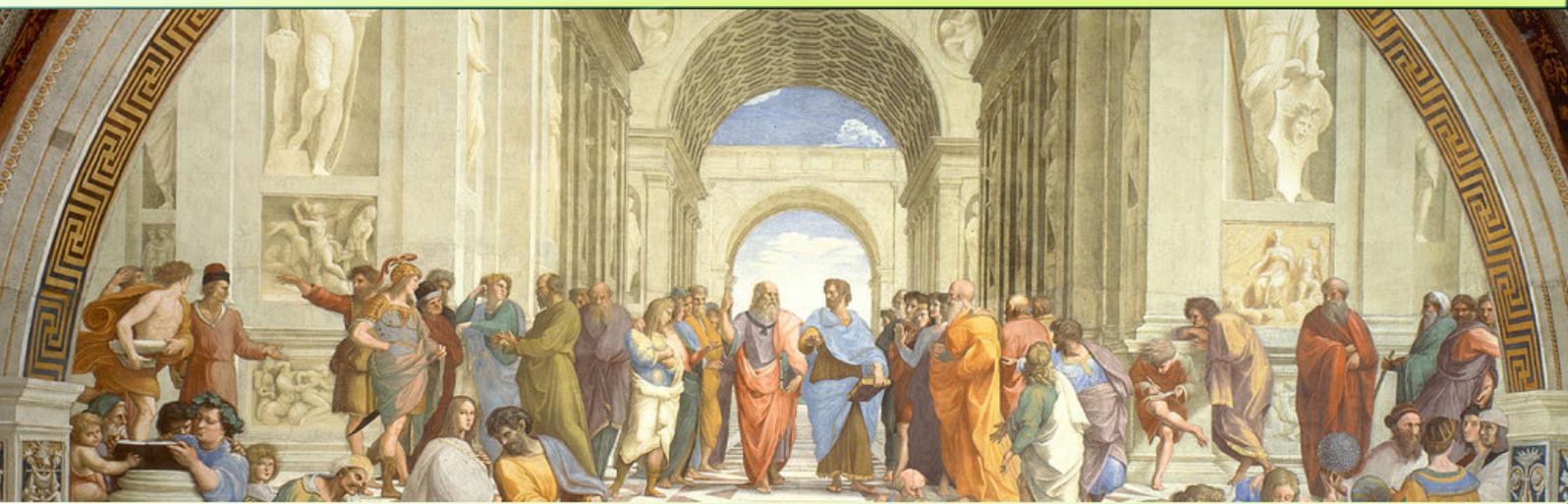


# JUS CIVILE

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



**3-2020**

*maggio-giugno*



**G. Giappichelli Editore**

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Articoli e Saggi</b>	
Cognome del minore e identità personale * di <i>Stefano Troiano</i>	559
La ristrutturazione dei debiti del consumatore nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza * di <i>Lara Modica</i>	595
La riscoperta del principio di solidarietà * di <i>Maura Tampieri</i>	612
L'atto notarile «a distanza». Un istituto giuridico da tracciare o un <i>modus exprimendi</i> ? * di <i>Angelo Magnani</i>	641
Matrimonios forzosos y precoces en derecho civil español * di <i>María Paz Sánchez González</i>	676
Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro? * di <i>Renato Clarizia</i>	687
La rinegoziazione nell'emergenza Covid-19 è modalità obbligata di attuazione in buona fede del contratto e l'esecuzione indiretta <i>ex art. 614 bis c.p.c.</i> ne è lo specifico rimedio * di <i>Andrea Gemma</i>	724

---

\* Contributo sottoposto a revisione.



