibile proiezione effettiva.

S'intende che quest'indagine va misurata, ovviamente, sui risultati, più o meno velleitari o più o meno fallimentari, delle scelte politiche che si prendano nelle istituzioni competenti; e deve avere, inoltre, come punto primario di riferimento, le prese di posizione dei giudici superiori e non solamente nazionali, i quali – soprattutto sulla base di controlli di costituzionalità – spesso sono stati costretti a farsi carico delle crescenti contraddizioni che sono state provocate da uno stato eccezionale di crisi prolungata (quale si è soliti riassumere nel concetto di “economia del debito”) e dalle disparità, interdipendenti, con gravi restrizioni, che sono state imposte imposte dai vincoli giuridici sovranazionali e dalla garanzia costituzionale del pareggio del bilancio<sup>12</sup>.

### III. Ragioni delle relazioni umane e ragioni dell'ordinamento fra passato e futuro

**10.** – A questo punto, all'atto di cimentarsi finalmente con i dettagli giuridici di un'analisi puntuale, è tempo di tornare a riflettere, in maniera indicativa, intorno a un *test* in apparenza elementare: quale sia il significato di “ordinamento giuridico” nell'art. 1173 c.c.; come si configuri la sua identità attuale, sullo sfondo di quel che resti in vita – sempre che sia rimasto in vita – di un qualche sistema giuridico e nella linea di un parametro di controllo dell'arbitrio interpretativo.

Una prima ricognizione casistica – quale si trae dalle decisioni meno lontane nel tempo – ci mette di fronte a un panorama che, fino a pochi anni or sono, avrebbe provocato contrasti di

---

<sup>11</sup> R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica ed il posto del pensiero*, Einaudi, Torino, 2013, pp. 226-227.

<sup>12</sup> A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contratto e impresa*, 2016, pp. 124-158.



opinioni e perfino sensazioni di smarrimento, se non addirittura di disagio<sup>13</sup>.

In un volume che è stato edito l'anno scorso<sup>14</sup>, è stato posto in una chiara luce il nesso che unisce il riferimento all'ordinamento giuridico – nell'individuazione delle fonti delle obbligazioni diverse dai contratti e dai fatti illeciti – a quel fenomeno che suole essere descritto nei termini di una “crisi” o di una “perdita della fattispecie” e della sua testuale definizione per legge<sup>15</sup>.

Com'è noto, infatti, al termine “legge” (nel codice civile del 1865: art. 1097) il codice civile vigente ha sostituito l'espressione “ordinamento giuridico”.

“Alla domanda sull'elemento che, nel fatto, funge da parametro per il prodursi dell'effetto [...] succede l'interrogativo sull'insieme dei principi regolativi di un dato sistema giuridico: dal quale trarre i criteri di valutazione per convertire un fatto storico e concreto in fonte di obbligazione”<sup>16</sup>.

Viene fatto di evocare un ritorno alle *variae causarum figurae* del celebre testo attribuito a Gaio, ossia alla necessità di prendere posizione sull'esistenza di una serie di fattispecie che hanno una ragione giustificativa autonoma e diversa rispetto alle altre fonti di obbligazioni incluse nella tradizionale dicotomia “contratti-fatti illeciti”, quale si è perpetuata, pur arricchendosi di nuovi significati, fin dentro il testo dell'attuale art. 1173 c.c.<sup>17</sup>

Sappiamo che l'attrazione per i due modelli dominanti condurrà all'invenzione – che, come si è accennato, è perdurante nel testo del *code civil*, quale è stato riformato nell'anno 2016 (art. 1300) – dei quasi-contratti, nonché alla costruzione, notoriamente molto più effimera e infatti ormai demolita, dei quasi-delitti.

Sebbene la scelta del legislatore francese sia stata molto discussa in sé – oltre che a causa dell'eccessiva vaghezza della definizione legale – le “altre fonti delle obbligazioni” in Francia conservano il tradizionale riferimento ai quasi-contratti della gestione d'affari e del pagamento

---

<sup>13</sup> Cass. 4 aprile 2016, n. 6504; Cass., Sez. Un., 7 aprile 2015, n. 7682; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno responsabilità*, 2008, p. 788, con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultati e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, ivi, p. 871; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 6346, in *Giur. it.*, 2003, p. 446 ss.; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giuridico*, 2007, p. 1706 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, p. 1712, nota 8.

<sup>14</sup> F. GAMBINO, *Le obbligazioni. I. Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Rodolfo Sacco, Utet giuridica, 2015, p. 66 ss.

<sup>15</sup> Su questi temi è tornato più volte, con un'incisività e con un'ampiezza di orizzonti culturali che rendono doverosi almeno alcuni richiami, N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 10897 ss.; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 10011 ss.; N. IRTI, *Diritto senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 67-68.

<sup>16</sup> F. GAMBINO, *Le obbligazioni. I. Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 67.

<sup>17</sup> L'immagine della “terra di nessuno” fu al centro dei rilievi di F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 563. Per una diversa linea d'indagine, che pur sempre si pone “ai confini fra contratto e torto”, è fondamentale la costruzione della categoria dell'“obbligazione senza prestazione”, il cui giurista di riferimento, in Italia, è notoriamente C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 ss.



dell'indebitito – ai quali è stata aggiunta la figura consolidata, di origine giurisprudenziale, dell'arricchimento ingiustificato – ma non esclude che ben possano accertarsi altri “fatti meramente volontari dai quali derivi un vincolo di colui che ne trae vantaggio e talvolta un vincolo dell'autore verso altri”.

La categoria del quasi-contratto copre, in tal modo, l'intera area delle altre fonti delle obbligazioni; ma, se si escludono le figure già codificate per tradizione e in termini ampi, resta indeterminata, poiché la definizione in termini di “fatti meramente volontari” dai quali nascono obbligazioni lascia pur sempre in ombra la ragione giustificativa dei conseguenti rapporti obbligatori, dove si tratti di fatti estranei a una disciplina legale preesistente.

Non vi è dubbio che la “quasi contrattualità” – quali che siano le obiezioni di natura strettamente dogmatica – abbia una forza allusiva, la quale è sicuramente molto discutibile e rischiosa; eppure è di per sé emblematica, poiché invita a orientarsi in base a un ordine di argomentazioni che ha una radice fortemente analogica; e che al tempo stesso si mantiene, almeno in Francia, nella linea di una tradizione quanto mai controversa: che, non a caso, è riuscita nondimeno a penetrare fin dentro l'ultima riforma.

L'analisi include ovviamente – in un contesto e con presupposti ben diversi – l'attenta sensibilità della nostra letteratura giuridica, nel costante confronto-distinzione con le famose costruzioni della dottrina tedesca, per la “fattualità” di alcuni rapporti giuridici contrattuali (*faktische Vertragsverhältnisse*).

L'attrazione, sia pure indiretta, per il modello contrattuale ha l'inconveniente – l'uso del termine “quasi” fa da spia eloquente in tal senso – di trasformare l'analisi dell'enunciato dell'art. 1173 in un itinerario integrativo che è influenzato da profili di somiglianza a tal punto da smarrire un suo possibile nucleo identitario autonomo. Anche nel nuovo B.G.B. è testuale – com'è subito evidente (§ 311) – l'attrazione per il paradigma, ancor più ampio, del *Rechtsgeschäft*, del “negozio”.

Senonché, la terza categoria di fonti sembra legittimarsi proprio in base a un'alterità che resiste, in ragione di una sua configurazione peculiare, “all'attività d'integrazione del nostro sistema”<sup>18</sup>.

È escluso l'arbitrio interpretativo, poiché si presuppone – nei casi in cui la fattispecie legale sia carente – un duplice giudizio “fondante” in termini di ragione giustificativa: l'idoneità al vincolo; la conformità all'ordinamento, ossia la compatibilità con scelte giuridiche che si annunciano nella cornice delle trasformazioni del sistema.

A questo punto non si può evitare una domanda che, in tempi recenti, è stata proposta con molta intelligenza e con penetrante sensibilità giuridica, non disgiunte da una salutare franchezza.

**11.** – L'art. 1173 c.c. allude davvero alla possibilità che atti o fatti, diversi dai contratti e dai fatti illeciti, siano idonei a produrre effetti giuridici, ovvero che essi siano da considerare perfino idonei già in quanto efficaci (ossia in quanto “effettivi” in senso empirico e sociologico)?

---

<sup>18</sup> F. GAMBINO, *Le obbligazioni. I. Il rapporto obbligatorio*, cit.



Credo sia opportuno seguire per esteso l'intera linea del ragionamento, il quale ha come punto di osservazione selettivo la generale inclusione – nell'area delle altre fonti di obbligazioni e a far data da una decisione che fu subito assunta a emblema – dei rapporti fra il medico e il paziente i quali non siano già reciprocamente vincolati da un contratto.

“La prospettiva è capovolta: ed investe il dualismo tra astrattezza e concretezza, necessità e contingenza, realtà deontica e realtà ontica. Non tanto qui rileva la conformità del fatto a un sistema normativo (né alle ipotesi legislative eccezionali che, in quanto tali, precludono l'analogia *legis*; né ai principi di rango costituzionale che, se non attuati da norme riferibili alla fattispecie, non si mostrano idonei a regolarla); quanto ciò che, sul piano funzionale, può giustificare la vicenda costitutiva dell'obbligazione. In assenza di una norma, da un lato si sfruttano le risorse dei principi costituzionali, dall'altro, è istituita una somiglianza tra un dato sociale (il rapporto che intercede tra il medico e il paziente) e gli effetti tipici del contratto”<sup>19</sup>.

Qui si avverte con molta forza che il principio-guida – ai quali tutti si sono sempre ispirati a Messina, fin dai tempi di Salvatore Pugliatti e di Angelo Falzea – mai ha smesso d'imperniarsi sulla ricerca dell'equilibrio migliore tra la forma e la materia giuridica; eppure ha sempre evitato di trarre, in via immediata, il paradigma qualificante dalla materia stessa, quand'anche quest'ultima presenti – in termini di rapporto – un'idoneità a fondare un vincolo giuridico che il fatto stesso sia in grado di esprimere senza equivoci.<sup>20</sup>

I giudici di legittimità hanno espresso questa direttiva metodica nei termini, che sembrano quasi del tutto coincidenti, dell'“esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale”<sup>21</sup>.

In tal senso, la conformità all'ordinamento giuridico non discende dall'effettività informale, ma deriva da una ricostruzione di sistema tendente a dare una generale legittimazione all'atto, la cui idoneità funzionale al vincolo già si renda manifesta nel rapporto.

I momenti della rilevanza e dell'efficacia presuppongono – in base all'art. 1173 c.c. – una valutazione che surroggi la fattispecie assente: non si riducono a una presa d'atto.

La disposizione dell'art. 1173 c.c. si candida a porsi, allora, come una delle chiavi di lettura del mutamento del diritto privato contemporaneo delle obbligazioni, ben al di là delle ragioni e delle previsioni dei codificatori italiani.

Una ricognizione degli orientamenti che vanno profilandosi, in termini sempre più accentuati, nella giurisprudenza degli ultimi anni conferma che i problemi applicativi, e soprattutto le implicazioni ricostruttive, sono tali da esigere una costante attenzione critica.

<sup>19</sup> F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 77.

<sup>20</sup> A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Artt. 1173-1176*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 200, dove, proprio con riguardo al rapporto fra il medico e il paziente si osserva come in fatto si riproducano, anche senza un contratto, i comportamenti – qui professionalmente vincolanti – che sono propri delle obbligazioni e del loro conseguente assoggettamento a una responsabilità la quale presuppone la violazione di obblighi.

<sup>21</sup> Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giuridico*, con nota di A. DI MAJO.



**12.** – L' idoneità funzionale fra il rapporto e la rilevanza giuridica (quale vincolatività in senso lato) presuppone che il profilo materiale abbia in termini molto generali i caratteri che sono propri, nell'area delle cose, di un possesso<sup>22</sup>.

Anche in Italia, per esempio, l'analisi delle unioni di fatto nacque e si sviluppò nel totale difetto di una forma giuridica, sebbene il grado di rilevanza giuridica a lungo sia stata riconosciuta nei limiti che sono notoriamente propri della categoria e degli effetti dei doveri di natura morale o sociale (art. 2034 c.c.).

Inoltre – e qui il passaggio necessario al paradigma della conformità all'ordinamento ha davvero dimostrato una potenzialità applicativa molta estesa – la forte tutela costituzionale delle lecite formazioni sociali (in maniera indipendente da forme e da procedimenti predeterminati, nonché senza confini legalmente tipici: art. 2 Cost.) – si è posta visibilmente al centro di tutti gli sviluppi successivi: delle proiezioni politiche, oltre che delle puntuali riforme legislative.

L'interpretazione evolutiva che la Corte Europea di Strasburgo ha notoriamente dato alla CEDU e alle disposizioni in materia di tutela giuridica della vita privata e familiare – fino a sindacare l'inerzia dello Stato italiano in questa materia – ha confermato una linea di tendenza comune e coerente.

Gli sbocchi normativi puntuali sono necessari: non hanno, ovviamente, percorsi obbligati; ma si avvalgono di uno sfondo sistematico tutt'altro che rigido e chiaramente aperto al cambiamento.

**13.** – Fin qui l'ordinamento – che ha pur sempre un risalto testuale inconfutabile nell'art. 1173 c.c. – va reinterpretato come una forza e come un limite che presuppongono e che reclamano scenari sempre nuovi.

Resta da chiedersi, infatti, quale sia l'identità attuale del giudizio di conformità; e se altre immagini siano in grado di descrivere in maniera più realistica l'intreccio fra la crisi della fattispecie (il diritto come calcolo) e la messa in discussione del sistema (il diritto come geometria lineare).

Ci sono almeno due ricostruzioni che imporrebbero un approfondimento delle analisi sull'oggetto stesso del controllo di congruità.

La prima ricostruzione va dal paradigma della piramide al paradigma della rete.

Se la rete dell'ordinamento si sostituisce alla piramide, quali sono i punti nodali e gli intrecci che ancora consentirebbero di offrire un minimo spazio alla vocazione ordinante dei giuristi?<sup>23</sup>

La seconda ricostruzione “immette il nostro sistema nell'economia globale, dominata da un nuovo diritto uniforme spontaneo (la nuova *lex mercatoria*), che si genera con gli usi del com-

---

<sup>22</sup> E. FINZI, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915 (rist., Giuffrè, Milano, 1968, con *Presentazione* di Salvatore Romano.

<sup>23</sup> F. POGGI, *Concetti teorici fondamentali. Lezioni di teoria generale del diritto*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, pp. 248-259.



mercio internazionale ed è amministrato dai tribunali arbitrali internazionali”<sup>24</sup>.

Se si perde l’idea di un confine con un diritto *extra ordinem*, come si può parlare ancora di ordinamento, senza includervi quel che per definizione dovrebbe essere esterno al suo stesso ordine?

Eppure, anche in tempi non lontani e con cautela, si è dato un chiaro rilievo – tale è solamente uno dei tanti esempi possibili – alla linea di pensiero secondo cui “il giudice, per valutare se un qualsiasi fatto, rapporto o situazione siano fonte di obbligazione dovrà farsi interprete” dell’ordinamento giuridico e della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali<sup>25</sup>.

**14.** – L’art. 1173 c.c. si basa sul postulato di un ordinamento-sistema che – anche nell’attuale quadro costituzionale e nello sconfinato diritto mondiale – realisticamente appartiene per molti aspetti al passato, eppure continua a tramandare un contenuto precettivo che sopravvive: l’idea del diritto come paradigma regolativo mobile e aperto e tuttavia non manipolabile arbitrariamente dai suoi interpreti.

Questa direttiva impone di chiedersi se l’area delle obbligazioni – che non hanno il loro fondamento nel contratto, nella promessa e nel torto (a parte le figure antiche che hanno trovato soprattutto nelle restituzioni da ingiustificato arricchimento una ragione unificante) – risulti dispersa e frammentaria, quante sono le finalità delle singole previsioni legali, ovvero tenda a darsi un autonomo nucleo unificante, che sia congruo con i limiti di apertura e di atipicità dell’art. 1173 c.c.

Ogni tentativo di risposta deve avvalersi del concorso di un’attenta e realistica analisi delle costruzioni dei giudici e di un costante confronto critico con lo stato attuale della letteratura giuridica.

Residueranno, con ogni probabilità, non poche zone conflittuali; eppure sarà forse possibile offrire alle direttive-limite ormai note (non dimentichiamolo mai: l’idoneità funzionale al vincolo; la conformità all’ordinamento) un supporto meno fragile e meno esposto al rischio di un giudizio arbitrario<sup>26</sup>.

**15.** – Una prima lettura delle massime dei giudici – di legittimità e di merito, civili e amministrativi – consente di notare in via immediata quanto sia ormai diffusa (e perfino in quale misura, quasi senza problemi, ogni volta tenda a essere riaffermata), la percezione di una fonte di obbligazioni, e di una conseguente responsabilità contrattuale<sup>27</sup>, il cui tratto distintivo, rispetto

---

<sup>24</sup> F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, loc. cit.

<sup>25</sup> F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, cit., p. 773.

<sup>26</sup> “Mai come ora la parola che si usa per indicare l’insieme di cui i giuristi si occupano, ‘ordinamento’, ha espresso meno quel che designa: A. GENTILI, *Senso e consenso. Storie, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti. I. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 135 e, più in generale, p. 53 ss. (ivi, è fondamentale l’analisi della successione di una “svolta ordinamentale” alla “svolta linguistica”).

<sup>27</sup> Nell’ordinamento tedesco il prototipo in senso storico e concettuale è costituito, senza dubbio, dalla *Jheringhiana culpa in contrahendo* che, in seguito alla *Modernisierung* del codice fin all’inizio del nuovo secolo, diventa il paradigma-modello di altri rapporti vincolanti in alcuni contesti “simil-negoziali”: che, tutti, sono imperniati sull’affida-



alle aree dei contratti e dei fatti illeciti, è ormai descritto, sempre più spesso, con ricorso alla figura, già attentamente approfondita lungo una ferma linea del pensiero giuridico, di un “contatto sociale qualificato”<sup>28</sup>.

Quel che qualifica la relazione interpersonale – e la candida alla forma giuridica del rapporto rilevante non soltanto in senso sociale – non è mai, dunque, un occasionale e singolare “contatto”, ma è pur sempre una ragione giustificativa di natura funzionale, in relazione a quei contesti nei quali uno dei protagonisti è, a sua volta, titolare di una qualificazione professionale: la quale impone obblighi.

Il principio dell’affidamento non è richiamato sulla base di vaghe – e non sempre ragionevoli – percezioni soggettive ma è conforme alle scelte dell’ordinamento, con particolare riguardo al carattere vincolante, in quanto inerente a enunciati normativi testuali (art. 1175 c.c.), delle valutazioni secondo buona fede oggettiva<sup>29</sup>.

**16.** – Un punto controverso – almeno nella nostra tradizione e anche nella nostra giurisprudenza – verte tuttavia ancora, a quanto pare, sulla possibilità di ravvisare nella disciplina della responsabilità *ex art. 1337 c.c.* (ossia, nella fase della relazione che fra le parti s’instaura con le trattative) un modello di rapporto obbligatorio, privo di un obbligo primario di prestazione, il quale sia destinato per sua natura a trovare applicazione latamente analogica anche in altre ipotesi in cui – in termini di rilevanza dell’affidamento e delle finalità informative e protettive del rapporto – sarebbe incomprensibile un difetto di tutela, o comunque una distinzione sul piano dei rimedi effettivi<sup>30</sup>.

Alla base dell’esigenza di trovare nel sistema un paradigma di riferimento, che abbia fin dal pensiero di Jhering una prima intuizione, si manifesta il senso attuale – per molti aspetti ancora controverso – dei problemi principali ove si riassume l’esigenza di un controllo legale sulla

---

mento e sulla presenza di obblighi di protezione in mancanza di obblighi primari di prestazione (§§ 311 e 241). Sappiamo che, nella tradizione italiana, è a lungo prevalso – soprattutto nella giurisprudenza – il modello francese, ma si è anche affermata una notevole e coerente linea di pensiero che ha sviluppato l’insegnamento di Luigi Mengoni e che, come si vedrà fra breve, sta acquistando non pochi consensi anche fra i nostri giudici. Una massima non lontana negli anni ha affermato, per esempio, in una maniera tale da dissociarsi con chiarezza dai precedenti di gran lunga dominanti, che “la responsabilità precontrattuale presuppone un contatto sociale dei soggetti tra cui s’instaura una trattativa: ciò è confermato dalla lettura dell’art. 1337 c.c., con il quale è imposto alle parti un obbligo di comportamento secondo buona fede. Quest’obbligo particolare costituisce dunque una fonte di obbligazione derivante dalla legge, compresa tra quelle indicate nella terza categoria dell’art. 1173 c.c.”: Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648, *C.E. c. Ministero della Giustizia*, in *Giur. it.*, 2012, p. 2547 ss., con nota di FASOLI.