*pag.*

## **Giurisprudenza**

Sulla quota mobile: una *querelle* mai terminata \*

*Corte d'Appello di Catania, 28 febbraio 2020, n. 518*

di *Giancarlo Tantillo*

756

## **Articoli e Saggi**

Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali \*\*

di *Carmelita Camardi*

786

Ultima lezione del corso di diritto di famiglia \*\*

di *Michele Sesta*

812

---

\*\* I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



STEFANO TROIANO

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Verona

## COGNOME DEL MINORE E IDENTITÀ PERSONALE\*

SOMMARIO: 1. Premessa. Il faticoso processo di emersione dell'identità del figlio quale fulcro della disciplina del cognome. – 2. Il primo fattore di resistenza in questo percorso: l'infausta convergenza tra il peso della tradizione e l'istanza di garantire l'unità della famiglia. L'art. 262 cod. civ. prima della riforma della filiazione. – 3. L'art. 262 cod. civ. dopo la riforma della filiazione: un passo in avanti significativo, sebbene non risolutivo. – 4. L'ulteriore apertura in favore della scelta dei genitori per il doppio cognome contenuta nella sentenza della Corte costituzionale 21 dicembre 2016, n. 286. – 5. Ancora una volta un progresso importante ma non risolutivo: i problemi lasciati aperti dalla pronuncia della Corte costituzionale. – 6. Quali prospettive di riforma per il futuro? Alla ricerca della (irraggiungibile) quadratura del cerchio. – 7. La scelta del cognome (unico o doppio) rimessa all'accordo tra i genitori. – 8. La soluzione (preferibile) dell'attribuzione del doppio cognome per previsione inderogabile di legge. – 9. Il criterio per selezionare quale cognome, tra i due che compongono il doppio cognome, si trasmette alle generazioni successive.

1. – In una importante, e ormai celebre, sentenza resa dalla Corte costituzionale nel 2016 in materia di attribuzione del cognome ai figli si rinviene il riconoscimento a chiare lettere della funzione essenziale che il diritto al nome (e, specificamente, al cognome) svolge quale espressione dell'identità personale del minore<sup>1</sup>, in quanto tale direttamente

---

\* Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team “D.I.G.I.T.S. – Informazione e dati nella società globale dell'informazione tecnologica: diritti, responsabilità e tutele” nell'ambito del Progetto di Eccellenza del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona “Diritto, Cambiamenti e Tecnologie” ed è destinato al volume a cura di Mir. BIANCA, *The best interest of the child*, 2020.

<sup>1</sup> “Il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 Cost.” (Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Giur. it.*, 2017, p. 815, con nota di R. FAVALE, *Il cognome dei figli e il lungo sonno del legislatore*; in *Fam. dir.*, 2017, p. 213, con nota di E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 165, con nota di V. CARBONE, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il co-*



riconducibile alla copertura di protezione assoluta della personalità umana offerta dalla clausola generale costituzionale dell'art. 2 Cost.<sup>2</sup>. È questa, in particolare, la base sulla quale il giudice delle leggi, in quell'occasione, ha fondato la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale della regola non scritta di attribuzione automatica del cognome paterno ai figli nati nel matrimonio, anche in presenza di un diverso accordo tra i genitori, altresì estendendo detta declaratoria, in via consequenziale, pure alla regola (in questo caso, scritta) di attribuzione del cognome paterno ai figli nati fuori del matrimonio, contenuta nell'art. 262, comma 1°, cod. civ., e a quella (parimenti scritta) che, in materia di adozione, attribuisce al figlio adottivo il cognome del padre (art. 299, comma 3°, cod. civ.).

Peraltro, già due decenni prima la stessa Corte costituzionale aveva fondato sempre sulla tutela dell'identità personale del figlio la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 262 cod. civ. (nella versione antecedente alla riforma di detto articolo intervenuta nel 2013), nella parte in cui non prevedeva che il figlio naturale, nell'assumere il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, potesse ottenere dal giudice il riconosci-

---

*gnome materno, se i genitori sono d'accordo; in Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 818, con nota di C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori ed identità dei figli*.