<sup>28</sup> Con riferimento alla responsabilità professionale del medico, per esempio: Cass. 6 ottobre 2014, n. 21025; Cass. 30 settembre 2014, n. 20547; Cass. 18 luglio 2013, n. 17573; Cass. 26 febbraio 2013, n. 4792; Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754; Cass., 1° dicembre 2009, n. 25277. Con riguardo alla responsabilità della banca e alla legislazione in materia di assegno (*ex art. 43, R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736*), Cass. Sez. Un. 26 giugno 2007, n. 14712, in *Danno resp.*, 2008, p. 160 ss., con note di BENEDETTI e di SALVATORE.

<sup>29</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 144.

<sup>30</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 166.



creazione di vincoli anche contro la volontà dell'obbligato, allorché a quest'ultimo non sia imputabile una responsabilità da fatto illecito.

Nei tempi della perdita della fattispecie, il senso di una legalità che sempre più spesso viene ormai a coincidere con la trama complessiva di una conformità al diritto parrebbe presupporre che l'analisi verta con intensità crescente sul modello di una relazione sociale effettiva la quale si candidi funzionalmente, nella cornice di un sistema da ricostruire, a legittimarsi sul piano dell'efficacia giuridica.

Ben può dirsi allora che, pur iscrivendosi in senso lato nella perdurante centralità del rapporto obbligatorio, la varietà casistica delle relazioni sociali non si limiti al paradigma delle trattative nonché, in una linea di ragionevole parità di trattamento, nella linea di altri contatti sociali qualificati da cui si originino, del pari, fondati affidamenti.

La terza serie di figure – che è testualmente richiamata dall'art. 1173 c.c. – esige pertanto di confrontarsi non soltanto con un problema d'individuazione e di determinazione delle fonti delle obbligazioni (se mai se ne diano i presupposti) ma anche di prendere posizione – in termini più generali che perfino coinvolgono alcuni aspetti di teoria del diritto contemporaneo – sulla diversa vocazione normativa dei rapporti interpersonali, senza limitare l'analisi all'approfondimento e alla più precisa individuazione delle figure che si possano ricondurre all'area la quale suole essere descritta nei termini di un "contatto sociale qualificato".

17. – Ogni volta è necessario pertanto chiedersi – nella linea di un insegnamento antico che si mantiene attuale e che perfino annuncia possibili sviluppi futuri – se proprio il rapporto della vita sociale sia tale da presupporre un'autonoma valutazione giuridica, la quale può essere di volta in volta commisurata sulla funzione, oltre che sulla struttura, della relazione interpersonale, nonché sulle scelte d'indirizzo che l'ordine giuridico esprime nel suo insieme e nelle sue varie e mobili articolazioni<sup>31</sup>.

Si possono ammettere a titolo esemplificativo – in una tale linea che al tempo spesso non è del tutto chiusa e che è internamente articolata – sia la configurazione in termini di giusta causa dell'attribuzione patrimoniale dell'adempimento spontaneo di rapporti i quali siano ancora privi di una definizione giuridica legale (ma che siano pur sempre degni di tutela, una volta che siano sostanzialmente osservati: com'è stabilmente accaduto, fin da tempi ormai remoti, nell'area esemplare delle prestazioni fra conviventi *more uxorio*)<sup>32</sup> sia la ragionevole protrazione di vincoli di correttezza a contratto ormai esaurito<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 433.

<sup>32</sup> Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277, Massima redazionale, 2014 (il rapporto di proporzionalità che è riconosciuto con riguardo alle obbligazioni naturali in generale dev'essere ribadito in riferimento all'adempimento di doveri morali e sociali nella convivenza *more uxorio*).

<sup>33</sup> Cass. 21 luglio 2011, n. 15992, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2636 ss.



In un tempo in cui il diritto privato cambia fin dall'immagine profonda del “rapporto di debito-credito” (che, come si è premesso, ne ha costituito uno dei luoghi primari e ricorrenti) e in cui all'insegna del debito si riassume un gravissimo stato di crisi economica e finanziaria (che – nel riprendere qui un accenno per forza di cose molto sommario – sembra addirittura legittimare in base all'eccezione interi nuovi assetti del diritto su scala mondiale), si aggrava il rischio che la forma giuridica si dissolva insieme con una piena partecipazione alle scelte politiche<sup>34</sup>.

La perdita va ben oltre la trama legislativa “per fattispecie”, sia pure a largo raggio, ma tende ormai a invadere anche quel controllo che ha il suo punto di forza nell'idea del sistema.

Permane il postulato che molti rapporti, nella loro effettività sociale, siano pur sempre in grado di esibire un sostrato di ragioni giustificative: che non si esauriscano in se stesse ma che siano qualificate da un sicuro *test* di congruità a un ordinamento, il quale, a sua volta, mantiene un nucleo di senso non eludibile del tutto (sebbene vada a sua volta smarrendo una gran parte dell'identità che fu alle origini presupposta).

Oltre quel che sicuramente s'inscrive nell'area dei contratti e nell'area dei fatti illeciti, c'è dunque un'area che rende insostituibile, e sempre più responsabile, quel confronto fra giuristi e giudici che – quali che siano i bilanci difformi – dà un volto al mutamento, nel tempo stesso in cui ne fissa i limiti, quali sono imposti da un quadro costituzionale imperniato pur sempre sulla divisione dei poteri.

Delle razionalizzazioni e delle concretizzazioni dà conto diffusamente la casistica alla quale si è accennato secondo una linea che era stata da tempo suggerita senza un eccesso di genericismi ma con la massima attenzione a quella tipologia di rapporti in cui fosse costante e ben visibile un'istanza di tutela dell'affidamento; e il fondamento giustificativo si rafforzasse in considerazione della condizione del soggetto privato o pubblico (in particolare: in base ai vincoli immanenti a un *status* qualificato in senso professionale: medico; insegnante; ente bancario; pubblica amministrazione; e via dicendo).

Affiora – nelle prese di posizione dei nostri giudici – anche la convinzione che il paradigma storico-sistematico dell'obbligo (il quale nasce secondo buona fede con finalità dell'altrui protezione di un affidamento e di ulteriori diritti inerenti alla relazione) si manifesti soprattutto nella fase che precede la conclusione di un contratto, pur senza escludersi del tutto che possa manifestarsi perfino nella fase successiva alla sua estinzione.

Deve precisarsi, a questo punto, che si tratta di orientamenti non privi di perduranti contrasti: sui quali incide, e talvolta apertamente, anche la cautela di principio di una letteratura giuridica che è pur sempre molto fedele alla tradizione giuridica imperniata sul modello francese (soprattutto quando sia in questione la libertà di sottrarsi, fino all'ultimo momento, a un vincolo contrattuale).

---

<sup>34</sup> Il rinvio è ai nn. 8 e 9, nonché alle note corrispondenti.



18. – L’osservatorio delle fonti delle obbligazioni trae, comunque, la sua forza esemplare dall’inevitabile interferenza con alcuni fra i più clamorosi fattori di una trasformazione che – anche, e forse soprattutto, nel quadro nazionale – non è ancora giunta a un suo coerente compimento.

Vincenzo Scalisi è stato – e davvero non c’è bisogno di rammentarlo ancora una volta – fra gli interpreti più sensibili della complessità e della mobilità del diritto privato contemporaneo; e mai ha cercato una facile, quanto vana, via di fuga nel portare l’Europa a Messina e Messina nel mondo del diritto.

La rottura dell’armonia tra forma e materia della giuridicità non è mai diventata, in lui, un alibi per sottrarsi alla responsabilità di un pensiero critico e ricostruttivo, sempre memore dell’insegnamento appreso.

In questo senso, i tentativi di rispondere a non poche domande tuttora vive – sul significato attuale del terzo genere delle fonti delle obbligazioni; sul fattore che candida queste ultime a un ruolo adeguato purché sia idoneo alla produzione di effetti giuridici vincolanti; sul ripensamento stesso del controllo di legalità, su quel che resta della nozione di “ordinamento” (art. 1173 c.c.) – sono una sorta di raro banco di prova dell’accentuata esigenza di una rinnovata vocazione metodica.

L’apertura del quadro delle fonti dei rapporti obbligatori, in una linea di atipicità, è stata un’indubbia innovazione interpretativa che ha segnato una svolta radicale rispetto all’intenzione originaria dei codificatori.

Le obbligazioni, al di fuori delle aree tradizionali, erano infatti fondate, per opinione comune, nella legge.

Il testuale richiamo all’ordinamento si prestava, nondimeno, a tener conto di un orizzonte più ampio: che fu subito integrato – fin dalle importanti pagine, ancora per tanti profili fondamentali – di Michele Giorgianni, di Pietro Rescigno e di Adolfo Di Majo – dal richiamo alla fonte costituzionale<sup>35</sup>.

I problemi più insidiosi gravarono sugli sviluppi successivi, a causa della difficoltà di ricostruire in termini non del tutto frammentari un quadro ordinante nuovo, e perfino imprevedibile<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato). a) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XXIX, 1979, p. 151, ha scritto pagine ancora molto attuali sulla “funzione ‘garantista’ dell’indicazione della legge nel vecchio codice” e sul “significato del rinvio all’ordinamento giuridico” nel codice vigente. Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 175.

<sup>36</sup> Scritti d’intonazione spesso molto diversa – e chiaramente divergenti nelle proposte ricostruttive – sono tuttavia accomunati dall’esigenza di non smarrire la linea maestra di un pensiero il quale non abbia del tutto abdicato a un confronto di argomenti che siano inclusi in un quadro di riferimenti giuridici non del tutto arbitrari: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, loc. cit.; LIPARI, N., *Le categorie del diritto civile*, loc. cit. Per una linea fermamente critica nei confronti dell’enfasi sul diritto europeo e sul diritto mondiale: C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Il Mulino, Bologna, 2015. Sulla condizione attuale delle idee-forza costituzionali si è espresso con accenti fortemente critici F.D. BUSNELLI, *Idee forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 24.

# JUS CIVILE



La perdita della fattispecie non poteva essere surrogata, al tempo stesso, da un ordine di pretese che fossero genericamente declamate in termini di aspettativa sociale.

Di per sé considerata, come si legge in un saggio non lontano negli anni, quest'ultima non è, infatti, la ragione sufficiente di un vincolo giuridico, fermo restando che la determinatezza dei soggetti del rapporto è comunque un presupposto dell'obbligo e non del fatto illecito in generale<sup>37</sup>.

**19.** – Il diritto privato che cambia è messo alla prova: deve saper ritrovare, anche in quest'area – e nel vivo di un aperto confronto fra gli interpreti – la forza delle distinzioni, oltre che la consapevolezza del ruolo insostituibile della forma giuridica: delle sue potenzialità in atto; ma pure – dove l'integrazione si renda necessaria e qualsiasi ordine di supplenza sarebbe insufficiente – del ruolo dell'intervento, meno labile e più completo per definizione, di un assetto normativo, il quale sia più adeguato a regolare (in una sede che, alla fine, è necessariamente politica e parlamentare) le peculiarità dei conflitti emergenti.

**20.** – Angelo Falzea, nell'inaugurare un anno accademico su invito dell'Università, invitò la giovane, folta e attentissima platea, a seguirlo nell'"aprire il grande libro del diritto".

Questo libro non è chiuso e sta cambiando.

Una cosa è certa: nel segno di una "continua discontinuità", molte pagine sono state scritte – proprio qui a Messina – da Vincenzo Scalisi.

---

<sup>37</sup> F. GAMBINO, *Le obbligazioni. 1. Il rapporto obbligatorio*, cit., pp. 121-125, ove si osserva, in particolare, che "incombe in responsabilità contrattuale chi non promuove, ai sensi dell'art. 106 t.u.f., l'offerta pubblica di acquisto totalitaria emessa nei confronti dei titolari di azioni emesse dalla società quotata" e non soggiace "invece, alla disciplina della responsabilità contrattuale, chi, nel promuovere un'offerta pubblica di vendita di strumenti finanziari, viola la disciplina volta a garantire un'informazione veritiera, chiara e adeguata (artt. 104-101 t.u.f.). Nelle pagine di critica alla creazione di "principi giurisprudenziali" si raccomanda un'istanza di massima cautela nel procedere a un ordine di rimedi quando gli stessi siano mediati dalla creazione giudiziale di obblighi, quasi in funzione di riduzione dell'area già presidiata dall'art. 2043 c.c.: F.D. BUSNELLI, *Azioni risarcitorie e "principi giurisprudenziali"*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 21.



ROMANA PACIA

Professore associato – Università degli Studi di Trieste

## UNIONI CIVILI E CONVIVENZE

SOMMARIO: *Premessa.* – I. *Unioni civili.* – 1. *Diversità dal modello matrimoniale.* – 1.1. *Unione civile come atto.* – 1.2. *Unione civile come rapporto.* – 1.3. *Segue: adozione.* – 2. *Cessazione dell'unione civile.* – II. *Convivenze.* – 1. *Presupposti.* – 1.1. *Segue: assenza di vincolo coniugale.* – 2. *Profili incoerenti della disciplina.* – 2.1. *Diritti e poteri del convivente in ambito sanitario.* – 2.2. *Impresa familiare.* – 2.3. *Morte per atto illecito altrui.* – 3. *Diritti sulla "casa di comune residenza".* – 3.1. *Morte del convivente proprietario.* – 3.2. *Morte o recesso del convivente conduttore.* – 3.3. *Termine di preavviso nel rilascio della casa familiare.* – 4. *Contratto di convivenza.* – 4.1. *Rapporto con altre previsioni.* – 4.2. *Contenuti e pubblicità.* – 4.2. *Natura giuridica.* – 4. *Cessazione della convivenza.* – 5. *Conclusioni.*

**Premessa.** – I due istituti trattati dalla legge 20 maggio 2016, n. 76<sup>1</sup>, (costituita da una confusa sequenza di 69 commi in un unico articolo) sulla “*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*” nascono da esigenze diverse, perché nella realtà sociale la richiesta di una disciplina della famiglia di fatto proveniva, soprattutto, da chi non aveva a disposizione uno strumento alternativo per regolare il proprio rapporto, cioè le coppie omosessuali<sup>2</sup>: di qui la necessità, da un lato, di riconoscere a queste ultime il diritto di contrarre matrimonio<sup>3</sup> oppure di introdurre un istituto, l'unione civile appunto, che consentisse quella regolarizzazione<sup>4</sup>; dall'altro, di dettare una disciplina meno incisiva della convivenza,

<sup>1</sup> La data di entrata in vigore è il 5 giugno 2016, ma sotto il profilo pratico sarà possibile celebrare le unioni civili solo successivamente all'emanazione dei decreti attuativi di cui al comma 34, relativi alla tenuta dei registri dello stato civile.

<sup>2</sup> Nell'Unione europea, le unioni civili sono riconosciute in Svizzera, Austria, Germania, Ungheria, Croazia, mentre sono 14 gli Stati membri che hanno legiferato per riconoscere il matrimonio alle coppie omosessuali.

<sup>3</sup> Soluzione esclusa dalla giurisprudenza, ritenendosi la diversità di sesso presupposto implicito, nella disciplina del codice civile, per contrarre matrimonio: Cass. civ., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 10649, con nota di T. AULETTA, *Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso*; anche Cons. Stato, 26 ottobre 2015, n. 4897, *ibidem*, 397, con nota di AZZARRI, *Diritti fondamentali e stato civile: il caso delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero*). Senza affrontare il tema, basti qui rilevare che al nozione di matrimonio presupposta dal codice non dev'essere riferita a quella esistente al tempo della costituente e che l'art. 29 della Costituzione può consentire una lettura evolutiva: FERRANDO, *Le unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, *www.juscivile.it*, 2015, 38 ss.

<sup>4</sup> La definitiva messa in mora dell'Italia è venuta dalla Corte EDU, 21. 7. 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, *Oliari e altri c.* (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918, con nota di LENTI, *Prime note in margine al caso Oliari c. Italia, ibidem*, II, 575 ss.), dove, tuttavia, l'indifferibilità si presenta limitata al “*riconoscimento giuridico e tutela*» dei “*diritti fondamentali*” delle “*coppie omosessuali*”. Nell'ambito della CEDU, un ruolo di primaria importanza è svolto dall'art. 8 sul diritto al rispetto della vita privata e familiare e dall'art. 14, il quale sancisce il divieto di ogni forma di discriminazione, che non abbia una giustificazione oggettiva e ragionevole. Nella giurisprudenza della Corte EDU, la



aperta a tutte le coppie, per non violare la libertà di scelta dell'individuo di organizzare la propria vita<sup>5</sup>. Peraltro, quanto detto non spiega la riconduzione, affermata nel comma 1, della sola unione civile, e non anche delle convivenze, alle formazioni sociali *ex artt. 2 e 3 Cost.*<sup>6</sup>.

I. Al pari del matrimonio, la nuova legge non fornisce una definizione dell'unione civile, che peraltro può qualificarsi come la “relazione ufficializzata di natura affettiva, intercorrente tra due persone maggiorenni dello stesso sesso, che si estrinseca in una convivenza, connotata da un progetto comune di vita e dalla reciproca assistenza morale e materiale”<sup>7</sup>.

In generale, con riguardo alle “unioni civili”, il legislatore, da un lato, detta una disciplina molto vicina al modello matrimoniale, quanto a profili patrimoniali, successori, assistenziali e previdenziali, e di ciò è riprova il comma 20, che estende alle parti dell'unione civile «le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole “coniuge”, “coniugi” o termini equivalenti», contenute in provvedimenti normativi ed amministrativi, con l'eccezione della legge n. 184/1983 sull'adozione. Questa vicinanza è dimostrata anche dal comma 27, che prevede l'automatica instaurazione dell'unione civile quando, a seguito della rettificazione anagrafica di sesso di uno dei coniugi, i medesimi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio<sup>8</sup>: infatti, come stabilito dalla Corte EDU, tale conversione è possibile

---

nozione di vita privata e familiare è molto ampia: alla base della famiglia, di cui all'art. 8, 1° comma, della Convenzione, vi è ogni rapporto affettivo che, se pure non riconducibile al matrimonio, possa comunque dividerne alcuni aspetti essenziali; con riguardo, poi, all'applicazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 14, la Corte si è espressa affermando che ciascuno Stato partecipante, al fine di evitare la discriminazione delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali, è tenuto all'attuazione di misure ragionevolmente proporzionate allo scopo perseguito in un costante bilanciamento tra interesse pubblico e privato, trovando cioè il giusto equilibrio tra interessi concorrenti dell'individuo e della società. In altre parole, la Corte ha chiaramente preso posizione in senso contrario all'applicazione di principi «di sfavore» (e dunque discriminatori) verso coppie o genitori omosessuali, però senza estendere alle coppie omosessuali, nel rispetto dei principi del singolo ordinamento interno, le regole attinenti alla legislazione matrimoniale.

<sup>5</sup> Come rilevato da LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, *www.juscivile.it*, 2016, 92 s.; QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, <http://giustiziacivile.com>, 2016, n. 4, 3 s.; in giurisprudenza, Cass. civ., 9 febbraio 2015, n. 2400, cit. Già la Corte Costituzionale 13 maggio 1998, n. 166, <http://www.cortecostituzionale.it>, aveva avvertito che, se “la convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza del matrimonio [...] l'estensione autoritativa di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti”.

<sup>6</sup> Così BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, <http://giustiziacivile.com>, 2016, n. 4, 4.

<sup>7</sup> FIGONE, *Presupposti e requisiti dell'unione civile*, <http://ilfamiliarista.it>, 11 maggio 2016.

<sup>8</sup> La scelta normativa è conforme a quanto affermato dalla Corte Costituzionale (11 giugno 2014, n. 170, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 11139, con nota di LORENZETTI, SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione



solo quando matrimonio e unione registrata presentino diversità di disciplina marginali<sup>9</sup>. Nella stessa direzione opera anche il comma 28, lett. b), che demanda ad un successivo decreto legislativo, da emanarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge, il compito di costruire un meccanismo di conversione in unioni civili per chi abbia contratto all'estero "matrimonio, unione civile o altro istituto analogo", con delicati problemi di diritto internazionale privato<sup>10</sup>.