<sup>2</sup>È ormai acquisito che l'identità personale, di cui la protezione assicurata al nome e al cognome della persona è notoriamente una delle espressioni più importanti (al punto che la giurisprudenza ha inizialmente preso le mosse proprio dagli artt. 6-9 e 10 c.c., che proteggono il nome, lo pseudonimo e l'immagine della persona da un utilizzo abusivo e improprio, al fine di ricavare gli indici della protezione normativa di un più ampio diritto all'identità personale: per i riferimenti v., in luogo di molti, V. ZENO ZENCOVICH, *Identità personale* in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 294 ss.), trova implicito riconoscimento nella clausola generale di tutela dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost., oltre ad essere tutelata esplicitamente, con riferimento al minore, negli artt. 7 e 8 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo ratificata con l. 27 maggio 1991, n. 176 (v. art. 7: "1. Il fanciullo è registrato immediatamente al momento della sua nascita e da allora ha diritto a un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori e a essere allevato da essi. [...]"; e art. 8: "1. Gli Stati parti si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali. 2. Se un fanciullo è illegalmente privato degli elementi costitutivi della sua identità o di alcuni di essi, gli Stati parti devono concedergli adeguata assistenza e protezione affinché la sua identità sia ristabilita il più rapidamente possibile"). A partire dalla metà degli anni '90, il diritto all'identità personale ha trovato dignità normativa anche sul piano della legislazione ordinaria, in particolare nella normativa a tutela della *privacy* (prima nell'art. 1 della legge 31 dicembre 1996, n. 675, poi nell'art. 2 del d.lgs. 30 luglio 2003, n. 196 *Codice in materia di protezione dei dati personali*, oggi tuttavia abrogato, e nell'art. 126, comma 2°, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, nonché nell'art. 95 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*) e infine anche nel cod. civ. (v. il riferimento all'identità personale, che, proprio con riguardo al cognome del figlio nato fuori del matrimonio, si rinviene nell'art. 262, comma 3°, c.c., come riformato dal d.lgs. n. 154/2013: su questa disposizione v. *amplius* oltre, nel testo).



mento del diritto a mantenere, anteponendolo o, a sua scelta, aggiungendolo a questo, il cognome precedentemente attribuitogli con atto formalmente legittimo dall'ufficiale dello stato civile, ove tale cognome fosse divenuto "autonomo segno distintivo della sua identità personale"<sup>3</sup>. Lo stesso argomento giuridico, quello incentrato sulla tutela dell'identità personale quale espressione irretrattabile della personalità umana protetta dall'art. 2 Cost., aveva inoltre fondato, solo due anni prima, anche la pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 165 R.D. 9 luglio 1939, n. 1238 (Ordinamento dello stato civile, quale anteriore al d.P.R. n. 396/2000), nella parte in cui non prevedeva che, quando la rettifica degli atti dello stato civile, intervenuta per ragioni indipendenti dal soggetto cui si riferisce, comportasse il cambiamento del cognome, il soggetto stesso potesse ottenere dal giudice il riconoscimento del diritto a mantenere il cognome originariamente attribuitogli ove questo fosse ormai da ritenersi "autonomo segno distintivo della sua identità personale"<sup>4</sup>. Nella stessa scia di questi precedenti si colloca anche la sentenza 7-11 maggio 2001, n. 120 con cui la Corte Costituzionale, alcuni anni dopo, avrebbe dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'allora vigente art. 299, comma 2°, cod. civ., nella parte in cui non prevedeva che, qualora fosse figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori, l'adottato potesse aggiungere al cognome dell'adottante anche quello originariamente attribuitogli.

Ai menzionati interventi del giudice delle leggi ha fatto poi da *pendant* una giurisprudenza copiosa e costante dei giudici ordinari, che, negli ultimi decenni, ha intessuto una trama di interpretazione delle norme in materia di attribuzione del cognome ai figli, e, segnatamente, dell'art. 262 cod. civ. relativo al figlio naturale (ora, figlio nato fuori del matrimonio), saldamente incentrata sulla considerazione dell'identità personale del figlio, specialmente se minore<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Corte Cost., 23 luglio 1996, n. 297, in *Giust. civ.*, 1996, 2475.