Dall'altro lato, però, il legislatore è mosso anche dalla volontà di differenziare, sotto alcuni profili, l'istituto in esame dal matrimonio<sup>11</sup>. Infatti, sempre il comma 20 esclude l'estensione alle unioni civili "delle norme del codice civile non richiamate espressamente"<sup>12</sup>; con la conseguente necessità di operare numerosi richiami (non sempre appropriati) o di trascrivere (in modo non sempre fedele) talune disposizioni del codice civile. Il risultato di questo atteggiamento ha determinato una disciplina disordinata, a volte anche lacunosa o contraddittoria<sup>13</sup>.

A titolo di esempio, nel comma 13, dedicato ai rapporti patrimoniali, si dimentica di precisare che il regime patrimoniale è quello della comunione "legale" dei beni, come risulta poi dal richiamo alla relativa sezione del codice civile; ancora, si richiama l'art. 162 c.c., dedicato però, non solo alla forma delle convenzioni "patrimoniali", ma anche allo loro pubblicità a margine dell'atto di matrimonio; infine, si dimentica l'art. 166 *bis* c.c. che vieta la costituzione di beni in dote.

**1. – 1.1. – L'unione civile come atto, nella sostanza, diverge in modo relativamente limitato rispetto al matrimonio, ovviamente civile; anche se è singolare che la legge non preveda il con-**

---

degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

<sup>9</sup> Corte EDU, Grande Camera, 16 luglio 2014, ric. 37359/09, *Hamalainen c. Finlandia*, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>10</sup> Resta, però, il problema della rilevanza di tali matrimoni stranieri nel periodo transitorio fino all'emanazione del decreto: la giurisprudenza maggioritaria sinora li aveva considerati non trascrivibili (v. anche Cons. Stato, 26 ottobre 2015, n. 4897, cit.), ma rilevanti per l'ordinamento italiano, perché le coppie omosessuali godono comunque delle tutele loro riconosciute dal diritto vivente in quanto famiglie di fatto; ma ora il comma 36 richiede, per la convivenza legale, che le parti non siano vincolate da matrimonio.

A breve la materia sarà, inoltre, interessata dal Regolamento, approvato dalla Commissione Europea il 2 marzo 2016 (COM2016107 *final*) ed ora all'esame del Consiglio e del Parlamento, sul diritto internazionale privato delle *registered partnerships*.

<sup>11</sup> In linea con quanto affermato dalla Corte Costituzionale (ord. 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 179, con nota adesiva di FANTETTI, *Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso*; ord. 22 luglio 2010, n. 276, in *Fam e dir.*, 2011, 18, con nota critica di RIVIEZZO, *Sulle unioni omosessuali la Corte ribadisce: "questo" matrimonio non s'ha da fare (se non lo vuole il Parlamento)*; ord. 5. 1. 2011, n. 4, in *Giust. civ.*, 2011, I, 841, con nota di COSCO, *Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale*; 11. 6. 2014, n. 170, cit.), per la quale l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso e le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio.

<sup>12</sup> Esclusione singolare, soprattutto in quanto non concernente le norme degli altri codici: così QUADRI, *op. cit.*, 5.

<sup>13</sup> Sempre QUADRI, *op. loc. ult. cit.*



tenuto della dichiarazione da rendere all'ufficiale di stato civile. Le differenze più rilevanti riguardano la mancanza di un istituto analogo alla promessa di matrimonio, l'assenza delle pubblicazioni e la richiesta maggiore età delle parti; inoltre, manca una norma, analoga all'art. 112 c.c., che consenta il rifiuto del pubblico ufficiale in difetto dei presupposti di legge, con possibili dubbi di legittimità costituzionale<sup>14</sup>. Analogo al matrimonio è anche il regime dell'invalidità, con l'unica diversità del mancato richiamo, in tema di errore, all'art. 122, n. 1, c.c., che considera essenziale anche quello sull'esistenza di un'anomalia o deviazione sessuale.

**1.2.** – La volontà di individuare alcune diversità rispetto al matrimonio, soprattutto nel campo dei rapporti personali, ha portato a scelte talvolta inutili, come l'eliminazione, nel comma 11, dell'obbligo di collaborazione e del riferimento alla “famiglia” nel dovere di contribuzione<sup>15</sup>; altre volte incomprensibili, come il silenzio sull'obbligo di *fedeltà*. La mancata previsione, apparentemente giustificata dal fatto che l'unione civile non conosce la separazione personale e la possibilità di addebito, male si concilia con numerosi principi: il legame affettivo di coppia, cui il legislatore si richiama nel comma 36 per definire la convivenza; il principio di eguaglianza rispetto alla coppia coniugata, con possibili problemi di legittimità costituzionale, dal momento che i componenti dell'unione civile, pur godendo degli stessi diritti patrimoniali, non sono però gravati dai medesimi obblighi; il diritto alla dignità ed all'onore che comunque dovrà essere rispettato dal *partner* ed al quale spesso è rapportata la violazione dell'obbligo di fedeltà. Proprio la lesione di quest'ultimo diritto comporterà comunque almeno due conseguenze: da un lato, pretese risarcitorie nell'ambito del c.d. illecito endofamiliare<sup>16</sup>; dall'altro valutazione ai fini del *quantum* dell'assegno dovuto alla parte dell'unione economicamente più debole sotto il profilo delle “ragioni delle decisioni”, menzionate nell'art. 5, comma 6, l. divorzio, richiamato dal comma 25<sup>17</sup>.

Ancora, l'ansia di differenziare i due istituti ha determinato una disciplina diversa in relazione al cognome, dove il comma 10 adotta una soluzione fondata sull'accordo: infatti, le parti possono stabilire di assumere, per la durata dell'unione civile, un cognome comune scegliendolo tra i loro cognomi; la parte può anteporre o posporre al cognome comune il proprio cognome, se diverso, facendone dichiarazione all'ufficiale di stato civile. La scelta, certamente più con-

---

<sup>14</sup> FIGONE, *op. cit.* Altri ritiene che, pur nel silenzio della legge, il pubblico ufficiale sia tenuto a verificare che il contenuto della dichiarazione sia conforme ai principi dell'ordinamento giuridico, quindi non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume: FASANO, *Unioni civili: forma, diritti e doveri*, <http://ilfamiliarista.it>, 11 maggio 2016.

<sup>15</sup> QUADRI, *op. cit.*, 5, che peraltro osserva come il riferimento alla famiglia ricompia, non senza un'evidente contraddizione, nel comma 12, ove si proclama l'accordo sull'“indirizzo della vita familiare” ed il potere unilaterale di attuazione del medesimo.

<sup>16</sup> Cass. civ., 20 giugno 2013, n. 15481, <http://www.personaedanno.it>, ha reputato configurabile tale illecito anche all'interno di una unione di fatto.

<sup>17</sup> QUADRI, *op. cit.*, 5 s. V. anche, COSMAI, *Scioglimento dell'unione: l'assegno per il mantenimento del partner “debole”*, <http://ilfamiliarista.it>, 7 giugno 2016.



forme ai principi costituzionali e destinata a sostituire la soluzione dell'art. 143 *bis* c.c.<sup>18</sup>, oggi però pone seri problemi di legittimità costituzionale<sup>19</sup>.

Da ultimo, l'unione civile non dà luogo all'instaurazione di un legame di affinità fra ciascuna delle parti ed i parenti dell'altra, il che comporta conseguenze rilevanti, con possibili dubbi di legittimità costituzionale, in tema di impresa familiare *ex* art. 230 *bis* c.c.: infatti, i parenti del *partner*, i quali collaborino con l'imprenditore a lui unito da unione civile, non potranno beneficiare dell'istituto.

**1.3. Segue.** – L'adozione è un altro settore, dove il legislatore persegue l'intento di differenziare matrimonio e unione civile, perché nel comma 20 esclude l'estensibilità alle parti delle disposizioni della legge n. 184/1983; ma aggiunge che “resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”.

Quest'ultima previsione potrebbe comunque consentire una limitata applicabilità dell'adozione anche alle unioni civili, se si tiene conto del recente indirizzo della giurisprudenza in materia. Infatti, in applicazione dell'art. 44, lett. d), legge n. 184/1983, è stata accolta la domanda di adozione in casi particolari da parte della compagna della madre biologica che aveva fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero: ciò, in quanto la nozione di “impossibilità di affidamento preadottivo” deve intendersi, non solo nel senso di impossibilità “di fatto”, ma anche in quello di impossibilità “di diritto”, cioè dovuta alla mancanza dei presupposti giuridici per procedere all'adozione “piena”; inoltre, il ricorso all'adozione, sia pur nella sua forma minore, corrisponde al preminente interesse del bambino, riguardato come persona, nella concretezza della sua vicenda esistenziale<sup>20</sup>.

In generale, è opportuno ricordare che la presenza di figli in famiglie omosessuali non è rara anche in altre ipotesi, dove la giurisprudenza è chiamata a valutare la rispondenza della domanda, nel caso concreto, alle esigenze di tutela dell'interesse del minore: affidamento del figlio, in sede di separazione o divorzio, al coniuge divenuto omosessuale<sup>21</sup>; affidamento familiare, *ex* art. 4, legge n. 184/1983, ad una coppia omosessuale<sup>22</sup>; riconoscimento dello status filiationis conseguito all'estero, quando le coppie del medesimo sesso ricorrono alla fecondazione assistita in Paesi che ammettono la doppia genitorialità<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> In armonia quanto già previsto, in ordine all'attribuzione del cognome ai figli, nel provvedimento approvato dalla Camera dei deputati il 24 settembre 2014 ed attualmente al Senato come d.d.l. n. 1628.

<sup>19</sup> QUADRI, *op. cit.*, 8.

<sup>20</sup> Così Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 109, con nota di LONG, *L'adozione in casi particolari del figlio del partner dello stesso sesso*. V. anche Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015, [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); App. Roma, 23 dicembre 2015, *ibidem*; Trib. min. Roma, 30 dicembre 2015, *ibidem*.

<sup>21</sup> Cass. civ., 11 gennaio 2013, n. 601, in *Fam. e dir.*, 2013, 570, con nota di RUSCELLO, *Quando il pregiudizio ... è nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*.

<sup>22</sup> Trib. min. Bologna, decr. 31 ottobre 2013, in *Fam. e dir.*, 2014, 273, con nota di TOMMASEO, *Sull'affidamento familiare d'un minore a coppia omosessuale*.

<sup>23</sup> App. Torino, decr. 29 ottobre 2014, in *Fam. e dir.*, 2015, 822, con nota di FARINA, *Il riconoscimento di status*



L'esigenza di tutela del minore emerge anche in quella giurisprudenza che, in caso di cessazione della convivenza tra persone del medesimo sesso, riconosce, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337 *ter* c.c., all'*ex partner* del genitore biologico il diritto di mantenere un rapporto significativo con i figli, secondo un calendario di incontri stabilito<sup>24</sup>.

2. – Nel testo originario del progetto si prevedeva l'applicazione all'unione civile degli istituti della separazione e del divorzio. Purtroppo, la volontà di distinguere il regime dell'unione civile da quello matrimoniale, da un lato, e la fretta di chiudere il dibattito parlamentare per evitare che il disegno di legge non venisse approvato, dall'altro, hanno determinato, ancora una volta, una disciplina disordinata, a tratti oscura e contraddittoria<sup>25</sup>.

La separazione non trova più spazio (perché le unioni civili sono regolate dalle norme del codice civile solo se espressamente richiamate) e l'unione civile viene meno per nullità, morte o morte presunta di una delle parti (comma 22); nonché, ai sensi del comma 23, nelle ipotesi dell'art. 3, n. 1 (determinate condanne penali), e n. 2, lett. a), c), d), ed e), della legge sul divorzio, peraltro senza alcun riferimento alla cessazione della comunione materiale e spirituale dell'art. 1. Quindi, non sono richiamate la lett. g) sullo scioglimento per rettificazione di sesso (anche se poi la fattispecie è prevista nel comma 26) e la lett. b) sulla separazione.

Tuttavia, l'inapplicabilità di tale istituto avrebbe ridotto di molto, rispetto al matrimonio, le cause di scioglimento e, soprattutto, avrebbe negato qualsiasi rilevanza alla volontà delle parti, diversamente dai coniugi che possono ricorrere alla separazione, anche unilateralmente se scelgono la via contenziosa. Pertanto, nel comma 24, il legislatore introduce una causa di scioglimento fondata sulla volontà, con un meccanismo che coinvolge anche l'autorità amministrativa e quella giudiziaria: l'intenzione era certamente quella di configurare l'unione come un rapporto caratterizzato da una minore intensità solidaristica rispetto al matrimonio (anche se le conseguenze patrimoniali dello scioglimento sono identiche a quelle concernenti i divorziati); ma lo

---

*tra limite dell'ordine pubblico e best interest del minore*, ha ammesso il riconoscimento dello *status* di una bambina nata in Spagna con fecondazione eterologa da una coppia di donne coniugate e ivi registrata come figlia di entrambe; App. Milano, 1° dicembre 2015, <http://www.articolo29.it>, ha riconosciuto lo *status* conseguito in Spagna da una bambina nata per fecondazione eterologa da una coppia di donne ivi coniugate ed adottata dalla co-madre con adozione "piena" (in un caso simile Trib. min. Bologna, ord. 10 novembre 2014, <http://www.articolo29.it>, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale, ma il ricorso è stato dichiarato inammissibile, per mancata individuazione del contesto normativo, da Corte Cost., 7 aprile 2016, n. 76, <http://www.cortecostituzionale.it>).

<sup>24</sup> Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015, in *Fam. dir.*, 2016, 40; di diverso avviso, App. Palermo, ord. 30 agosto 2015, *ibidem*, 44, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 337 *ter* c.c., per la mancata previsione di tale possibilità. (Entrambe con nota di ARDIZZONE, *La convivenza omosessuale ed il ruolo del genitore sociale in caso di pma*, *ibidem*, 47 ss.).

<sup>25</sup> Come osserva SIMEONE, *Lo scioglimento dell'unione civile: il legislatore furioso ha fatto le norme cieche*, <http://ilfamiliarista.it>, 30 maggio 2016, è da sperare che a questi errori ponga rimedio, almeno in parte, il legislatore delegato, tramite i decreti legislativi del comma 28, da adottare entro sei mesi dall'entrata in vigore, e i decreti della Presidenza del Consiglio dei ministri del comma 34 sulle disposizioni transitorie necessarie per i registri dell'archivio dello stato civile, da adottare entro trenta giorni dall'entrata in vigore.



strumento introdotto è molto lacunoso ed oscuro nei suoi stessi presupposti, con elementi di problematica operatività<sup>26</sup>. A ciò si aggiunga la considerazione che tale meccanismo finisce per rendere tendenzialmente inutile il riferimento, nel comma 23, alle altre “cause” di divorzio.

Lo scioglimento si struttura di due fasi: nella prima, le parti, congiuntamente o singolarmente, manifestano la volontà di sciogliere l’unione davanti all’ufficiale di stato civile, ma nulla è detto in tema di competenza, modalità di manifestazione della volontà e adempimenti del ricevente<sup>27</sup>; nella seconda, dopo tre mesi, le parti, singolarmente o congiuntamente, potranno presentare al Tribunale competente domanda di scioglimento dell’unione civile.

In relazione alla prima fase, è finora opinione prevalente che sia sufficiente la volontà anche di una sola parte<sup>28</sup>: tale interpretazione è giustificata dal fatto che, a opinare diversamente, il mancato richiamo alla separazione e la previsione solo di questo strumento per giungere allo scioglimento comporterebbero che l’unione civile non potrebbe mai sciogliersi per iniziativa unilaterale (fatte salve le particolari cause di divorzio richiamate dal comma 23); a ciò si aggiunga che il previsto spazio di riflessione di “tre mesi” per la proposizione della relativa domanda giudiziale resterebbe lettera morta, ove fosse necessario l’accordo e mancasse la volontà del *partner*<sup>29</sup>. Pertanto, il legislatore ha voluto aprire la via ad uno scioglimento sostanzialmente *potestativo* del rapporto: comunque, sarà sempre necessario il ricorso al giudice, per accertare l’effettiva manifestazione di volontà e decidere in merito alle conseguenze dello scioglimento<sup>30</sup>.

In relazione alla seconda fase, ciascuna parte potrà rivolgersi al Tribunale per ottenere lo scioglimento del vincolo<sup>31</sup>: al riguardo, deve ritenersi che la parte, anche in presenza di dichiarazione congiunta dinanzi all’ufficiale di stato civile, possa comunque scegliere la procedura contenziosa<sup>32</sup>. In merito alla competenza, il comma 25 richiama, sia l’art. 706 c.p.c. in tema di separazione personale (*in primis* ultima residenza comune), sia l’art. 4, l. divorzio (*in primis* re-

---

<sup>26</sup> Il comma 24 così dispone: “L’unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all’ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell’unione civile e’ proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell’unione”.

<sup>27</sup> Sul punto dovrebbero richiamarsi le norme generali del d.p.r. n. 396/2000, in attesa degli eventuali decreti attuativi: così SIMEONE, *op. cit.*, il quale, per ragioni di efficienza, ritiene competente l’ufficiale di stato civile del Comune di residenza del dichiarante.

<sup>28</sup> SIMEONE, *op. cit.*

<sup>29</sup> Al riguardo, è da ritenere che, anche in presenza di una dichiarazione congiunta, ma non contestuale, il termine decorra sempre dalla prima dichiarazione: così SIMEONE, *op. cit.*

<sup>30</sup> QUADRI, *op. cit.*, 7 s.

<sup>31</sup> Ai sensi del comma 25, si applicano, in quanto compatibili, i seguenti articoli della legge sul divorzio: art. 4 (norme del procedimento); art. 5, comma 1, (pronuncia di scioglimento), comma 5 (regime delle impugnazioni), comma 6 (assegno dovuto alla parte “debole”), comma 7 (adeguamento dell’assegno), comma 8 (*una tantum*), comma 9 (obbligo di deposito delle dichiarazioni dei redditi e indagini patrimoniali), comma 10 (cessazione dell’assegno); comma 11 (diritto all’assistenza sanitaria); art. 8 (Garanzie ed esecuzione); art. 9 (modifica delle condizioni di divorzio), art. 9 *bis* (Assegno a carico dell’eredità); art. 10 (Decorrenza degli effetti della pronunzia); art. 12 *bis* (diritto al TFR); art. 12 *ter* (diritto alla reversibilità a favore di colui che è stato parte dell’unione civile); art. 12 *quater* (competenza per le modifiche); art. 12 *quinquies* (disciplina internazionale); art. 12 *sexies* (tutela penale).

<sup>32</sup> SIMEONE, *op. cit.*



sidenza del convenuto, perché l'originaria previsione della residenza comune fu dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale per manifesta irragionevolezza): l'art. 706 c.p.c. deve ritenersi compatibile, poiché "le ragioni che hanno determinato la pronunzia di incostituzionalità ... a contrario giustificano, l'applicabilità del criterio della residenza comune ai giudizi di scioglimento dell'unione per il limitato lasso di tempo intercorrente tra la dichiarazione di volontà e il radicamento della procedura"<sup>33</sup>; con la conseguenza di considerare i due criteri di competenza tra loro alternativi.

Il procedimento si svolgerà secondo le richiamate regole in tema di divorzio, tra le quali l'udienza presidenziale con tentativo di conciliazione ed i poteri del Presidente di autorizzare la vita separata e di fissare, in via provvisoria ed urgente, un contributo al mantenimento della parte più debole; nonché l'intervento obbligatorio del p.m. Invece, l'eventuale domanda congiunta di scioglimento dell'unione seguirà l'*iter* dell'art. 4, comma 16, con ricorso al tribunale in camera di consiglio.

Il comma 25 richiama anche gli artt. 6 e 12, d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162), consentendo alle parti dell'unione civile di ricorrere alle due procedure stragiudiziali (di separazione e) di divorzio ovvero di mutamento dei rapporti fra i coniugi (separati o) divorziati: la negoziazione assistita da avvocati in materia familiare, di cui all'art. 6, e quella amministrativa, di cui all'art. 12, davanti al sindaco del Comune dove l'atto di matrimonio fu iscritto (o trascritto) o nel cui territorio l'uno o l'altro dei coniugi ha la propria residenza, con l'assistenza facoltativa di uno o più avvocati. Tuttavia, non bisogna dimenticare che quest'ultimo accordo di divorzio "consensuale" è ammesso (in mancanza di prole minorenni o di figli maggiorenni, ma incapaci, affetti da disabilità grave ex art. 3, comma 3, legge n. 104/1992 o sprovvisti di autonomia economica) solo nei casi previsti dall'art. 3, comma 1, n. 2, lett. b), della l. divorzio, cioè quelli fondati su una pregressa separazione, o di semplice revisione delle condizioni stabilite all'epoca del divorzio o in data successiva: nel caso dell'unione civile, che non conosce la separazione, la negoziazione assistita amministrativa sarà ammissibile solo nell'ipotesi della revisione.