<sup>4</sup> Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 13. Alla pronuncia aveva fatto seguito il nuovo ord. st. civ. (d.P.R. n. 396/2000), il cui art. 95, comma 3°, ora prevede che, nell'ambito delle procedure giudiziali di rettificazione degli atti dello stato civile, «l'interessato può comunque richiedere il riconoscimento del diritto al mantenimento del cognome originariamente attribuitogli se questo costituisce ormai autonomo segno distintivo della sua identità personale».

<sup>5</sup> Tra le tante, v. Cass., 18 giugno 2015, n. 12640; Cass., 2 febbraio 2011, n. 2644; Cass., 28 maggio 2009, n. 12670 e Cass., 24 settembre 2009, n. 23635. Si veda, più in particolare, Cass., 26 maggio 2006, n. 12641, la quale ha stabilito che il giudice, quando si trova a dover valutare la richiesta di attribuire il cognome ad un figlio naturale, a sensi dell'art. 262 c.c., "deve prescindere da qualsiasi meccanismo di automatica attribuzione del cognome, ma deve avere riguardo all'identità personale posseduta dal minore nell'ambiente in cui è cresciuto fino al momento del riconoscimento da parte del padre", con la conseguenza che non dovrà autorizzare l'assunzione del cognome del padre quando "il cognome materno si sia radica-



La pronuncia della Corte costituzionale del 2016 suggella dunque un percorso, iniziato alcuni decenni prima, di progressiva emersione del collegamento inscindibile che intercorre tra il sistema normativo di attribuzione del cognome ai figli e la tutela dell'identità personale del minore.

Un esito, questo, che potrebbe apparire scontato nella prospettiva, oggi dominante, che, anche sull'impulso della dimensione sovranazionale di preminente tutela dei diritti del fanciullo, pone il *best interest of the child* al centro di qualsiasi riflessione sulle norme che riguardano, direttamente o indirettamente, il minore come soggetto di protezione<sup>6</sup>, ma che ha trovato anche in tempi relativamente recenti non poche difficoltà ad affermarsi come chiave di lettura primaria della disciplina di attribuzione del cognome all'interno della famiglia, difficoltà che sono testimoniate dall'ambiguità che tuttora presenta la legislazione in materia, a dispetto delle recenti riforme ancora non pienamente allineata a questo obiettivo.

Le ragioni di queste difficoltà sono varie, ma tra queste assumono un rilievo preponderante, nell'ordine: il peso della tradizione, che da tempo immemorabile, almeno in Italia, assegna prevalenza alla trasmissione del (solo) cognome paterno; l'esigenza, costituzionalmente garantita, di garantire l'unità familiare nel passaggio da una generazione all'altra<sup>7</sup>, che ricorre in tempi più vicini a noi come giustificazione principale alla base della regola tradizionale di prevalenza del cognome paterno<sup>8</sup>; nonché, più di recente, la

---

to nel contesto sociale" in cui il ragazzo ha vissuto. V., poi, Cass., 21 novembre 1998, n. 11789, nonché Cass., 27 aprile 2001, n. 6098, la quale, applicando analogicamente all'istituto della legittimazione il disposto dell'art. 262 c.c., ha stabilito che "il giudice di rinvio che, nel decidere in ordine alla richiesta di attribuzione al figlio naturale del cognome del padre che lo ha legittimato successivamente, dovrà valutare l'interesse esclusivo del minore, avuto riguardo al diritto del medesimo alla propria identità personale fino a quel momento posseduta nell'ambiente in cui è vissuto, anche con riferimento alla famiglia in cui è cresciuto, nonché ad ogni altro elemento di valutazione suggerito dalla fattispecie, escludendo ogni automaticità".

<sup>6</sup> Su questa prospettiva di lettura v., con specifico riguardo all'identità del figlio, M.G. STANZIONE, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, p. 12 ss.

<sup>7</sup> L'art. 29, comma 2°, Cost., individua, come fondamento dei possibili limiti stabiliti dalla legge all'eguaglianza morale e materiale dei coniugi, la "garanzia dell'unità familiare", quale elemento identificativo unitario della famiglia, obiettivo a cui tendono, peraltro, anche le compagini familiari di nuovo conio (come è implicito nel concetto stesso di "unione" civile) e che, a livello di legislazione ordinaria, trova espressione, ad esempio, nell'art. 145, comma 2°, c.c. e nell'art. 316 c.c. In entrambi i casi regolati da queste ultime disposizioni, l'unità della famiglia è indicata come uno dei criteri a cui il giudice deve attenersi per risolvere un contrasto, rispettivamente, tra i coniugi (art. 145) o tra i genitori (art. 316), in merito a questioni fondamentali per la vita della famiglia o per l'interesse del figlio (nel caso dell'art. 316, il giudice si limita peraltro a suggerire la soluzione, che non può imporre).

<sup>8</sup> Si ricordi che non molto tempo prima delle pronunce sopra citate, ancora nel 1988 la Corte costituzionale, con l'ordinanza 11 febbraio 1988, n. 176, aveva dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 71-72, ultimo comma, e 73 del R.D. 9 luglio 1939, n. 1238



preoccupazione di assecondare la scelta concorde dei genitori, in una prospettiva, sempre più accreditata nel diritto di famiglia, di progressivo ampliamento degli spazi di autonomia privata e che, più nello specifico, vede nell'accordo tra i genitori in merito alla scelta del cognome lo strumento per garantire al meglio l'eguaglianza tra uomo e donna<sup>9</sup>, ma che, tuttavia, come si cercherà di evidenziare nel prosieguo del ragionamento, non sempre e non necessariamente muove in una direzione compatibile con la piena promozione dell'identità del figlio<sup>10</sup>.

Tutti fattori, dunque, quelli appena ricordati, che hanno per lungo tempo opposto resistenza al diffondersi di una piena e corretta percezione, soprattutto sul piano del formante legislativo, della necessaria preminenza dell'interesse identitario del figlio nell'informare la disciplina di attribuzione del cognome e che tuttora, pur in un quadro normativo e giurisprudenziale sensibilmente mutato, rischiano di offuscare l'affermarsi completo e definitivo di questa prospettiva anche nel prossimo futuro.

Nelle pagine che seguono si tratteggeranno in primo luogo più da vicino i termini di questo percorso evolutivo, per poi dedicare qualche riflessione conclusiva alle prospettive di riforma che paiono, seppur ancora una volta timidamente e con numerosi elementi di incertezza, affacciarsi all'orizzonte.

**2. – Una tradizione per lungo tempo indiscussa, almeno in Italia, ci ha consegnato la convinzione che nella disciplina del cognome familiare l'unità della famiglia possa esse-**

---

sull'ordinamento dello stato civile, affermando che “oggetto del diritto dell'individuo all'identità personale, sotto il profilo del diritto al nome, non è la scelta del nome, bensì il ‘nome per legge attribuito’, come si argomenta dall'art. 22 Cost. in relazione all'art. 6 cod. civ.”; e “che l'interesse alla conservazione dell'unità familiare, tutelato dall'art. 29, comma 2°, Cost., sarebbe gravemente pregiudicato se il cognome dei figli nati dal matrimonio non fosse prestabilito fin dal momento dell'atto costitutivo della famiglia, in guisa che ai figli esso sia non già imposto, cioè scelto, dai genitori (come il prenome) in sede di formazione dell'atto di nascita, bensì esteso *ope legis*”.