Da ultimo, la legge non si occupa dei figli, trascurando l'ipotesi che la coppia, per effetto di possibili adozioni secondo l'indirizzo giurisprudenziale in precedenza ricordato, abbia figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti. Il giudice dovrà provvedere in merito ad affidamento, collocamento, diritto di visita e modalità di contribuzione al mantenimento: si applicheranno integralmente le norme degli artt. 4 e anche 6 l. divorzio, grazie all'estensione operata dal comma 20<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> SIMEONE, *op. cit.*

<sup>34</sup> SIMEONE, *op. cit.*



**II.** – Occorre premettere, come si vedrà tra breve, che non tutte le situazioni finora qualificate dalla giurisprudenza o dal legislatore come convivenza di fatto rientrano nel nuovo concetto legale della stessa, di cui ai commi 36 e 37, il che comporterà non pochi problemi applicativi, almeno sotto due profili. Anzitutto, buona parte delle nuove disposizioni nasce da orientamenti, più o meno consolidati, della giurisprudenza, peraltro non sempre con una fedele trasposizione normativa: di qui il primo interrogativo sulla disciplina da applicare alle convivenze non riconducibili alla nuova legge, nell'alternativa tra un'assoluta irrilevanza oppure una diversa rilevanza giuridica, nel senso che ad esse la giurisprudenza continuerebbe ad applicare le sue regole parzialmente diverse<sup>35</sup>. In secondo luogo, in presenza nel diritto positivo di riferimenti alle convivenze, spesso senza ulteriori precisazioni, occorre chiedersi se esse debbano intendersi nel senso della convivenza legalmente riconosciuta: si pensi, ad esempio, alle disposizioni processuali in tema di astensione dall'obbligo di testimoniare (art. 199 c.p.p.) o di ricusazione degli arbitri (art. 815 c.p.c.), nonché a quanto previsto in materia assicurativa dall'art. 129 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, ovvero con riguardo all'accesso alla procreazione assistita dall'art. 5 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (con il limite, in questo caso, della eterosessualità, perché espressamente previsto).

**1.** – Ai sensi dei commi 36 e 37, la rilevanza delle convivenze richiede la presenza di alcuni presupposti, positivi (coinvolgimento di due sole persone, maggiore età, stabilità del legame affettivo di coppia e assistenziale) e negativi (assenza di parentela, affinità, adozione, matrimonio o unione civile). Con riferimento a questi ultimi, a parte il riferimento al matrimonio di cui si parlerà a breve, lascia perplessi la mancanza di qualsiasi distinzione tra gradi e linee di parentela ed affinità<sup>36</sup>: sarebbe stato sufficiente il richiamo, operato invece in tema di unioni civili, all'art. 87 c.c. ed ai casi, ivi indicati, che ammettono dispensa per contrarre matrimonio, anche al fine di evitare una possibile questione di legittimità costituzionale.

La legge non stabilisce espressamente quando una convivenza possa essere qualificata come stabile, ma il comma 37 implicitamente detta una norma rilevante in materia, laddove prevede che “per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica” di cui all'art. 4 e alla lett. b) del comma 1 dell'art. 13, d.p.r. n. 223/1989 (Regolamento anagrafico della popolazione residente)<sup>37</sup>. La previsione dà luogo a non pochi problemi interpretativi,

---

<sup>35</sup> Al riguardo RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, <http://giustiziacivile.com>, 2016, n. 5, 9.

<sup>36</sup> Così anche RIZZUTI, *op. cit.*, 10, nota 49; LENTI, *op. ult. cit.*, 98, il quale propone di estendere ai conviventi gli stessi limiti di grado previsti per gli impedimenti al matrimonio.

<sup>37</sup> Per l'art. 4 (Famiglia anagrafica), “Agli effetti anagrafici per famiglia si intende un insieme di persone legate da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela o da vincoli affettivi, coabitanti ed aventi dimora abituale nello stesso comune”. Per la lett. b) dell'art. 13 (Dichiarazioni anagrafiche), le dichiarazioni anagrafiche concernono anche la costituzione di nuova famiglia o di nuova convivenza, ovvero mutamenti intervenuti nella composizione della famiglia o della convivenza. La previsione è confermata dalla circolare 1. 6. 2016, n. 7 del Dipartimento per gli



perché il comma 37, se da un lato fa salva la sussistenza dei presupposti di cui al comma precedente (tra i quali la stabilità del legame affettivo, non precisata temporalmente<sup>38</sup>), dall'altro attribuisce alla dichiarazione funzione di accertamento: quindi, la mancanza di quest'ultima non sembra ostativa alla configurabilità della fattispecie (e ad altre modalità di accertamento della convivenza)<sup>39</sup>; tuttavia, la norma, pur riferendosi esplicitamente solo all'accertamento, "fa presumere che la convivenza abbia inizio con la dichiarazione all'ufficiale dell'anagrafe, visto che è da quel momento che può dirsi accertata"<sup>40</sup>, e ciò indipendentemente da una valutazione autonoma della sua durata e stabilità.

Al riguardo, è presumibile ritenere che la giurisprudenza continuerà ad applicare quelle regole, che sono il frutto di un lavoro costante e stratificato nel tempo e che lo stesso legislatore ha recepito in molti commi della nuova legge, anche alle convivenze non dichiarate<sup>41</sup>: ciò in perfetta armonia con la giurisprudenza della Corte EDU, per la quale "l'esistenza di un'unione stabile è indipendente dalla convivenza", almeno se intesa in senso rigidamente formalistico, essendo oggi normale, per qualsiasi coppia, vivere la loro relazione anche "a distanza ... per motivi professionali o di altro tipo"<sup>42</sup>.

Infine, la norma riferisce la convivenza solo ai rapporti che interessano due persone, ma non bisogna dimenticare il fenomeno delle famiglie degli immigrati che provengono da Paesi dove la poligamia è legale: anche in questo caso, trattandosi di matrimonio invalido, la giurisprudenza sarà costretta ad elaborare uno statuto della convivenza di mero fatto, da affiancare a quello della convivenza legale, soprattutto in materia di successioni e di rilascio del permesso di soggiorno<sup>43</sup>. Del resto, in relazione a quest'ultima ipotesi, la presenza di un matrimonio invalido, se pure per motivi diversi dalla poligamia, non è stata ritenuta di ostacolo per la concessione del permesso di soggiorno al coniuge extracomunitario<sup>44</sup>.

---

affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno, avente ad oggetto «Legge 20 maggio 2016, n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"). Art. 1, commi 36-65. Prime indicazioni sugli adempimenti anagrafici in materia di convivenze di fatto».

<sup>38</sup> Al riguardo, è opportuno segnalare che, in tema di delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità, la Cassazione ha considerato ostativa, per violazione dell'ordine pubblico interno, la convivenza come coniugi protrattasi per almeno tre anni: Cass. civ., S.U., 17 luglio 2014, n. 16379, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 36, con nota di ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*.

<sup>39</sup> BALESTRA, *op. cit.*, 5. Di diverso avviso RIZZUTI, *op. cit.*, 9; LENTI, *op. ult. cit.*, 96.

<sup>40</sup> Così LENTI, *op. ult. cit.*, 96.

<sup>41</sup> Nello stesso senso, QUADRI, *op. cit.*, 8 s.; diversamente RIZZUTI, *op. cit.*, 8 s.

<sup>42</sup> Corte EDU, Grande Camera, ric. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e altri c. Grecia*, 7 novembre 2013, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>43</sup> V. anche RIZZUTI, *op. cit.*, p. 11. In campo successorio, Cass. civ., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2695, con nota di DI GAETANO, *I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica*, ha riconosciuto la rilevanza a fini successori del matrimonio contratto da un italiano in Somalia secondo il diritto locale. Di diverso avviso, in tema di permesso di soggiorno, Cass. civ., 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Foro it.*, 2013, I, 2519.

<sup>44</sup> Il riferimento è al matrimonio omosessuale contratto in altro Paese europeo: Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio



**1.1. Segue.** – La previsione dell’impedimento di matrimonio, senza eccezioni, comporta che le convivenze nelle quali almeno una delle parti sia separata sono escluse dall’applicazione della nuova legge, anche se all’anagrafe risultano come famiglie (art. 4, d.p.r. n. 223/1989). La disposizione non tiene conto di alcune importanti regole della giurisprudenza, che attribuiscono alla convivenza determinate conseguenze, indipendentemente dal fatto che i conviventi abbiano o no lo stato libero: ad esempio, si esclude l’addebito per comportamenti successivi alla separazione, la quale estingue i doveri personali nascenti dal matrimonio<sup>45</sup>; la formazione di una nuova famiglia di fatto, con i connotati di stabilità e continuità, da parte del coniuge separato o divorziato determina la perdita definitiva dell’assegno<sup>46</sup>; ancora, in caso di morte per atto illecito, il risarcimento del danno è stato ripartito tra la moglie e l’altra convivente dello stesso uomo<sup>47</sup>, e, addirittura, la moglie, mandante dell’omicidio del marito, è stata condannata a risarcire il danno da morte così provocato alla convivente<sup>48</sup>.

Alla possibile obiezione che le recenti riforme hanno degiurisdizionalizzato separazioni e divorzi (artt. 6 e 12, legge 10 novembre 2014, n. 162) ed abbreviato il periodo di tempo che deve intercorrere tra i due passaggi (legge 6 maggio 2015, n. 55<sup>49</sup>), è agevole replicare che tali riforme possono produrre i loro effetti soprattutto nelle situazioni non conflittuali, mentre in caso di contenzioso i tempi della nostra giustizia civile rendono tutt’altro che raro un periodo di rilevante attesa<sup>50</sup>.

In conclusione, le nuove norme, invece di diminuire la complessità e l’incoerenza della disciplina, ottengono l’effetto di aumentarla, ponendo il problema delle regole da applicare a quelle convivenze che, pur presentandosi quali formazioni sociali degne di tutela, siano però estranee alla fattispecie delineata dal legislatore<sup>51</sup>. Come è stato puntualmente rilevato, “dovrebbe costituire oggetto di attenta riflessione la pretesa stessa di pervenire ad una nozione unitaria di “convivenza” ... dato che un’accezione differenziata di essa, sensibilmente attenta alla natura

---

2012, in *Foro it.*, 2012, I, 2727; Trib. Pescara, ord. 15 gennaio 2013, <http://www.articolo29.it>; Trib. Verona, ord. 5 dicembre 2014, <http://www.certidiritti.it>.

<sup>45</sup> V. già Cass. civ., 7 dicembre 1994, n. 10512, in *Dir. fam. pers.*, 1995, 506.

<sup>46</sup> A partire da Cass. civ., 11 agosto 2011, n. 17195, [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); con la recente precisazione che il sorgere di una nuova famiglia di fatto non pone in una sorta di quiescenza il diritto all’assegno, ma lo estingue definitivamente (Cass. civ., 3. 4. 2015, n. 6855, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 681, con nota di AL MUREDEN, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell’assegno divorzile*).

<sup>47</sup> Cass. civ., 7 giugno 2011, n. 12278, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 852.

<sup>48</sup> Cass. civ., 16 giugno 2014, n. 13654, in *Foro it.*, 2014, I, 2055.

<sup>49</sup> In occasione dell’approvazione della predetta legge n. 55/2015, quelle disposizioni del relativo d.d.l. che si proponevano di introdurre anche il divorzio diretto sono state stralciate per formare un nuovo d.d.l. n. 1504-bis, il cui esame in Commissione, propedeutico alla prima lettura del Senato, è iniziato il 1° marzo 2016.

<sup>50</sup> RIZZUTI, *op. cit.*, 10 s.

<sup>51</sup> Così LENTI, *op. ult. cit.*, 98.



degli interessi e dei valori personali di volta in volta in gioco, si dimostra sicuramente più rispondente alla intrinseca natura del fenomeno”<sup>52</sup>.

**2. – 2.1.** – Il comma 39 riguarda i ricoveri ospedalieri ed impone ai regolamenti interni delle strutture sanitarie di assimilare il convivente al coniuge, con riferimento ai diritti di visita, di assistenza e di “accesso alle informazioni personali”. La norma, ancora una volta, è scritta in modo superficiale, perché, in relazione alle informazioni sanitarie personali sul malato, sembra dimenticare del tutto le regole sul trattamento dei dati sanitari dettate dal codice per la protezione dei dati personali: quindi, per evitare un problema di legittimità costituzionale, “occorre superare la lettera della legge e interpretare il richiamo alle regole interne delle strutture come riferibile alle sole visite”<sup>53</sup>.

Pertanto, le informazioni sanitarie rimangono disciplinate dal suddetto codice: se di regola devono essere comunicate soltanto al paziente ed alle persone dal medesimo autorizzate; tuttavia, ai sensi dell’art. 82, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 196/2003, se la prestazione sanitaria è stata eseguita senza il consenso del paziente per motivi di emergenza, l’informativa e il consenso possono intervenire successivamente da parte di prossimi congiunti, familiari ed anche convivente, qualora il paziente sia in stato di incapacità fisica, legale o naturale. Analogamente, l’art. 3, comma 2, legge 1 aprile 1999 (in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti da cadavere), dispone che le informazioni, concernenti una persona che si trova “all’inizio nel periodo di osservazione ai fini dell’accertamento di morte”, siano date anzitutto “al coniuge non separato o al convivente *more uxorio*”.

In conclusione, il comma 39, se interpretato come si è in precedenza suggerito, non introdurrebbe alcuna novità sulle informazioni sanitarie; anzi, le regole previgenti consentono di tutelare il convivente, legato al paziente da una relazione stabile ed affettiva, anche in assenza dei presupposti di cui ai commi 36 e 37<sup>54</sup>.

Invece, profondamente innovativo è il comma 40, lett. a), che attribuisce il potere di designare il convivente, quale rappresentante con poteri pieni o limitati, per le decisioni in materia di salute, nell’ipotesi di malattia che comporti incapacità di intendere e di volere: ciò in presenza di una giurisprudenza non concorde sulle direttive anticipate di trattamento<sup>55</sup> e di proposte di legge in fase ancora embrionale<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Così QUADRI, *op. cit.*, 9.

<sup>53</sup> LENTI, *op. ult. cit.*, 99 s.

<sup>54</sup> LENTI, *op. ult. cit.*, 100.

<sup>55</sup> Infatti, a quella parte della giurisprudenza di merito favorevole alla nomina di un amministratore di sostegno specificatamente designato dal beneficiario, si contrappone Cass. civ., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Dir. fam. pers.*, 2013, 1316.

<sup>56</sup> Durante questa legislatura, in materia sono stati presentati i d.d.l., poi riuniti, nn. 1142, 1298, 1432, 2229, 2264, 2996, 3391, 3561, 3586, 3596, 3599, il cui esame in Commissione, propedeutico alla prima lettura della Camera dei Deputati, è iniziato in data 4 febbraio 2016.



**2.2.** – Quanto al comma 46, la disciplina in tema di impresa familiare del nuovo art. 230 *ter* c.c. è carente, in relazione al dettato dell’art. 230-*bis* c.c., con possibili dubbi di legittimità costituzionale, sotto un duplice profilo: da un lato, non si riferisce anche al lavoro prestato nell’ambito della vita comune della convivenza; dall’altro, non contempla il diritto al mantenimento, il diritto di prelazione, nonché tutti i diritti di natura amministrativa-gestoria<sup>57</sup>. Meglio sarebbe stato, quindi, limitarsi all’inserimento anche del “convivente” tra i soggetti tutelati<sup>58</sup>. L’incongruità del trattamento riservato al convivente, sotto questo profilo, emerge ancora più chiaramente, se si tiene conto che la disciplina dell’impresa familiare, da un lato vuole evitare lo sfruttamento del lavoro familiare, dall’altro intende fornire una tutela alle prestazioni lavorative svolte nell’ambito di un’attività d’impresa, dove assume rilievo una forte componente affettiva, com’è dimostrato dalla tutela assicurata anche ai parenti di terzo grado o agli affini di secondo grado<sup>59</sup>.

**2.3.** – Il comma 49 parifica il convivente al coniuge al fine del risarcimento del danno per il caso di morte dell’altro convivente, dovuta al fatto illecito di un terzo. Ancora una volta la norma è male formulata, sia perché non contempla l’ipotesi della lesione grave<sup>60</sup>; sia perché, non distinguendo tra danno non patrimoniale e danno patrimoniale, si discosta dalla giurisprudenza consolidata che, in relazione alla seconda fattispecie, attribuisce, sì al convivente il diritto al risarcimento, ma a condizione che provi la sua aspettativa, cioè che il *partner* deceduto era l’effettiva fonte del proprio mantenimento<sup>61</sup>. Al coniuge, invece, non è richiesta una prova analoga, perché si argomenta dall’obbligo giuridico di contribuire ai bisogni della famiglia di cui all’art. 143 c.c.<sup>62</sup>.

La precisazione è rilevante, perché le regole della giurisprudenza non distinguono fra convivenze di persone aventi lo stato libero e convivenze di persone ancora legate in matrimonio, con l’inevitabile conseguenza che, in questa seconda ipotesi, il risarcimento del danno patrimoniale continuerebbe a dipendere dall’assolvimento dell’onere probatorio sopra indicato<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> Infatti, ai sensi del nuovo art. 230-*ter* c.c. (Diritti del convivente), “Al convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all’interno dell’impresa dell’altro convivente spetta una partecipazione agli utili dell’impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell’azienda, anche in ordine all’avviamento, commisurata al lavoro prestato. Il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato”.

<sup>58</sup> QUADRI, *op. cit.*, 10; LENTI, *op. ult. cit.*, 107, il quale, peraltro, ritiene che la disciplina della partecipazione del convivente possa esser integrata in via interpretativa, trattandosi di (mancate) previsioni che connotano l’istituto dell’impresa familiare.

<sup>59</sup> BALESTRA, *op. cit.*, 4 s.

<sup>60</sup> Così QUADRI, *op. cit.*, 9 s.; LENTI, *op. ult. cit.*, 108.

<sup>61</sup> Cass. civ., 29 aprile 2005, n. 8976, in *Giur. it.*, 2005, 2273, e *ivi*, 2006, 246, con nota di MANDIROLA, *Danno riflesso e diritti del convivente more uxorio*.

<sup>62</sup> LENTI, *op. ult. cit.*, 108.

<sup>63</sup> Così anche LENTI, *op. ult. cit.*, 108.



**3. – 3.1.** – I commi 42-44 dettano alcune regole riguardanti, principalmente, i diritti del convivente superstite sulla casa di comune residenza dopo la morte del *partner*<sup>64</sup>.

Il comma 42 riguarda l'ipotesi in cui la casa fosse di proprietà del convivente defunto, ma la previsione deve estendersi anche al caso della comproprietà<sup>65</sup>. Si riconosce al convivente il “diritto di continuare ad abitare” nella casa familiare: la norma è chiaramente ispirata al diritto del coniuge superstite di cui all'art. 540, comma 2, c.c., senza usare, però, la locuzione “diritto di abitazione”, che permetterebbe un diretto riferimento agli artt. 1022 ss.<sup>66</sup>. Sarà compito dell'interprete stabilire se trattasi comunque di diritto reale: è auspicabile questa soluzione, perché altrimenti, per l'opponibilità ai terzi, la mancanza di qualsiasi indicazione normativa, da un lato, e il principio di tassatività che regge, sia il sistema della trascrizione, sia quello tavolare, dall'altro, non ne consentirebbero la pubblicità<sup>67</sup>.

A differenza del diritto di abitazione di cui all'art. 540, comma 2, il diritto del convivente ha un termine finale: da un minimo garantito di 2 anni a una durata pari a quella della convivenza, ma comunque entro il limite massimo di 5 anni. Vi sono due eccezioni, poste entrambe nell'interesse dei figli minori o disabili. La prima riguarda il convivente che abiti con figli minori o disabili, perché allora il tempo minimo garantito è aumentato a 3 anni; senza peraltro precisare se ciò riguardi unicamente i figli comuni della coppia o anche quelli che discendono solo dal convivente superstite. La seconda eccezione concerne il caso della coppia separata e di assegnazione della casa familiare al convivente superstite, perché qui sono fatte salve le regole dettate in generale dall'art. 337-*sexies* c.c. per la separazione della coppia genitoriale, secondo le quali il diritto si estingue quando i figli non convivono più con il genitore o hanno raggiunto l'indipendenza economica.