<sup>9</sup> È appena il caso di ricordare che l'uguaglianza morale e materiale dei coniugi è il principio su cui è ordinato il matrimonio secondo la formulazione dell'art. 29, comma 2°, Cost.: principio ribadito, a livello di legislazione ordinaria, nell'art. 143, comma 1°, c.c. nonché, con riguardo alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nell'art. 1, comma 11°, l. n. 76/2016.

<sup>10</sup> Invero, la centralità dell'interesse del figlio alla esplicazione della sua identità personale dovrebbe invece essere il cardine dell'intera disciplina del cognome, la cui retta comprensione è stata invece per troppo tempo appiattita sulla questione o dell'unità familiare o del pari trattamento dei genitori nella trasmissione del cognome. Come si vedrà, la maggiore enfasi che al profilo dell'identità personale viene ora data dal comma 3° dell'art. 262 c.c. quale risultante dalla riforma della filiazione potrebbe avere un significato determinante anche ai fini della ricostruzione della ragionevolezza complessiva della nuova disciplina, in attesa del suo – si spera ormai non lontano – superamento.



re realizzata solo sacrificando l'eguaglianza fra i componenti della coppia, facendo prevalere il cognome del marito, quando si tratti di individuare un cognome che evidenzia l'unità del vincolo di coppia<sup>11</sup>, e dando preminenza al cognome del padre, tutte le volte in cui venga in considerazione la disciplina della trasmissione del cognome familiare ai figli<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Per quanto riguarda il cognome del coniuge, è noto come la riforma del diritto di famiglia del 1975, pur avendo superato la regola che imponeva alla moglie la perdita del suo cognome da ragazza e l'acquisto automatico di quello del marito, abbia tuttavia mantenuto, nell'art. 143 *bis* c.c., una regola comunque discriminante nei confronti della donna, nella misura in cui solo per la moglie è prevista l'aggiunta del proprio cognome a quello del marito (si vedano, per tutti, i rilievi critici di R. TOMMASINI, sub art. 143 *bis*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Utet, 2010, p. 449 s.; M.C. DE CICCO, *Cognome della famiglia e uguaglianza fra coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, p. 1016 ss.; M. MORETTI, *Il cognome coniugale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, Torino, 2016, I, p. 789; si ricordi, però, che l'aggiunta del cognome del marito non comporta modifica delle schede anagrafiche, le quali, ai sensi dell'art. 20, comma 3°, d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223, "devono essere intestate al cognome da nubile"; soluzione, questa, infine adottata anche con riguardo al cognome comune scelto dalle parti di una unione civile tra persone dello stesso sesso ai sensi dell'art. 1, comma 10°, l. n. 76/2016: il d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 5 ha infatti modificato sul punto il già menzionato c.d. Regolamento dell'Anagrafe, d.P.R. n. 223/1989, stabilendo che "per le parti dell'unione civile le schede [anagrafiche] devono essere intestate al cognome posseduto prima dell'unione civile", in tal modo facendo un passo indietro rispetto alla soluzione provvisoriamente adottata dall'art. 4, comma 2°, d.P.C.M. 23 luglio 2016, n. 144 (c.d. "decreto ponte") che aveva invece previsto il cambiamento della scheda anagrafica; per i riferimenti v. S. TROIANO, *Unioni civili e ordinamento dello stato civile dopo il d.lgs. 19 febbraio 2017, n. 5 (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2017, p. 951 ss., e (*seconda parte*), in *Studium iuris*, 2017, p. 1124 ss.). Questa aggiunta (peraltro rigidamente intesa come "posposizione") forma allo stesso tempo oggetto tanto di un diritto quanto – almeno secondo un'opinione ampiamente diffusa, ma non incontrastata – di un dovere (v. P. ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1996, III, p. 71; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, 2° ed., Milano, 2012, p. 155; in senso opposto, cfr. però C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, Milano, 2014, p. 62 e T. AULETTA, *I rapporti personali tra uniti civilmente*, in *Juscivile*, 2017, 4, p. 282), giustificato proprio dall'esigenza di garantire l'unità familiare (v., tra gli altri, G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini-G. Cattaneo, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2007, I, p. 346). Oggi la previsione risulta però evidentemente disallineata rispetto a quella di recente introdotta per le unioni civili, la quale, interpretando in modo opposto il significato del limite dell'unità familiare (per la qualificazione familiare delle unioni civili v., ad es., T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 400 s.), consente alle persone unite civilmente proprio ciò che ai coniugi (ad ora) non è permesso, ossia di adottare un cognome comune, rappresentativo della loro unione e scelto tra i loro cognomi personali (art. 1, comma 10°, l. 20 maggio 2016, n. 76, su cui cfr. T. AULETTA, *Commento all'art. 1, comma 10*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. BIANCA, Giappichelli, 2017, p. 123 ss., il quale ipotizza che la mancata riproduzione della regola prevista per i coniugi nell'art. 143 *bis* c.c. risponda, più che all'affermazione di una logica egualitaria, alla constatazione che, in una unione tra due persone dello stesso sesso, "non esiste una ragione plausibile per dare prevalenza al cognome dell'uno o dell'altro dei suoi componenti").