La previsione comporta una disparità di trattamento dei figli nell'ipotesi disciplinata dall'ultima parte del comma 42 (figli minori o disabili) ed in quella regolata dall'art. 337-*sexies* c.c., dove la norma è nettamente più favorevole ai figli per la durata e per la sicura opponibilità ai terzi, purché vi sia stata la trascrizione. Anche qui potrebbe porsi un problema di legittimità costituzionale, perché l'interesse tutelato, quello dei figli, è il medesimo e, paradossalmente, riceve maggiore protezione nell'ipotesi in cui la morte pone fine ad una convivenza che era già venuta meno. Pertanto, taluno propone una “interpretazione analogica costituzionalmente orientata, che applichi il principio che vieta le discriminazioni tra figli dovute a circostanze loro estranee”: di conseguenza, in presenza di figli comuni della coppia, si dovrebbe applicare per analo-

---

<sup>64</sup> La giurisprudenza già aveva riconosciuto alcuni poteri al convivente superstite sulla casa familiare, in particolare la tutela possessoria, in quanto detentore qualificato, nei confronti degli eredi del proprietario esclusivo della stessa: Cass. civ., 15 settembre 2014, n. 19493, in *Arch. loc.*, 2015, 37.

<sup>65</sup> LENTI, *op. ult. cit.*, 104.

<sup>66</sup> Di diverso avviso, AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto: tutte le novità della legge*, <http://ilfamiliarista.it>, 11 maggio 2016.

<sup>67</sup> LENTI, *op. ult. cit.*, 105. Di qui il suggerimento di richiamarsi all'art. 540, comma 2, c.c.: RIZZUTI, *op. cit.*, 15, nota 9.



gia l'art. 337-*sexies* c.c.; mentre la regola dell'ultima parte del comma 42 rimarrebbe confinata ai figli che discendono solo dal convivente superstite<sup>68</sup>.

Il comma 43 stabilisce l'**estinzione** del diritto, qualora "il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto". Tuttavia, l'estinzione del diritto non dovrebbe avere luogo, quando vi siano figli minori o disabili e nei casi in cui trova applicazione l'art. 337-*sexies* c.c.<sup>69</sup>.

**3.2.** – Il comma 44 si occupa della casa in locazione e detta due disposizioni: la prima riproduce la regola, da tempo vigente, secondo la quale, in caso di morte del convivente conduttore, l'altro convivente succede di diritto nel contratto di locazione<sup>70</sup>; la seconda, ancora una volta formulata male, stabilisce che, qualora il convivente conduttore receda dal contratto di locazione, l'altro "ha facoltà di succedergli nel contratto". Quest'ultima previsione sembra riferirsi al caso di fine della convivenza e di comunicazione, da parte del convivente conduttore, della risoluzione anticipata del contratto al locatore: comunicazione, però, priva di effetto, per il diritto riconosciuto all'altro convivente di succedere nel contratto<sup>71</sup>.

**3.3.** – Da ultimo, il comma 61 quantifica in novanta giorni il termine di **preavviso** che il convivente, avente la disponibilità esclusiva dell'abitazione, deve concedere all'altro convivente, qualora intimi al medesimo il **rilascio della casa familiare**. Peraltro, l'ipotesi è testualmente prevista solo nel caso di recesso unilaterale da un contratto di convivenza. Per tutte le altre fattispecie, non solo di mere convivenze di fatto, ma anche di convivenze legali, dove però le parti non abbiano stipulato un contratto di convivenza o questo venga meno per causa diversa dal recesso, si dovrebbe continuare ad applicare un termine variabile, da determinarsi in concreto *ex fide bona*: è soprattutto in relazione a questa seconda ipotesi, che potrebbe porsi un problema di legittimità costituzionale.

**4.** – Occorre premettere che, in mancanza di un contratto di convivenza, restano privi di regolamento i rapporti patrimoniali all'interno della coppia. Tuttavia, sarebbe stato opportuno disciplinare la sorte dei conferimenti di ciascuno alla vita comune, fatti in adempimento di quel

---

<sup>68</sup> LENTI, *op. ult. cit.*, 105 s., il quale suggerisce identica soluzione, in presenza di figli minori o disabili, anche nell'ipotesi, non contemplata dalla legge, in cui il diritto di godimento sulla casa del convivente defunto derivasse da un contratto di comodato. Il tema è stato affrontato dalla giurisprudenza con riferimento all'assegnazione della casa familiare: Cass. civ., S.U., 29 settembre 2014, n. 20448 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 123, con nota di PELLEGRINI, *Comodato di immobile ad uso di casa familiare*) ha stabilito che il diritto dell'assegnatario sia opponibile al proprietario comodante, che ne chiedi la restituzione, solo quando si tratti di un comodato con espressa determinazione della sua finalità (art. 1809 c.c.), e precisamente per lo svolgimento della vita familiare del convivente.

<sup>69</sup> LENTI, *op. ult. cit.*, 105.

<sup>70</sup> V., infatti, Corte Cost., 7. 4. 1988, n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, 2515.

<sup>71</sup> In questo senso, LENTI, *op. ult. cit.*, 106.



dovere di reciproca assistenza morale e materiale, che è naturalmente connesso con la convivenza, e ciò per due ragioni. Anzitutto, la giurisprudenza prevalente non è sempre sicura nel delineare il confine tra i casi in cui le restituzioni e i rimborsi sono dovuti, in base al principio dell'ingiustificato arricchimento, e quelli in cui non lo sono, in base al principio dell'obbligazione naturale<sup>72</sup>. In secondo luogo, quanto meno per le convivenze legali, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, ora imposta a pena di nullità dal comma 51 per il contratto di convivenza, non consentirebbe più di seguire la soluzione, suggerita da una parte degli interpreti, di ricondurre comunque alla figura del contratto "a causa solidale", il cui accordo potrebbe perfezionarsi anche in modo tacito, le prestazioni eseguite dai conviventi per contribuire ai bisogni della famiglia o per assistere il *partner*, in misura proporzionale alla situazione economico-sociale del contribuente e della coppia<sup>73</sup>.

La nuova figura del "contratto di convivenza" destinato, secondo il comma 50, all'eventuale disciplina, da parte dei conviventi, dei "rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune", pone delicati problemi sotto diversi profili: rapporto con altre previsioni, contenuti, natura giuridica.

**4.1.** – Sotto il primo profilo, il riferimento è ai commi 42 e 44 in materia di diritti abitativi, al comma 65 in tema di diritto agli alimenti<sup>74</sup>, ai diritti partecipativi cui si riferisce il comma 46: è da ritenere che sia precluso alle parti ogni accordo volto a negare o limitare tali diritti<sup>75</sup>. Analogamente deve dirsi per il dovere di contribuzione alle necessità della vita in comune, cui si riferisce il comma 53, lett. b), dove l'accordo potrebbe incidere solo in ordine alle relative "modalità"<sup>76</sup>.

**4.2.** – Sotto il secondo profilo, a parte il fatto che la fissazione della residenza è materia estranea alle pattuizioni di natura contrattuale, due sono le considerazioni che si impongono.

La prima concerne la portata dei contenuti indicati nel comma 53, decisamente scarna e quindi sicuramente non tassativa. Il legislatore ha mancato l'opportunità per fornire alle parti uno strumento utile per regolare anche le conseguenze patrimoniali della cessazione della convivenza<sup>77</sup>: ad esempio, limitata possibilità di deroga al divieto dei patti successori *ex art.* 458

<sup>72</sup> Come osserva LENTI, *op. ult. cit.*, 94, nota 4.

<sup>73</sup> Da ultimo, SENIGAGLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 671 ss., e ivi ulteriori riferimenti.

<sup>74</sup> Si tratta di una disposizione profondamente innovativa, poiché sinora la giurisprudenza aveva sempre ricondotto la attribuzioni patrimoniali tra conviventi alla categoria dell'obbligazione naturale: da ultimo, Cass. civ., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Foro it.*, 2014, I, 1149; Cass. civ., 25 gennaio 2016, n. 2016, in *Guida dir.*, 2016, n. 12, 64.

<sup>75</sup> QUADRI, *op. cit.*, 10; LENTI, *op. ult. cit.*, 109, con riferimento agli alimenti.

<sup>76</sup> Sempre QUADRI, *op. cit.*, 10.

<sup>77</sup> In armonia con quanto ipotizzato, in materia di "accordi prematrimoniali", nel d.d.l. n. 2669, presentato alla Camera dei Deputati il 15 ottobre 2014 e del quale ancora non è iniziato l'esame.



c.c., la cui mancanza ha segnato, in altri ordinamenti, il successo dei contratti di convivenza; possibilità di indicare il convivente tra i beneficiari delle indennità spettanti in caso di morte del lavoratore *ex art. 2122 c.c.*; utilizzabilità del meccanismo fondato sull'*art. 2645-ter c.c.*<sup>78</sup>.

La seconda considerazione riguarda i contenuti contemplati dal comma 53, in particolare la possibilità di scegliere il regime patrimoniale della comunione legale dei beni<sup>79</sup>. La scelta legislativa è infelice, se rapportata alle previsioni dei commi 51 in tema di forma e, soprattutto, 52 in tema di pubblicità, strumento indispensabile per garantire la circolazione dei beni e tutelare i terzi: basti pensare al regime degli atti di disposizione ed alle regole in materia di responsabilità. Purtroppo, ai fini dell'opponibilità, il legislatore si limita a prevedere l'obbligo del libero professionista di trasmettere al comune di residenza dei conviventi, entro dieci giorni, copia del contratto, "per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7" del d.p.r. n. 223/1989, avente ad oggetto l'anagrafe della popolazione residente<sup>80</sup>. Quindi, a parte l'erroneo richiamo all'*art. 5*, concernente non la "famiglia anagrafica" (contemplata nell'*art. 4*), ma le "convivenze anagrafiche" (quelle, cioè, costituite per motivi religiosi, di cura, di pena e simili), "l'unico riferimento presente è ai meccanismi di raccolta delle informazioni in ordine alla popolazione residente, cui risulta completamente estranea qualsiasi effettiva funzionalità al fine indicato"<sup>81</sup>: la circolare n. 7/2016 del Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno si limita a precisare che l'ufficiale di anagrafe dovrà registrare "tempestivamente" alcuni dati, tra i quali gli "estremi della comunicazione", e ad assicurare la conservazione agli di copia del contratto.

A ciò si aggiunga che il comma 54 consente di modificare il regime patrimoniale "in qualunque momento nel corso della convivenza", per accordo o recesso unilaterale, e che il successivo comma 55 sottopone tali dati alla disciplina della *privacy* e prevede che siano trattati "garantendo il rispetto della dignità degli appartenenti al contratto di convivenza" e del principio di non discriminazione, cosicché "non si capisce più se gli stessi debbano considerarsi pubblici e accessibili ai terzi oppure no"<sup>82</sup>.

L'infelice formulazione deriva sicuramente da un progetto elaborato in sede notarile nel 2011, ma trascura di considerare che in quel progetto, da un lato, si prevedeva la possibilità di scegliere un regime di comunione ordinaria, e non legale; dall'altro, si stabiliva, per l'opponibilità ai terzi, l'istituzione di un "Registro nazionale dei patti di convivenza".

Al medesimo progetto sembra ispirato anche il coinvolgimento del libero professionista in

---

<sup>78</sup> Analoghe osservazioni in QUADRI, *op. cit.*, 11.

<sup>79</sup> Rimane il dubbio sulla sorte di tale possibilità di scelta, vista l'alta percentuale di coppie coniugate che preferiscono la via della separazione dei beni.

<sup>80</sup> Previsione confermata dalla già citata circ. n. 7/2016 del Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno.

<sup>81</sup> Come rileva QUADRI, *op. cit.*, 12.

<sup>82</sup> Così RIZZUTI, *op. cit.*, 18, nota 28. Nulla precisa, al riguardo, la circ. 7/2016 del Dipartimento per gli affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno, che si limita a richiamare la normativa.



una serie di competenze di non poco conto, con la differenza, però, che la legge le estende anche all'avvocato, dimenticando la mancanza, in questo caso, della particolare struttura del notariato e degli archivi notarili: infatti, i commi 51, 52, 60, 61, 62 e 63 attribuiscono, sia ai notai, che agli avvocati le competenze sulla autenticazione dei contratti di convivenza e degli atti che ne implicano la risoluzione, sul controllo della conformità degli stessi all'ordine pubblico ed al buon costume e sui procedimenti necessari ad assicurarne l'opponibilità ai terzi<sup>83</sup>; benché il comma 60 precisi poi che qualora vengano in rilievo trasferimenti immobiliari, e quindi trascrizioni *ex art.* 2643 c.c., la competenza spetta ai soli notai<sup>84</sup>.

**4.3.** – Sotto il profilo della natura giuridica, lascia perplessi il richiamo alla figura del contratto, a fronte di un istituto che sembra molto più vicino a quello tipico del matrimonio sotto molti profili: impedimenti<sup>85</sup>; sospensione degli effetti in pendenza del procedimento di interdizione o del processo penale per il delitto di cui all'art. 88 c.c. (comma 58); divieto di apporre condizioni o termini (comma 56); regime delle invalidità, trattandosi sempre di nullità assoluta ed insanabile (comma 57).

Inoltre, il contratto di convivenza è privo di vincolatività, perché può cessare per recesso unilaterale (comma 59, lett. b), e quindi è incapace di sopravvivere alla crisi del rapporto; differenziandosi nettamente da quella riforma che, se approvata, dovrebbe disciplinare gli accordi prematrimoniali, destinati a regolare vincolativamente i rapporti patrimoniali tra le parti in caso di crisi del rapporto (d.d.l. n. 2669/2014), con il rischio che tale strumento venga introdotto solo per le unioni coniugali e non anche per i rapporti di convivenza<sup>86</sup>.

**5.** – La legge non disciplina le modalità di interruzione della convivenza, lasciando aperti tutti gli interrogativi che nella prassi hanno dato origine a numerosi problemi, soprattutto in caso di allontanamento dalla casa familiare del convivente non proprietario.

**6.** – La nuova legge, se da un lato doverosamente colma una lacuna non più tollerabile, dall'altro opera in maniera troppo spesso frammentaria e, soprattutto, incoerente.

Infatti, in un Paese a democrazia liberale avanzata, rispettoso di tutte le sensibilità e le cultu-

---

<sup>83</sup> In particolare, il professionista deve notificare all'ufficiale dell'anagrafe, non solo la risoluzione per accordo delle parti ed il recesso unilaterale, ma anche, ai sensi del comma 63, l'estratto dell'atto di morte, che il convivente superstite o gli eredi di quello deceduto devono comunicare a chi aveva ricevuto o autenticato il contratto di convivenza.

<sup>84</sup> RIZZUTI, *op. cit.*, 18 s., nota 30.

<sup>85</sup> Il comma 57 configura come impedimenti la presenza di un altro vincolo familiare, la minore età, l'interdizione; nonché, per effetto di un non chiarissimo rinvio interno al comma 36, i rapporti di parentela, affinità e adozione, ed infine il delitto, questa volta con esplicito rinvio all'art. 88 c.c., dettato in materia matrimoniale.

<sup>86</sup> RIZZUTI, *op. cit.*, 6 s. Invece, la menzionata proposta notarile del 2011 all'art. 1986-*sexies*, nn. 3 e 4, prevedeva tra i possibili contenuti del patto di convivenza anche la preventiva regolamentazione dei rapporti patrimoniali in caso di cessazione del rapporto, nonché in caso di morte di una delle parti.



re ed al passo con i tempi, si dovrebbe riconoscere al cittadino il diritto di scegliere, nell'organizzare la propria esistenza, tra il matrimonio, con la sua disciplina pubblicistica inderogabile, la semplice convivenza di fatto ovvero la convivenza regolata da un apposito patto: in tutti i casi, però, senza distinguere tra coppie eterosessuali ed omosessuali. Peraltro, a non voler accogliere questa interpretazione evolutiva della famiglia dell'art. 29 Cost., sarebbe stata necessaria una disciplina ponderata delle unioni civili e non di mero rinvio a molte disposizioni sul vincolo coniugale, che ha condotto solo ad una brutta copia del matrimonio: la legge, là dove ha voluto differenziare i due istituti, ha creato solo problemi o soluzioni contraddittorie, come in tema di fedeltà, cognome, adozione e cessazione del rapporto.

Con riguardo alla semplice convivenza, poi, è difficile convenire con il legislatore nel riconoscimento di diritti od obblighi reciproci. Fare derivare *ex lege* effetti giuridici da un semplice comportamento concreto, la convivenza, oltre che mettere a rischio diritti e interessi di terzi, significherebbe violare, per eccesso di tutela, il diritto dell'individuo di organizzare la propria vita in maniera del tutto libera e svincolata: non è pensabile di imporre un modello organizzativo di convivenza a chi, avendo ripudiato l'idea del matrimonio, desidera soltanto convivere, senza farne derivare necessariamente ed *ipso iure* diritti e obblighi<sup>87</sup>.

Peraltro, si possono configurare alcune *eccezioni*, legate alla tutela di soggetti terzi, al rispetto di normative sovranazionali o alla presenza di situazioni giuridiche tutelate: attribuzione della casa familiare o successione nel contratto di locazione, in caso di morte o cessazione della convivenza, in presenza di figli minori o disabili conviventi (fino alla maggiore età o all'indipendenza economica); diritto al ricongiungimento familiare del *partner* (con relazione stabile accertata), sia nei casi riguardanti cittadini extraeuropei soggiornanti in Italia<sup>88</sup>, sia in relazione alle ipotesi che vedono protagonisti cittadini comunitari o italiani<sup>89</sup>; diritto al risarcimento del danno

---

<sup>87</sup> V. anche AA.VV., *op. cit.*

<sup>88</sup> Mentre l'Unione europea include, a certe condizioni, anche il convivente tra i familiari (Direttiva 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento familiare), il diritto italiano tutela soltanto il coniuge. Infatti, l'art. 29, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* (e successive modifiche), espressamente limita al "coniuge" dello straniero residente in Italia la possibilità di ottenere il ricongiungimento familiare, così escludendo dai beneficiari il convivente; né il legislatore italiano si è discostato da questa nozione restrittiva della famiglia neppure con il d. lgs. 8 gennaio 2007, n. 5, in sede di attuazione della richiamata Direttiva (v. Cass. civ., 17 marzo 2009, n. 6441, in *Fam. e dir.*, 2009, 454, con nota di ACIERNO, *Ricongiungimento familiare per le coppie di fatto: la pronuncia della Cassazione*). Peraltro, se tale diritto non è oggi riconosciuto al convivente, un dubbio potrebbe sorgere, invece, per i *partners* di un'unione civile, in quanto il comma 20 della legge 76/2016 estende ai medesimi tutte le disposizioni contenenti la parola "coniuge", ma "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile".

<sup>89</sup> La soluzione è identica anche in questa ipotesi, ma è destinata a cambiare con certezza almeno per le unioni civili. Infatti, la disciplina del ricongiungimento familiare, legata alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini UE e dei loro familiari nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di appartenenza (di cui alla Direttiva 2004/38/CE), è regolata dal d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30 (più volte modificato), che si limita a riscrivere quasi integralmente le clausole della direttiva riguardanti le unioni civili: è escluso dalla nozione di familiare, rilevante ai fini della libera circolazione, il *partner* che abbia contratto con il cittadino europeo un'unione registrata in base alla nor-

# JUS CIVILE



per morte o lesione del convivente che provvedeva al mantenimento della famiglia, perché qui si può parlare di tutela di un'aspettativa legittima. Tuttavia, è fondamentale dettare, in queste ipotesi, una disciplina identica per tutte le convivenze.

In ogni altro caso, dev'essere lasciata all'autonomia delle parti la possibilità di regolare i loro rapporti mediante un patto di convivenza liberamente disciplinato e sottoscritto, con la previsione di diritti e doveri: modalità di contribuzione alla necessità della vita in comune; messa in comunione ordinaria dei beni acquistati a titolo oneroso anche da uno solo dei conviventi; diritti ed obblighi di natura patrimoniale a favore dei contraenti alla cessazione della convivenza; possibilità di superare il divieto di patti successori, disponendo a favore del convivente nei limiti della quota di patrimonio disponibile. Inoltre possono essere previsti diritti e doveri di assistenza, informazione e misure di carattere sanitario e penitenziario.

Da ultimo, occorre segnalare che il legislatore trascura completamente un fenomeno sempre più frequente nella realtà sociale, segnata dalle difficoltà economiche del nostro tempo e dall'aumento dell'età media della popolazione. Mi riferisco alle cosiddette “convivenze assistenziali”, dove la fonte di possibili rapporti giuridici, in assenza di previsioni normative, potrebbe essere solo un contratto atipico concluso a fini di assistenza reciproca<sup>90</sup>: alimenti, diritti successori, possibili compartecipazioni agli acquisti, indicazione del convivente quale beneficiario dei contratti di prestazioni mediche o di prestazioni assistenziali. Tuttavia, si rende necessaria una precisazione: vista la causa del contratto, sarebbe difficile ammetterne la cessazione per volontà unilaterale, senza la presenza di una giusta causa o, almeno, di un congruo periodo di preavviso<sup>91</sup>.

---

mativa di uno Stato membro, se la legislazione dello Stato membro ospitante non equipara l'unione registrata al matrimonio; il che più non avviene in Italia.

<sup>90</sup> LENTI, *op. ult. cit.*, 95 s.

<sup>91</sup> In questo senso, PALAZZO, *Matrimonio e convivenza*, in *Studi in onore di Giacobbe*, a cura di Dalla Torre, I, Milano, 2010, 709 s.



THOMAS M.J. MÖLLERS

Professor – Universität Augsburg

CHARIS NIEDORF

Assistent – Universität Augsburg

## TTIP AND INVESTMENT LAW – A WAY FORWARD?

SOMMARIO: I. Introduction. – II. What is TTIP? – 1. What exactly is TTIP? – 2. TTIP – what is new? – 3. Who are the competent bodies? a) EU; b) Ratification by EU member states; c) USA. – III. Opportunities and Risks. – 1. Opportunities: a) Supporters; b) What are the Benefits? – 2. Risks: a) Opponents; b) What are the risks? – IV. Hazards. – 1. Eroding Standards in Consumer and environmental safety: a) Scope of Application; b) Infringement; c) Justification of Restrictions; d) Principle of Proportionality. – 2. Procurement. – 3. Investment Protection, especially ISDS: a) What is arbitration and how is it designed in TTIP? b) Major Criticisms of ISDS; aa) Chill effect; bb) Lack of Transparency; c) Why is arbitration necessary? d) What are the advantages of an ISDS system? e) Are investment rules still contemporary? – V. Does TTIP still stand a chance? – TTIP light.

I – So far, negotiations on TTIP have provoked a public debate of unprecedented dimension and a lot of criticism. Newspaper articles, books, demonstrations: TTIP is omnipresent<sup>1</sup>. Meanwhile, even a European citizens' initiative was organized. The number of opponents is high, well organized and ever growing: tens of thousands have declared 'war' on TTIP<sup>2</sup>. An end is not in sight: as recently as October 2015, the media reported that there were 100.000-150.000<sup>3</sup> people demonstrating against TTIP and CETA in Berlin, organizers even speak of 250.000 participants<sup>4</sup>. Only a few days later, Norbert Lammert, the president of the German Bundestag, threatens to vote against TTIP in one of Germany's largest newspapers<sup>5</sup>. Dutch voters are now demanding a referendum on TTIP; 100.000 voters have already signed the petition for the referendum<sup>6</sup>.

The protesters' main concerns are food and environmental safety – talk about „chlorine-chicken“ and „bovine-beef“ – and the inclusion of an Investor State Dispute Settlement mecha-

<sup>1</sup> All internet sources cited as of May 24<sup>th</sup> 2016.

<sup>2</sup> [www.waronwant.org](http://www.waronwant.org); <https://stop-ttip-org>; [www.artistsagainsttip.org](http://www.artistsagainsttip.org).

<sup>3</sup> <http://ttip-demo.de/home/>; <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/150-000-bei-ttip-demo-in-berlin-ein-massenprotest-fuer-fairen-welthandel/12434602.html>.

<sup>4</sup> <http://ttip-demo.de/presse/pressemitteilungen/press-release-protest-march-stop-ttip-ceta-october-10th-2015/>.

<sup>5</sup> <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/germany-calls-more-ttip-transparency-318957>.

<sup>6</sup> Crisp, Dutch voter now demanding referendum on TTIP, Euractiv 15.4.2016, available at: <http://www.euractiv.com/section/trade-society/news/dutch-voters-now-demanding-referendum-on-ttip/>.



nism. In addition, the secrecy of the negotiation has alarmed people, especially since Brussels conducts the negotiations, as the EU and its institutions do not have the confidence of the people<sup>7</sup>.

Protest rises in the US as well: environmentalists, consumer associations and trade unions, all traditionally supporters of the Democratic Party and their President Obama, oppose the agreement, which they call “TAFTA” with reference to NAFTA and is alleged failure<sup>8</sup>. Particularly, they fear that TTIP will lower standards in medicine, increase unemployment and introduce an Investor-State-Dispute-Settlement (ISDS) that will cost the taxpayer a fortune<sup>9</sup>.

Meanwhile, the Commission has started to advertise TTIP with all means: publishing plain and simple information, giving talks about the benefits and addressing fears<sup>10</sup>. Due to public pressure, the EU now conducts negotiations on TTIP more openly and transparently than on any other international trade agreement before<sup>11</sup>. The European Commission even held a public consultation on investment protection in TTIP to which it received almost 150.000 responses, thus far the biggest consultation organized by the Commission<sup>12</sup>. The Commission also publishes TTIP documents, an unprecedented novelty in the history of international trade agreements<sup>13</sup>. Negotiations are still not as transparent as promised: Greenpeace released TTIP negotiation documents during the 13<sup>th</sup> round of negotiations.<sup>14</sup> While all parties downplay the leaks<sup>15</sup>; Malmström calls it a storm in a teacup<sup>16</sup>, they could mean the end for TTIP negotiations. The event casts serious doubts on the promised transparency. According to Greenpeace the documents reveal that TTIP “puts corporations at the center of policy making”<sup>17</sup> lowering standards in environmental protection and public health. Officials of the U.S. government call these interpretations of the texts “flat-out wrong”<sup>18</sup>.

---

<sup>7</sup> Dullien/Gracia/Janning, A Fresh Start for TTIP, ECFR 124, 02/2015, p. 6; Traynor, Crisis for Europe as trust hits record low, The Guardian 24.4.2013, available at: <http://www.theguardian.com/world/2013/apr/24/trust-eu-falls-record-low>; see also official statistics of Eurostat: <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tsdgo510&plugin=1>.

<sup>8</sup> <http://www.citizen.org/tafta>.

<sup>9</sup> See <http://www.citizen.org/tafta>.

<sup>10</sup> See for example: Commission’s homepage: [http://ec.europa.eu/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/index_de.htm).

<sup>11</sup> [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/process/index\\_de.htm#\\_transparency](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/process/index_de.htm#_transparency).

<sup>12</sup> The results of the consultation are available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153044.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153044.pdf).

<sup>13</sup> Dullien/Gracia/Janning, A Fresh Start for TTIP, ECFR 124, 02/2015, p. 7.

<sup>14</sup> All leaked documents available at: <https://ttip-leaks.org/>.

<sup>15</sup> Duran, White House downplays leak of EU trade deal papers, Washington Examiner 5.3.2016, available at: <http://www.washingtonexaminer.com/white-house-downplays-leak-of-eu-trade-deal-papers/article/2590188>.

<sup>16</sup> Johnson, Cecilia Malmström: TTIP leaks “a storm in a teacup”, The Parliament 2.5.2016, available at: <https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/news/cecilia-malmstr%C3%B6m-ttip-leaks-storm-teacup>.

<sup>17</sup> Chan, Greenpeace Leaks U.S.-E.U. Trade Deal Documents, The New York Times, 2.5.2016, available at: [http://www.nytimes.com/2016/05/03/world/europe/ttip-greenpeace-leak-trade-deal.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/05/03/world/europe/ttip-greenpeace-leak-trade-deal.html?_r=0).

<sup>18</sup> Matthew McAlvanah, assistant United States trade representative, cited in: Chan, Greenpeace Leaks U.S.-E.U.



No matter which position is “right”, these leaks will have a negative effect on the further negotiation process, and maybe they will even be the first step to the end.

The opposition was strengthened yet again by the leaks; an objective debate seems almost impossible. Goodwill and rational arguments might not change the tides towards TTIP. In fact, the parties have become even more entrenched in their positions since the European Commission has refused to register a European Citizens’ Initiative against TTIP for formal reasons<sup>19</sup>. In response, the initiators of the ECI have filed action for annulment with the European Court of Justice in November 2014<sup>20</sup>.

I would like to take a step back and try to give us the chance to see what TTIP really is all about. First, I will see who is competent to lead the negotiations and then have a look at the key actors (I). Secondly, I will identify chances and risks of the treaty (II.), followed by a closer look on two main areas of concern: environmental and health safety as well as investor’s protection. For these two aspects, I would like to focus on the expressed critic and possible solutions (III.). Finally, I will risk a glance into the future (IV.).

**II. – 1. –** The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) is a proposed bilateral trade agreement between the EU and US. Negotiations on TTIP have started in July 2013.

Furthermore, the EU negotiates two other trade agreements: CETA and TiSA.

At the end of 2014, the EU and Canada concluded the negotiations on the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)<sup>21</sup>, which is now awaiting its approval by the Council and the European Parliament<sup>22</sup>. However, CETA is more than just an economic agreement. It will serve as a benchmark and blueprint for future free trade agreements, especially TTIP<sup>23</sup>. CETA is also the first agreement to include the new investment protection system<sup>24</sup>.

The Trade in Services Agreement (TiSA) aims at liberalizing the market for services such as licensing, financial services and e-commerce<sup>25</sup>. In addition, it could and should revive the current Doha Round that is sliding into irrelevance since it has not yet come to any results after 14 years<sup>26</sup>.

---

Trade Deal Documents, The New York Times, 2.5.2016, available at: [http://www.nytimes.com/2016/05/03/world/europe/ttip-greenpeace-leak-trade-deal.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/05/03/world/europe/ttip-greenpeace-leak-trade-deal.html?_r=0).

<sup>19</sup> <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/2041>.

<sup>20</sup> Application (only in German) available at: [https://stop-ttip.org/de/wp-content/uploads/sites/4/2014/11/EuGH-Klageschrift\\_Kempen\\_EBI.pdf](https://stop-ttip.org/de/wp-content/uploads/sites/4/2014/11/EuGH-Klageschrift_Kempen_EBI.pdf).

<sup>21</sup> Consolidated CETA text: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc\\_152806.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf).

<sup>22</sup> <http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/canada/>.

<sup>23</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/december/tradoc\\_147099.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/december/tradoc_147099.pdf).

<sup>24</sup> <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1468>.

<sup>25</sup> <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/tisa/>.

<sup>26</sup> Gosh, Doha round has run its course but new trade realities demand solutions, The Guardian 4.5.2011,



At the same time, the US have negotiated a Trans-Pacific Partnership (TPP)<sup>27</sup> with 11 other countries<sup>28</sup>. A final agreement was reached in October 2015 and confirmed by a formal signing ceremony on February 4<sup>th</sup> 2016; however, Congress still has to approve the agreement within a two-year period.<sup>29</sup> This ratification is at stake, since opposition is rising and might even get stronger as elections in Canada and USA are forthcoming<sup>30</sup>.

The EU is currently negotiating a trade agreement with Mercosur<sup>31</sup>, but they seem to run aground<sup>32</sup>.

The 13th round of negotiations for TTIP in New York was finished at the end of April 2016<sup>33</sup>. Issues were market access, especially tariffs on the automotive sector, investment protection and agriculture<sup>34</sup>.

2. – TTIP would establish the world's largest free-trade area. This area would account for half of the global production, 60 % of all foreign direct investment, a third of the global trade with goods and services as well as a third of all patent application<sup>35</sup>. TTIP aims at removing tariffs, cutting red tape and reducing restrictions on investment<sup>36</sup>.

TTIP is not the first agreement between the EU and the US, which is designed to remove existing trade barriers. Both already participate in the GATT Agreement and are long-term members of the WTO. Hence, both also have experiences with international arbitration: they partici-

---

<http://www.theguardian.com/global-development/poverty-matters/2011/may/04/doha-trade-realities-demand-solutions>; Stewart, Doha is dead. Hopes for fairer global trade shouldn't die, too, The Guardian, 20.12.2015, available at: <https://www.theguardian.com/business/2015/dec/20/doha-is-dead-hopes-for-fairer-global-trade-shouldnt-die-too>.

<sup>27</sup> Full text available at: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>.

<sup>28</sup> Australia, Brunei, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, Vietnam.

<sup>29</sup> Clames, Trans-Pacific Partnership Is Reached, but Faces Scrutiny in Congress, New York Times, 5.10.2015, <http://www.nytimes.com/2015/10/06/business/trans-pacific-partnership-trade-deal-is-reached.html>; McCartin/McClure, What's Next for TPP: Will Congress Ratify in 2016?, 21.1.2016, <https://www.globalpolicywatch.com/2016/01/whats-next-for-tpp-will-congress-ratify-in-2016/>.

<sup>30</sup> Politi/Shawn, Trade: Pacts of strife, Financial Times, 10.2.2013, <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/c1254a20-8ff3-11e3-ae9-00144feab7de.html#axzz3xmK5sD6s>.

<sup>31</sup> Argentina, Brazil, Uruguay, Paraguay and Venezuela.

<sup>32</sup> Mander, Mercosur views Pacific Alliance with unease, Financial Times, 1.4.2014, <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/cc788080-ae1-11e3-a088-00144feab7de.html#axzz3yXEfT48e>; N.N., Strategic patience runs out, The Economist, 14.12.2013, <http://www.economist.com/news/americas/21591629-last-brazil-keen-trade-deal-strategic-patience-runs-out>.

<sup>33</sup> All related documents available at: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/>.

<sup>34</sup> Report are not available yet, but see statement by Bercero, EU Chief Negotiator for TTIP: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/april/tradoc\\_154480.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/april/tradoc_154480.pdf).

<sup>35</sup> All numbers from: publication of the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, Germany: Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) zwischen der EU und den USA, p. 11 (only in German), available at: <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/transatlantische-handels-und-investitionspartnerschaft-ttip,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

<sup>36</sup> <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/questions-and-answers/>.



pate in the multilateral system Dispute Settlement of Understanding (DSU) since 1995 and even longer in Investor-State Dispute Settlement according to the ICSID-Convention (International Centre for Settlement of Investment Disputes)<sup>37</sup>.

Through the creation of an Internal Market, the EU itself has many experiences with removing barriers to trade and abolishing tariffs.

Since 1959, Germany alone has ratified 138 bilateral Investment Agreements<sup>38</sup>. Investment- and Free Trade Agreements are an established and vital part of German and European foreign and economic policy.

The dimensions of the agreement, however, are new: the parties generate almost half of the global economic growth – every day the trade partners exchange services worth 1.6 billion Euro.<sup>39</sup> New is also the scope of the agreement: it applies to all sectors and fields of business unless they are expressly left out<sup>40</sup>.

**3. – a)** The European Commission conducts negotiations for international agreements with third countries under the provision of art. 207 (3) TFEU read in conjunction with art. 218 (3) und (4) TEUF. The Commission makes recommendations to the Council, which then authorizes the Commission to open the necessary negotiations Art. 207 (4) TFEU. The Council adopted the directive for negotiation unanimously on June 17<sup>th</sup> 2013<sup>41</sup>. The Council may sign an agreement only after obtaining the consent of the European Parliament, art. 218 (6) 2 lit. a TFEUV.

On July 8<sup>th</sup> 2015, the European Parliament adopted a resolution on TTIP, while stressing the importance of such an agreement also urging the Commission to review the section on arbitration<sup>42</sup>.

**b)** It is crucial to determine whether TTIP is a bilateral agreement according to Art. 207 TFEU or a mixed agreement: bilateral agreements must only be ratified by the EU itself whereas mixed, multinational agreements need to be ratified by all 28 member states. An international agreement classifies as a mixed agreement where it regulates issues for which the Union and the

---

<sup>37</sup> The US ratified the convention in 1966; Germany, as well as all other EU Member states, followed in 1969; <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>.

<sup>38</sup> <https://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Investitionsschutz/investitionsschutzvertraege.html>; 131 of these agreements have entered into force thus far.

<sup>39</sup> *N.N.*, What You Need to Know about TTIP, publication of the European American chamber of Commerce, available at: <http://www.eaccny.com/international-business-resources/what-you-need-to-know-about-ttip/>.

<sup>40</sup> *N.N.*, What You Need to Know about TTIP, publication of the European American chamber of Commerce, available at: <http://www.eaccny.com/international-business-resources/what-you-need-to-know-about-ttip/>.

<sup>41</sup> EU-Dok.-Nr. 7399/13 LIMITE u. 7398/13 LIMITE; Directives for the negotiation on the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States of America 11103/13 DCL1, available at: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11103-2013-DCL-1/en/pdf>.

<sup>42</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//EN>.



member states share competences, art. 4 TFEU. The Union and the member states share competence especially in the field of common commercial policy, art. 207 TFEU. The nature of the agreement depends on the overall objective as well as the dominating elements<sup>43</sup>. Furthermore, the mandate given by the member states and their objective of the negotiations are crucial, art. 207(3) read in conjunction with art. 218 (3) and (4) TFEU. If the member states explicitly want the agreement to be negotiated as a mixed agreement, this intention determines the nature of the agreement. They may even express this intention subsequently<sup>44</sup>.

Germany and the European Union both want to negotiate TTIP as a mixed agreement<sup>45</sup>.

c) In the US, the President has the authority under the Constitution to negotiate international agreements. Since international agreements typically require an implementing bill, Congress has to approve the agreement. Congress has granted the President „fast-track authority“ for TTIP<sup>46</sup>. “Fast track“ enables the President to negotiate trade agreements with other countries without a further approval by Congress<sup>47</sup>. Congress grants the “fast track mandate” or trade promotion authority (TPA) for a certain time and a defined scope of negotiations. The current TPA (TPA-2015) makes the procedure available until July 1<sup>st</sup> 2021, provided that an extension disapproval resolution will not have been introduced and passed by either chamber by July 1<sup>st</sup> 2018 (*Extension disapproval*)<sup>48</sup>.

TPA is not only a mandate for the negotiation but also changes the congressional procedure<sup>49</sup>:

The bill is introduced to House and Congress at the same time; debates and committee work is limited. Finally, House and Congress can only approve or disapprove but not amend or filibuster<sup>50</sup> the agreement<sup>51</sup>. Congress may withdraw a granted *trade promotion authority* in case information and consultations obligations are violated<sup>52</sup>.

---

<sup>43</sup> ECJ Case C-268/94 (Portugal/Council), para 35 et seq.; ECJ Opinion 2/00 of 6.12.2001 (Cartagena), para 20 et seq.

<sup>44</sup> Rathke, Fragen zur Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten sowie zur Ratifikation des Abkommens über eine Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP), Ausarbeitung PE6-3000-49/1, p. 11. (only in German).

<sup>45</sup> <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2014/EN/3-2014-7557-EN-F1-1.Pdf>.

<sup>46</sup> <http://www.newsweek.com/congress-votes-fast-tracking-controversial-tpp-trade-bill-342477>.

<sup>47</sup> See in detail: Fergusson, Trade Promotion Authority (TPA) and the Role of Congress in Trade Policy, June 15, 2015, available at: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33743.pdf>.

<sup>48</sup> Fergusson, Trade Promotion Authority (TPA) and the Role of Congress in Trade Policy, June 15, 2015, available at: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33743.pdf>.

<sup>49</sup> See in detail: Fergusson, Trade Promotion Authority (TPA) and the Role of Congress in Trade Policy, June 15, 2015, available at: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33743.pdf>.

<sup>50</sup> A filibuster is a parliamentary procedure where debate over a proposed piece of legislation is extended, allowing one or more members to delay or entirely prevent a vote on the proposal.

<sup>51</sup> Fergusson, Trade Promotion Authority (TPA) and the Role of Congress in Trade Policy, 15.06.2015, p. 10 et seq., <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33743.pdf>.

<sup>52</sup> Fergusson, Trade Promotion Authority (TPA) and the Role of Congress in Trade Policy, 15.06.2015, p. 14, <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33743.pdf>.



**III – 1.** Depending on the point of view, TTIP is considered either a great opportunity or a major risk. The debate so far is confusing. Every side produces and cites studies supporting their opinion.

**a)** The German economy, e.g. the automotive<sup>53</sup> Federation of German Industries (BDI)<sup>54</sup>, are amongst the strongest advocates of the agreement. The German government is also in favor of TTIP<sup>55</sup>.

**b)** The supporters focus on three benefits. Above all, they emphasize the expected economic growth TTIP will provide for all participating states. TTIP will abolish tariffs, quotas and other trade barriers<sup>56</sup>. It will also level product standards and safety regulations, thus helping companies to save costs<sup>57</sup>. Former EU Trade Commissioner *Karel de Gucht* promised an enormous growth spurt of 120 billion Euro and the creation of one million new jobs<sup>58</sup>. These numbers seem a little overoptimistic; other sources speak of an increase of the European GDP of 0.5 % or 0.1%, depending on the scope of the agreement<sup>59</sup>.

The aim is to reduce trade barriers and give more power to the market, which according to the theory of Adam Smith automatically with an “invisible hand” regulates the supply of goods<sup>60</sup>. The elimination of customs duties alone may save companies billions<sup>61</sup>. While the av-

---

<sup>53</sup> <http://www.acea.be/industry-topics/tag/category/usa>.

<sup>54</sup> <http://bdi.eu/english/TTIP.htm>.

<sup>55</sup> <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/german-government-hits-back-after-ttip-demo-318464>; see in detail: Die Bundesregierung, Freier Handel- gut für alle, available at: [http://www.bundesregierung.de/Content/Infomaterial/BPA/Bestellservice/Freier\\_Handel\\_gut\\_fuer\\_alle\\_TTIP.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](http://www.bundesregierung.de/Content/Infomaterial/BPA/Bestellservice/Freier_Handel_gut_fuer_alle_TTIP.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

<sup>56</sup> See study of the Ifo Institute from January 2013: „Dimensions and Effects of a Transatlantic Free Trade Agreement Between the EU and US“, available at: <http://www.bmwi.de/EN/Service/publications,did=554970.html>; this study was widely criticized for its methodology and is based on assumptions that are judged as “clearly unrealistic”, *Dullien/Gracia/Janning*, A Fresh Start for TTIP, ECFR 124, 02/2015, p. 1, 2.

<sup>57</sup> See study of the Ifo Institute from January 2013: „Dimensions and Effects of a Transatlantic Free Trade Agreement Between the EU and US“, available at <http://www.bmwi.de/EN/Service/publications,did=554970.html>; this study was widely criticized for its methodology and is based on assumptions that are judged as “clearly unrealistic”, *Dullien/Gracia/Janning*, A Fresh Start for TTIP, ECFR 124, 02/2015, p. 1, 2.

<sup>58</sup> *de Gucht* at “The Future of Transatlantic Trade Conference of Washington Post and European Voice in Paris”, 10.4.2014, Speech/14/314, available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/april/tradoc\\_152343.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/april/tradoc_152343.pdf).

<sup>59</sup> *Dullien/Gracia/Janning*, A Fresh Start for TTIP, ECFR 124, 02/2015, p. FN. 2, citing studies by the French CEPII institute and the British CEPR Institute. See also <https://www.ceps.eu/system/files/No%2093%20Appraisal%20of%201A%20on%20TTIP.pdf>.

<sup>60</sup> <http://economictimes.indiatimes.com/definition/invisible-hand>.

<sup>61</sup> European Commission of Trade, “Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment – An Economic Assessment“, Final Project Report, March 2103, Prepared under implementing Framework Contract TRADE10/A2/A16, available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc\\_150737.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/march/tradoc_150737.pdf); TTIP only concerns tariffs not taxes which may also protect national markets and can be an obstacle for free trade; within the EU such taxes are not allowed, Art. 110 et seqq. TFEU.



erage tariff rate now is only 4%, it may be as high as 25%<sup>62</sup>. In 2013, Companies in the US and the EU have paid 3.5 billion Euro tariffs on trade with industry products alone<sup>63</sup>. However, tariffs are not the only impediment of free trade but the customs procedure itself also costs time and money. The elimination of custom duties as such would simplify matters. Same technical standards and mutual recognition would help all exporting companies<sup>64</sup>.

Companies as well as consumers would profit from the abolition of tariffs and other trade barriers: lower costs for companies ideally lead to lower prices. Furthermore, easier market access increases competition among market participants, resulting in a broader choice of products and again lower prices.

Through TTIP, the US and the EU can set standards and rules, which may also be binding for third countries, exporting into the free trade area<sup>65</sup>.

Moreover, TTIP serves as a blueprint for all future free trade agreements and helps to position the US and EU as an economic counterpart for an increasingly strong Asia<sup>66</sup>.

**2. – a)** The list of opponents is long, diverse and well organized. It includes political parties (Grüne and SPD), numerous NGOs (ranging from Attac and Campact to BUND), as well as churches<sup>67</sup> and even companies<sup>68</sup>. *Thilo Bode*, founder of the consumer protection group “foodwatch”, has become an unofficial spokesperson of the protest with his bestselling book on TTIP (*Die Freihandelslüge*<sup>69</sup>).

The European Citizens Initiative „Stop TTIP“, an alliance of more than 500 European organizations, has failed to be registered by the European Commission<sup>70</sup>. Nevertheless, the ECI has collected more than 3 million signatures during the official one-year period, exceeding the minimum quorum of one million by far<sup>71</sup>. Furthermore, the initiators of the ECI have filed action

---

<sup>62</sup> *European Commission of Trade*, Impact Assessment Report on the future of EU-US trade relations, Com 2013 136final, p. 17.

<sup>63</sup> *Kafsack*, Die Vorteile von TTIP, FAZ v. 15.7.2015, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/die-vorteile-vom-freihandelsabkommen-ttip-13699199.html>.

<sup>64</sup> *Dulliens/Garcia/Janning*, A Fresh Start for TTIP, ECFR 124, 02/2015, p. 6.

<sup>65</sup> Interview with MEP *Daniel Caspary* 13.5.2015, available at: <http://www.eppgroup.eu/news/TTIP%3A-setting-common-standards-can-raise-overall-standards-and-speed-up-EU-US-trade>.

<sup>66</sup> *N.N.*, The TTIP of the spear, *The Economist*, 17.10.2015, available at: <http://www.economist.com/news/europe/21674772-selling-europes-trade-agreement-america-strategic-has-problems-ttip-spear>.

<sup>67</sup> Kardinal *Reinhard Marx* in Focus, 17.5.2014, available at [http://www.focus.de/finanzen/news/wirtschaftsticker/kardinal-marx-bei-freihandelsabkommen-die-armen-nicht-vergessen\\_id\\_3851628.html](http://www.focus.de/finanzen/news/wirtschaftsticker/kardinal-marx-bei-freihandelsabkommen-die-armen-nicht-vergessen_id_3851628.html).

<sup>68</sup> *Tost*, SME want a TTIP rethink, 25.11.2015, available at: <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/smes-want-ttip-rethink-319822>.

<sup>69</sup> In English: *The Free-Trade-Lie*.

<sup>70</sup> Available at: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/2041>.

<sup>71</sup> Minimum number of signatories required: 1 Million; end result for the self-organized European Citizens' Initiative available at: [https://stop-ttip.org/?noredirect=en\\_GB](https://stop-ttip.org/?noredirect=en_GB).



for annulment with the European Court of Justice in November 2014<sup>72</sup>. The Commission rejected the registration of the ECI for formal reasons. They claim that the negotiating mandates are not legal acts but only preparatory and thus do not fall within the scope of the Regulation on the Citizen's Initiative<sup>73</sup>. According to Art. 11 (4) TFEU a citizens initiative may concern "matters where citizens consider that a legal act of the Union is required for the purpose of implementing the Treaties". In the case of international agreements these legal acts are the Councils decision on signature and conclusion of the treaty. The commission argues that consequently preparatory Council decisions do not fall within the scope of this regulations.<sup>74</sup> The initiators believe that this argument does not hold legal scrutiny.

The longer the protests last the more consent declines within the whole population: at the beginning of 2014, 55% of Germans were in favor of TTIP. Meanwhile, only 42% of the German population support the agreement whereas 36% are explicitly against the treaty<sup>75</sup>.

**b)** Opponents particularly fear special privileges for multinational companies, enabling them to sue governments in a network of tribunals for billions of dollars<sup>76</sup>. TTIP could also be used to lower consumer, employee and environmental protection standards. These fears are the same on both sides of the Atlantic Ocean: Europeans are afraid of genetically modified foods and obsessed with "chlorine-chicken"; Americans fear eroding standards in hygiene and inevitable lax drug approval<sup>77</sup>. Negotiations were thus far conducted in secret, public representatives have only limited access to relevant documents.

Even members of the competent committees get information only with delay and under restrictions<sup>78</sup>. Until today, members of the German Bundestag do not have access to the consolidated texts of the agreement<sup>79</sup>. Just recently, Norbert Lammert, the president of the German Bundestag threatens to vote against TTIP in one of Germany's largest newspapers<sup>80</sup> if a proper

---

<sup>72</sup> Text of the complaint (only in German) <https://stop-ttip.org/de/klage-vor-dem-eugh/>; Legal opinion available at: <https://stop-ttip.org/lawsuit-ecj/>.

<sup>73</sup> Available at: <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/2041>.

<sup>74</sup> <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered/details/2041>.

<sup>75</sup> Pew Research 4.5.2015, available at: <http://www.pewglobal.org/2015/05/07/germany-and-the-united-states-reliable-allies/u-s-germany-relations-06/>.

<sup>76</sup> Instead of many sources: Eberhardt/Olivet, Profiting from injustice – How law firms, arbitrators and financiers are fueling an investment arbitration boom, available at: <https://www.tni.org/en/briefing/profitting-injustice>.

<sup>77</sup> Dulliens/Garcia/Janning, A Fresh Start for TTIP, ECFR 124, 02/2015, p. 6.

<sup>78</sup> Giegold, The promised 'transparency' around TTIP has been a sham, The Guardian, 31.8.2015, <http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/aug/31/transparency-ttip-documents-big-business>.

<sup>79</sup> N.N., German frustration builds over TTIP secrecy from US, Deutsche Welle 31.10.2015, available at: <http://www.dw.com/en/german-frustration-builds-over-ttip-secrecy-from-us/a-18819097>.

<sup>80</sup> N.N., Bundestag president Lammert demands TTIP transparency, Deutsche Welle 28.10.2015, available at: <http://www.dw.com/en/bundestag-president-lammert-demands-ttip-transparency/a-18809494>.

# JUS CIVILE



participation of the Bundestag is not guaranteed<sup>81</sup>. There is an urgent need for more transparency, emphasizes President of the EU Commission, Jean-Claude Juncker: all relevant documents, including the results of the negotiation, must be available to all governments and parliaments<sup>82</sup>. Especially if TTIP is a mixed agreement, easy access to documents is absolutely necessary<sup>83</sup>. Karel de Gucht wants the ECJ to finally determine the question whether TTIP is a mixed agreement<sup>84</sup>.

**IV – 1. –** Opponents fear the threat TTIP poses to consumer protection, employee rights and environmental safety<sup>85</sup>. Europeans and Americans would both profit from a high common level of protection. Such common level could not only be ensured in trade between the members of the agreement but also in trade with third countries exporting into the free trade area. However, the process of agreeing on common standards could lead to a race to the bottom. It will be difficult to agree on such a common standard since the approach of the EU and US is fundamentally different: the EU policymaking is based on the precautionary principle whereas the US chooses the risk approach. Besides, the agreement codifies the current standards, possibly making it difficult to raise standards in the future. Technically, every protection clause interferes with free trade. This interference can, however, be justified. European and WTO law examines an interference in four steps, assessing whether or not it was justified and weighs the affected interests.

**a)** TTIP regulates the trade of goods between the EU and the USA (a separate agreement (TiSA) regulates the trade in services). Primarily, TTIP allows free trade with goods between the two trade areas. Therefore, there should be no obstacles such as tariffs or other non-tariff trade barriers. Non-tariff trade barriers are, for example, double authorization procedures or various security regulations, such as different colors for turn signals (orange in Europe, red in the US)<sup>86</sup>.

---

<sup>81</sup> *N.N.*, Bundestag president Lammert demands TTIP transparency, Deutsche Welle 28.10.2015, available at: <http://www.dw.com/en/bundestag-president-lammert-demands-ttip-transparency/a-18809494>.

<sup>82</sup> *N.N.*, Germany calls for more TTIP transparency, 28.10.2015, available at: <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/germany-calls-more-ttip-transparency-318957>.

<sup>83</sup> This opinion is shared by the European Parliament: Resolution of 8<sup>th</sup> July 2015 containing the European Parliament's recommendations to the European Commission on the negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 2014/2228(INI), available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0252+0+DOC+XML+V0//EN>.

<sup>84</sup> *Fox*, EU-US trade deal must have national approval, says MPs, EU Observer 2.7.2014, available at: <https://euobserver.com/institutional/124833>.

<sup>85</sup> For a summary of concerns see: [https://stop-ttip.org/what-is-the-problem-ttip-ceta/?noredirect=en\\_GB](https://stop-ttip.org/what-is-the-problem-ttip-ceta/?noredirect=en_GB).

<sup>86</sup> Definition: UNCTAD, Non-Tariff Measures to trade, Economic and Policy Issues for Developing Countries, p. 1, available at: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditctab20121\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditctab20121_en.pdf); List of non-tariff barriers to trade, see *Herdegen*, Principles of International economic law, p. 54.

# JUS CIVILE



Governments can no longer protect domestic products by making foreign products more expensive due to tariffs<sup>87</sup>. Particularly, strong companies may profit from the elimination of tariffs. While, for example, German automotive industries gain easier access to the American market<sup>88</sup>, other industries, such as Rumanian textile companies, which are not as well prepared to face more competition, will most likely get under enormous pressure by strong American competitors<sup>89</sup>.

**b)** Free trade of goods cannot be granted without restriction. The state may set restrictions on the import of certain goods, which pose a risk to health, the environment or other sensitive goods<sup>90</sup>. There are different possible measures for restrictions, such as import bans, statutory thresholds, declarations, proof of harmlessness, just to mention a few<sup>91</sup>.

**c)** It is possible and necessary to restrict free trade for legitimate reasons. Amongst others, these typically are health and environmental safety as well as consumer protection<sup>92</sup>. In practice, however, it is difficult to define the scope of the “legitimate reasons”. The assessment of a risk of health is different in every country and even scientist can rarely agree. For example, Americans do not see any danger in „chlorine chicken“, but are concerned about routinely giving chicken antibiotics as a prophylactic, and vice versa<sup>93</sup>.

**d)** In many cases, a restriction of free trade is justified for one of the above-mentioned reasons. However, not every reason justifies the specific restriction. Conflicting and competing interests have to be reconciled. Some conflicts can be solved beforehand through adequate and foresighted legislation: countries could either mutually recognize their standards or harmonize their different requirements. However, it is impossible to foresee and solve all possible future conflicts. For those we need provisions, which guarantee a fair and clear court ruling.

**2.** – New obstacle in the negotiation is the Buy American Act and America’s refusal to make an exemption for TTIP. The U.S. have made exemption from the Buy American Clause for ex-

---

<sup>87</sup> *Morrissey/Graves*, International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases and Commentary, 2008, p. 14.

<sup>88</sup> *Dullien/Gracia/Janning*, A Fresh Start for TTIP, ECFR 124, 02/2015, p. 3.

<sup>89</sup> *Dullien/Gracia/Janning*, A Fresh Start for TTIP, ECFR 124, 02/2015, p. 3.

<sup>90</sup> Art. 36 TFEU lists all legal restrictions of the principle of free movement of goods (Art. 34 TFEU).

<sup>91</sup> *Haedicke*, US Imports, TRIPs and Section 337 of the Tariff Act, IIC 2000, p. 772 et seq.

<sup>92</sup> See Art. 36 TFEU.

<sup>93</sup> *Sarmadi*, Nothing wrong with chlorine-washed chicken, say German backers of TTIP, EurActiv 19.9.2014, available at: <http://www.euractiv.com/sections/trade-industry/nothing-wrong-chlorine-washed-chicken-say-german-backers-ttip-308564>.



ample for Mexico and Canada under Nafta<sup>94-95</sup>. These exemptions, however, only apply for most federal government entities but not for state or provincial entities<sup>96</sup>.

The Buy American Act (BAA) was enacted in 1933 in the wake of the Great Depression. It directed federal governments to use only domestic materials and products in federal supply, service and construction contracts<sup>97</sup>. The BAA does not prohibit the government from purchasing foreign material but must give competitive preference to domestic materials by raising the price of all foreign bids by a certain percentage (between 2 and 60%). The States followed the federal legislation and enacted their own Buy American/Buy Local laws some of which even completely prohibit state agencies from buying foreign goods<sup>98</sup>.

Procurement is a giant market: \$1,876.3 billion were spent in 2014<sup>99</sup>, which amounts to 11% of the total U.S. economy<sup>100</sup>. Gabriel, who is also Germany's deputy chancellor, said: "If the Americans hold fast to this position, we don't need the free trade treaty. And TTIP will fail"<sup>101</sup>.

**3. – a)** When the protest against TTIP first started, it concentrated on the regulations on consumer protection. During the last year, the focus has shifted toward investment protection, especially arbitration. Upon requests of the European Commission and some member states TTIP includes sections on investment protection. Investment rules provide foreign investors protection against discrimination and uncompensated expropriation of property in foreign countries, plus secures the right to transfer capital there<sup>102</sup>. In this context, citizens fear most that arbitration will take place behind closed doors and result in rulings that cannot be revised by an ordinary court

Arbitration provides investors with the possibility to seek protection from government measures. Investment rules have a long tradition in international investment agreements and usually follow the Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Na-

---

<sup>94</sup> But NAFTA Chapter 10, covering government procurement only applies to federal purchase at a minimum price of \$ 50.000 for goods and services and \$6.5 million for construction projects; for further information see *Turi*, 35 Can.-U.S.L.J. 237.

<sup>95</sup> *Eyester*, 31 Pub.Cont.L.J. 695, 719.

<sup>96</sup> *Turi*, 35 Can.-U.S.L.J. 237, 243.

<sup>97</sup> *Lockhart*, 185 A.L.R. Fed. 253.

<sup>98</sup> *Blageff*, 1 Legal Aspects of Intl. Sourcing § 16:26.

<sup>99</sup> National and subnational combined in 2014; Numbers from the Office of Management and Budget, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/02/weodata/weoselgr.aspx>.

<sup>100</sup> [http://www.oecd-ilibrary.org/sites/gov\\_glance-2011-en/09/01/index.html;jsessionid=7e2df3fur6bf.x-oecd-live-02?contentType=/ns/StatisticalPublication,/ns/Chapter&itemId=/content/chapter/gov\\_glance-2011-46-en&containerItemId=%2Fcontent%2Fchapter%2Fgov\\_glance-2011-46-en&accessItemIds=&mimeType=text/html&\\_csp\\_=77d8514adeb98ac7256ce46e50922e20](http://www.oecd-ilibrary.org/sites/gov_glance-2011-en/09/01/index.html;jsessionid=7e2df3fur6bf.x-oecd-live-02?contentType=/ns/StatisticalPublication,/ns/Chapter&itemId=/content/chapter/gov_glance-2011-46-en&containerItemId=%2Fcontent%2Fchapter%2Fgov_glance-2011-46-en&accessItemIds=&mimeType=text/html&_csp_=77d8514adeb98ac7256ce46e50922e20).

<sup>101</sup> Interview with *Sigmar Gabriel*, published in *Handelsblatt*, 25.4.2016, p.1-5.

<sup>102</sup> <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-state-dispute-settlement-ids>.



tionals of other States called ICSID. Consequently, the EU first proposed a procedure heavily based on the ICSID-Convention<sup>103</sup>: A panel of three arbitrators, agreed upon by the parties, should render a ruling<sup>104</sup>. These rulings should not be subject to appeal. The hearing should be public, and third parties were allowed to participate as so-called *amicus curiae* unless the parties agreed otherwise<sup>105</sup>.

In reaction to continuous critique and as a result of the public consultation, the Commission has presented a new proposal on ISDS in September 2016. The core of the new proposal is a two-tier legal system that includes an appellate mechanism<sup>106</sup>. Judges shall be nominated permanently, serving a once renewable six year term<sup>107</sup>. For each case, three judges (forming the so-called “Tribunal”) are appointed on a rotation basis, thus ensuring that the composition is random and unpredictable<sup>108</sup>. Moreover, the Tribunal may not award punitive damages<sup>109</sup>. The proposal also clarifies that nothing limits a state’s right to regulate<sup>110</sup> within its territory to achieve legitimate policy objectives such as environmental or consumer protection. Furthermore, the UNCITRAL Transparency Rules apply to disputes under the proposal<sup>111</sup> whose effect, in essence, is that all submissions, starting with the registration, will be available on-line, hearings will be open to the public, and *amicus curiae* participation may not be excluded.

The new proposal deals with many of the important criticisms. The reform was more than welcome and considered a milestone in the history of investment rules, gaining praise from Liberals, Conservatives, and German Industries (BDI)<sup>112</sup>. Critics have not fallen silent though<sup>113</sup>. The proposed rules still do not prohibit judges to serve as lawyers in other ISDS-proceedings. In

---

<sup>103</sup> See [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153032.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153032.pdf).

<sup>104</sup> See [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153032.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153032.pdf).

<sup>105</sup> See [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153032.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153032.pdf).

<sup>106</sup> [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf).

<sup>107</sup> Chapter II Section 3 Art. 9 par. 5 Commission Draft text TTIP, available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf).

<sup>108</sup> Chapter II Section 3 Art. 9 par. 7 Commission Draft text TTIP, available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf).

<sup>109</sup> Chapter II Section 3 Art. 28 par. 3 Commission Draft text TTIP, available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf).

<sup>110</sup> Chapter II Section 2 Art. 2 par. 1 Commission Draft text TTIP, available at [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf).

<sup>111</sup> Chapter II Section 3 Art. 18 Commission Draft text TTIP, available at: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc\\_153807.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/september/tradoc_153807.pdf).

<sup>112</sup> *Malmström*, Proposing an Investment Court System, European Commission Blog Post, 16.9.2015, available at: [https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system\\_en](https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en).

<sup>113</sup> See for a constitutional perspective: *Schill*, The Proposed TTIP Tribunal and the Court of Justice: What Limits to Investor-State dispute Settlement under EU Constitutional Law, 29.9.2015, available at: <http://verfassungsblog.de/en/the-proposed-ttip-tribunal-and-the-court-of-justice-what-limits-to-investor-state-dispute-settlement-under-eu-constitutional-law/>.



addition, judges do not get paid a regular salary thus endangering their independence<sup>114</sup>. Furthermore, the proposal does not include a subsidiary clause, i.e. the requirement for foreign investors to exhaust all reasonably available domestic remedies<sup>115</sup>. Despite all reforms, ISDS remains a parallel legal system, favoring foreign investors over local companies<sup>116</sup>. US Undersecretary for International Trade at the Commerce Department, *Stefan Selig*, noted that Investor-State Dispute Settlement mechanisms already exist in international trade agreements and that the US rejects Europe's proposal to create an international investment court<sup>117</sup>.

**b)** There is a long list of criticisms against ISDS, which needs a further examination<sup>118</sup>. Above all, critics see ISDS as a way for investors to sue government outside the ordinary legal proceedings. Foreign investors are thereby possibly better-protected than local companies. High damages awarded by arbitral panels could have an impact on the government's ability to regulate, preventing higher standards in environmental safety or consumer protection from the start (Chill effect<sup>119</sup>). Since the proceedings not only lack in transparency but are also incontestable, they are even referred to as secret jurisdiction. Arbitration also raises suspicion since it is a very profitable industry for a small group of well-paid advocates<sup>120</sup>. Discussing all points thoroughly goes beyond the scope of this article. Therefore, I would like to focus on the two, in my view, most important points of critics.

**aa)** Critics fear the so-called regulatory chill of ISDS. The notion of Regulatory Chill suggests that investment arbitration – as an institution and by its mere existence – may influence the course of policy development. Legislators may refrain from raising standards to avoid possible damage claims by disappointed investors<sup>121</sup>. A very vivid example for a possible chill effect is

---

<sup>114</sup> *van Harten*, A Parade of Reforms: The European Commission's Latest Proposal for ISDS, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 21/2015, p. 7, available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2603077](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2603077).

<sup>115</sup> *van Harten*, A Parade of Reforms: The European Commission's Latest Proposal for ISDS, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 21/2015, p. 7, available at: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2603077](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2603077).

<sup>116</sup> *Malmström*, Proposing an Investment Court System, European Commission Blog Post, 16.9.2015, available at: [https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system\\_en](https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/malmstrom/blog/proposing-investment-court-system_en).

<sup>117</sup> <http://canadians.org/blog/us-rejects-malmstroms-proposals-amend-isds-ttip>; <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/us-rejects-eu-proposal-investment-court-insists%20-on-retaining-isds-314501>.

<sup>118</sup> See overview at [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc\\_153032.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/january/tradoc_153032.pdf).

<sup>119</sup> *Salazar*, NAFTA Chapter 11, Regulatory Expropriation, and Domestic Counter-Advertising Law, 27 *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 31.

<sup>120</sup> *Provost/Kennart*, The obscure legal system that lets corporations sue countries, *The Guardian* 10.6.2015, available at: <http://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>.

<sup>121</sup> See Study for Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, *The*



the case Vattenfall I, Hamburg Moorburg<sup>122</sup>. Vattenfall applied for a license to build and run a coal-fired power plant. The competent authorities granted a preliminary approval. One year later, they granted the final approval with restrictions on the supply and backflow of cooling water<sup>123</sup>. Vattenfall filed a suit, claiming that these restrictions violate fair and equitable treatment (FET) and thus are an indirect expropriation<sup>124</sup>. The proceeding led to a settlement not accessible to the public. However, as a result the competent authorities granted Vattenfall a new approval with lesser restrictions<sup>125</sup>. It can be assumed, that after the ICSID proceedings, the competent authorities are more willing to waive certain restrictions<sup>126</sup>, even though there is no way to prove this assumption<sup>127-128</sup>.

**bb)** Arbitrational courts are, from the critic's point of view, some sort of secret courts. Nobody has any reliable information on the actual caseloads, the names of the deciding judges are kept a secret and proceedings take place in camera. All this is true, but it is done for good reasons. Proceedings in camera give the parties the possibility to overcome political differences and solve the conflict unemotionally. Sensibly used, these general conditions provide the opportunity for a both practical and diplomatic solution<sup>129</sup>. Most proceedings have indeed explosive political power; just think of Vattenfall II (phasing out nuclear energy<sup>130</sup>), making sober ap-

---

Netherlands, The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, MINBUZA-2014.78850, available at <https://www.rijksoverheid.nl/>.

<sup>122</sup> ICSID case number ARB/09/6.

<sup>123</sup> ICSID case number ARB/09/6.

<sup>124</sup> ICSID case number ARB/09/6.

<sup>125</sup> In this case a settlement reached in the national court was affirmed by the arbitration panel and thus "protected" against appeal, *Provost/Kennart*, The obscure legal system that lets corporations sue countries, The Guardian 10.6.2015, available at: <http://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>.

<sup>126</sup> *Provost/Kennart*, The obscure legal system that lets corporations sue countries, The Guardian 10.6.2015, available at: <http://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>.

<sup>127</sup> This is a general problem concerning the chill effect, see in depth: Study for Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands, The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership, MINBUZA-2014.78850, p. 40 ff., available at <https://www.rijksoverheid.nl/>.

<sup>128</sup> This Settlement, however, violates EU environmental law, says the European Commission and now sues Germany for infringement, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4669\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4669_en.htm); in detail (only in German) *Pinzler*, *Verrückt, verrückter, Moorburg*, Die Zeit 2.4.2015, available at: <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-04/private-schiedsgerichte-verfahren-ttip-deutschland-europa-aerger>.

<sup>129</sup> *Puig*, *Emergence & Dynamism in International Organizations: ICSID, Investor-State Arbitration & International Investment Law*, 44 GJIL 531, 547 (2013); *Shihata*, *The Settlement of Disputes Regarding Foreign Investment: The Role of the World Bank, With Particular Reference to ICSID and MIGA*, 1 AUILLR 97, 114 (1986).

<sup>130</sup> Vattenfall filed the case under the Energy Charta in May 2012 (ICSID Case No. Arb/12/12), it is still pending, see: <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=ARB/12/12#>; Vattenfall demands a compensation of about € 4.7 billion, <http://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-II-leaving-german-public-dark-en.pdf>.



proach and ruling difficult. On the other hand, claims asserted before an arbitral court often comprise enormously high damages which are technically paid by taxpayer money. Quite understandable, they have a legitimate interest in knowing why these damages were awarded and thus demand public trials.

As legitimate as these criticisms are on arbitration in general, they are partly outdated for investment protection under TTIP. The new Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (UNCITRAL-Transparency Rules) apply to all investor state arbitration concluded after April 1<sup>st</sup> 2014, unless the parties agreed otherwise (opt-out)<sup>131</sup>.

The Commission's first draft for implementing arbitration in TTIP, however, limited public participation to a minimum. The parties could even agree on excluding third parties who want to participate as *Amicus Curiae*.

c) In this context, the question arises, why the negotiating parties deem it necessary to include a special legal remedy for foreign investors in the agreement. The German Government stated that it does not see a need for investment protection rules in the relations with the USA<sup>132</sup>. Legal protection by national law and courts is adequate and sufficient, German politicians say<sup>133</sup>. However, the EU Commission and some countries urge to include rules on investment protection in TTIP. The USA share the German opinion but nevertheless want to include investment rules as a blueprint for future agreements. If once waived, it might be harder to insist on investment rules in future treaties with other countries where the US consider them necessary, especially in those with China<sup>134</sup>.

The purpose of supranational arbitral tribunals is to provide an impartial legal remedy for foreign investors. International arbitration procedures are part of over 3.000 agreements worldwide<sup>135</sup> and are also used to resolve conflicts under WTO-law.

d) There are two main arguments for a separate investment court system: time and expertise.

Investment protection cases are usually complex cases with economic background. Judges in ordinary courts usually lack knowledge to understand highly complex subject matters, especially those concerning economic facts. German judges, for instance, are trained to decide all disputes under civil law but lack a specialization. Judges appointed to arbitral panels are specialized on commercial law and have profound knowledge and experiences in this field thus guaranteeing a fast and proper ruling.

---

<sup>131</sup> Art.1 (1) UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration.

<sup>132</sup> <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Freihandelsabkommen/TTIP/was-ist-ttip.html>.

<sup>133</sup> <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Freihandelsabkommen/TTIP/was-ist-ttip.html>.

<sup>134</sup> See Statement by Commissioner *Karel de Gucht* on TTIP at The European Parliament Plenary debate in Strasbourg on 15.7.2014, available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-14-549\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-549_en.htm).

<sup>135</sup> <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/fact-sheets/2015/march/investor-state-dispute-settlement-ids>.



Proceedings in complex cases with economic backgrounds take very long. Exemplary for excessively long proceeding is the case of German Telekom. Here the court has to decide whether the company published a wrongful prospectus when first going public. This case was first filed in 2000, and has not been decided yet. Regardless of the court's final decision, it comes too late in a fast moving economy. The cases already had an impact on the price development and the future development of the company. Plus, investors have long lost their money. Proceeding before international arbitral tribunals are a lot faster than before national courts, due to the significant lower workload which also cannot get extended by appeal proceedings.

e) At this point it is time to take a step back and consider whether TTIP should include investment rules. Contrary to common assumption, there is no proof of any increase of foreign investments after the ratification of an investment agreement<sup>136</sup>. Even without TTIP, foreign investments made in the EU and the US today come from the other country<sup>137</sup>. In their new agreement the US and Australia waived almost all rules on investment protection. Brazil has not signed a single investment agreement. South Africa even terminates existing agreements. As the first European country, Italy has terminated an investment agreement and has announced to exit the European Energy Charter in 2016<sup>138</sup>.

At the same time, the number of cases filed with the ICSID is skyrocketing: in 2013, investors initiated at least 57 Investor-State dispute settlement cases<sup>139</sup>.

Other concerns derive from German constitutional law<sup>140</sup>. Since time is too short for a long presentation of all concerns, so let me just mention this one point: investment protection grants monetary compensation for expropriation. In Germany this approach is known as „dulde und liquidiere“ (suffer and charge) and was already rejected by the Federal Constitutional Court already in 1981 in the famous Nassauskiesungsentscheidung<sup>141</sup>.

---

<sup>136</sup> “Studies undertaken by UNCTAD reveal that there is little correlation between receiving increased foreign investment and signing of a bilateral investment agreement.”, Cited in: *Singh*, Multilateral investment Agreement in the WTO – Issues and Illusions, Asia-Pacific Research Network, 2003, p. 15, available at: [https://www.wto.org/english/forums\\_e/ngo\\_e/multi\\_invest\\_agree\\_july03\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/multi_invest_agree_july03_e.pdf).

<sup>137</sup> *Gerstetter/Meyer-Ohlendorf*, Investor-state dispute settlement under TTIP – a risk for environmental regulation?, Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin 2013, p. 4, available at: <http://www.ecologic.eu/de/10400>.

<sup>138</sup> *N.N.*, Italy withdraws from Energy Charter Treaty, Global Arbitration News, 6.5.2015, available at: <http://globalarbitrationnews.com/italy-withdraws-from-energy-charter-treaty-20150507/>.

<sup>139</sup> UNCTAD, Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), IIA Issues Note (Geneva: UNCTAD, 2013), 1, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d3_en.pdf).

<sup>140</sup> See *Holterhus*, Transatlantische Investitionsgerichtsbarkeit: Ansätze der Gestaltung eines TTIP Gerichtshofs, Verfassungsblog of 11.3.2015, available at: <http://www.verfassungsblog.de/transatlantische-investitionsgerichtsbarkeit-ansatze-der-gestaltung-eines-ttip-gerichtshofs/#.VjszxUYyaUI>; *Flessner*, TTIP und Verfassungsrecht, Verfassungsblog of 13.5.2014, available at: <http://www.verfassungsblog.de/ttip-und-das-verfassungsrecht/#.VjsyckYYaUI>.

<sup>141</sup> *Stoll*, Zur falschen Zeit am falschen Ort – Reform des Investitionsrecht auf Abwegen, Verfassungsblog of 13.5.2014, available at: <http://www.verfassungsblog.de/zur-falschen-zeit-falschen-ort-reform-des-investitionsrechts-auf-abwegen/#.Vjszy0YYaUI>.



ISDS is very expensive. The average legal cost amount to \$8 million, but may increase over \$30 million<sup>142</sup>. These numbers do not even include indemnities, which are awarded if the investor wins or the case is settled which happens in the majority of all cases<sup>143</sup>. The average amount of the damage awarded is \$10.4<sup>144</sup>. In the end, this is the taxpayer's money. It is thus only understandable that they have a legitimate interest in open and transparent proceedings. In their interest, negotiators must take a cheaper alternative into consideration; such an alternative is the due legal process<sup>145</sup>.

Maybe ISDS as a parallel legal system has served its purpose but is no longer state of the art. At the beginning of TTIP negotiations, the German Government officially stated that it did not see a need for investment protection rules in the relation with the USA as effective access to justice was guaranteed by national courts<sup>146</sup>. This statement is backed by the organization of German judges. They are concerned about the creation of special courts for certain groups of litigants and called it the wrong way forward<sup>147</sup>. An investment court would be 'outside the institutional and judicial framework of the Union' and would 'deprive courts of Member States of their powers in relation to the interpretation and application of European Union law and the Court of its powers to reply'<sup>148</sup>. Two democratic states should rather trust their respective independent courts more than they trust three individuals. Or to put it as bluntly as arbitrator *Juan Fernandez-Armesto*<sup>149</sup>: „When I wake up at night and think about arbitration, it never ceases to amaze me that sovereign states have agreed to investment arbitration at all [...] Three private individuals are entrusted with the power to review, without any restriction or appeal procedure, all actions of the government, all decisions of the courts, and all laws and regulations emanating from parliament“<sup>150</sup>.

---

<sup>142</sup> OECD: Investor-State dispute settlement, public consultation: 16 May – 9 July 2012, p. 19.

<sup>143</sup> In 2013, 31 % of the cases were decided in favor of the investor, 26 % were settled, the conditions of the settlements are not published; a complete overview of the statistics in 2013 are available at: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2014d3_en.pdf). Statistics for earlier years are not representative, since only a fractions of all decisions were published. A critical review of the UNCTAD statistic is available at: <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2015/06/itn-breaking-news-june-2015-isds-who-wins-more-investors-or-state.pdf>.

<sup>144</sup> Data is hard to come by, since even in public cases awards are rarely disclosed, this number comes from the only scientific based analysis of the year 2007; *Franck*, Empirically evaluating claims about investment treaty arbitration, 86 NCLRev 2.

<sup>145</sup> In depth: *Franck*, Rationalizing Costs in Investment Treaty Arbitration, 88 WULR 769 et seqq. (2011).

<sup>146</sup> <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Freihandelsabkommen/TTIP/was-ist-ttip.html>.

<sup>147</sup> [http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB\\_160201\\_Stn\\_Nr\\_04\\_Europaeisches\\_Investitions\\_gericht.pdf](http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitions_gericht.pdf) (only in German), commenting on this statement, see *N.N.*, TTIP trade talks: German judges oppose new investor courts, *bbc*, 5.2.2016, available at: <http://www.bbc.com/news/world-europe-35503885>.

<sup>148</sup> [http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB\\_160201\\_Stn\\_Nr\\_04\\_Europaeisches\\_Investitions\\_gericht.pdf](http://www.drb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitions_gericht.pdf).

<sup>149</sup> Professional arbitrator, partner at Armesto & Asociados, and chaired professor for commercial law at Comillas University, Madrid.

<sup>150</sup> Cited in: *Eberhardt/Olivet*, Profiting from injustice – how law firms, arbitrators and financiers are fueling an investment arbitration boom, p. 34, available at: <https://www.tni.org/files/download/profittingfrominjustice.pdf>.



V. – Are the efforts on TTIP still worthwhile? Have objective arguments reached their limits? Can TTIP still be objectively discussed at all? France already threatens to pull out of TTIP negotiation as long as the agreement includes an Investor State Dispute Settlement mechanism<sup>151</sup>. France's trade minister, Matthias Fekl, even criticizes a lack of mutuality and requests serious compromise offers from the US<sup>152</sup>. Similar threats and request come from the German Parliament.

Abandoning negotiation could pass up a good chance to reform free trade between the EU and the US<sup>153</sup>. A new free trade agreement would be unattainable in the near future. Abandoning negotiation so TTIP would also bring an end to TiSA and possibly even to CETA.

The 13<sup>th</sup> round of negotiations was finished at the end of April 2016. The U.S. signaled they would be willing to abolish tariffs on cars completely if in return the EU will lower taxes on agricultural products and soften standards on the import of genetically altered foods.

But after 13<sup>th</sup> rounds of negotiation America does not make serious offers; even the EU Commissions doubts that TTIP still can be signed this year. Time is running short, the deal needs to be done before President Obama leaves office this year. A revival of the negotiations after the electoral break will be difficult if not impossible depending on who the next president will be<sup>154</sup>.

The negotiations have already gone too far for a break-off, too many efforts have already been made, and too many compromises have been found. However, there is still a lot to do.

The United States now suggest a "TTIP light". An agreement, which focusses on tariffs and excludes highly controversial fields like consumer protection and investment protection<sup>155</sup>. Critics claim that TTIP light would miss the chance to thoroughly reform trade and set new standards<sup>156</sup>. However, TTIP light is better than no TTIP at all and could be a good start for further agreements in the future Rome wasn't built in a day and this might be true for a free trade zone of this dimension. The EU itself is the best example: from a very modest start as the European Coal and Steel Community with 6 members a confederation of 28 member states with a common currency emerged.

---

<sup>151</sup> *Sheffield*, TTIP: France threatens to walk away from negotiations, *The Independent*, 1.10.2015, available at: <http://www.independent.co.uk/news/business/news/ttip-france-threatens-to-walk-away-from-negotiations-a6675486.html>; <http://www.euractiv.com/sections/trade-society/french-government-will-not-sign-ttip-agreement-2015-310037>.

<sup>152</sup> *Dive*, La France envisage l'arrêt des négociations, *Sud Ouest* 28.9.2015, available at: <http://matthiasfekl.fr/sud-ouest-traite-transatlantique-la-france-envisage-larret-des-negociations/>.

<sup>153</sup> *Myant*, TTIP: what it will mean for us and what is the alternative?, briefing paper of the Observatoire social européen (OSE) No. 11/November 2015, p. 15, available at: [http://www.ose.be/files/publication/OSEPaperSeries/Myant\\_2015\\_OSEBriefingPaper11\\_nov2015.pdf](http://www.ose.be/files/publication/OSEPaperSeries/Myant_2015_OSEBriefingPaper11_nov2015.pdf).

<sup>154</sup> *N.N.*, EU-Kommission befürchtet Scheitern von TTIP, *FAZ* 3.5.2016, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ttip-und-freihandel/freihandel-eu-kommission-befuerchtet-scheitern-von-ttip-14212805.html>.

<sup>155</sup> *Sarmadi*, Verbraucherschützer Klaus Müller: Wir brauchen ein "TTIP light", *EurActiv* 8.5.2015, available at: <http://www.euractiv.de/section/eu-aussenpolitik/interview/verbraucherschutz-klaus-muller-wir-brauchen-ein-ttip-light/>.

<sup>156</sup> *N.N.*, EU, US Negotiators Push for 2016 Deal, Though „TTIP Light“ Not an Option, *Bridges*, Volume 20 – Number 16, 4.5.2016, available at: <http://www.ictsd.org/bridges-news/bridges/news/eu-us-negotiators-push-for-2016-deal-though-ttip-light-not-an-option>.