<sup>12</sup> Emblematica, in questo senso, la ordinanza della Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 176 sopra citata.



Con specifico riguardo al cognome dei figli, e rinviando ad altre sedi per l'esame della questione con riguardo ai componenti della coppia, è noto, in particolare, come manchi, nell'ordinamento italiano, una regola unitaria di attribuzione del cognome ai figli.

Ai figli nati nel matrimonio, in assenza di un'espressa previsione di legge, è tradizionalmente considerata applicabile una regola non scritta, che si ritiene desumibile dal sistema (ma, secondo altri, di fonte consuetudinaria)<sup>13</sup>, la quale prevede la trasmissione al figlio del cognome paterno. Un punto, questo, sul quale il legislatore non è intervenuto neanche nel contesto della più recente riforma della filiazione<sup>14</sup>, che ha rappresentato, sotto questo punto di vista, un'occasione mancata<sup>15</sup>.

La regola riguardante i figli nati fuori del matrimonio è invece scritta ed è contenuta nell'art. 262 cod. civ., il quale è stato significativamente modificato dalla predetta riforma

---

<sup>13</sup> Com'è noto, gli indici sistematici da cui si ritiene di poter ricavare questa regola sono tratti dall'art. 237, comma 2°, c.c., in materia di possesso di stato (ora però abrogato, nella parte relativa al cognome paterno, dalla riforma della filiazione), dallo stesso art. 262 c.c., relativo al figlio nato fuori del matrimonio, dagli artt. 27 l. adoz. e 299, comma 2° (dopo la riforma, divenuto comma 3°), c.c., relativi al cognome dell'adottato, e, prima dell'abrogazione dell'istituto della legittimazione, dalla previsione di cui all'art. 33, comma 2°, d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, che prevedeva che il figlio legittimato acquistasse il cognome del padre: cfr. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, 2ª ed., Torino, 2014, p. 358. Per la natura consuetudinaria della regola (anche alla luce dell'abrogazione di molte delle disposizioni ricordate) propende, ad esempio, F. GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione in "controluce"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 139. Di regola non scritta ma, almeno fino ad oggi, considerata implicita nel sistema, ha parlato invece Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1673, rilevando che il vincolo dell'attività dell'ufficiale dello stato civile nell'attribuzione del cognome non è coerente con la qualificazione della regola come consuetudinaria. Nello stesso senso si è posta anche la più recente Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, cit.

<sup>14</sup> Si ricordi, però, come già nel 2012, indipendentemente dalla riforma della filiazione, la regola sia stata di fatto temperata con un intervento di modifica della disciplina regolamentare dello stato civile (d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, come modificato con d.P.R. 13 marzo 2012, n. 54) la quale ora consente, con semplice richiesta al prefetto, di "aggiungere al proprio un altro cognome": rimane preclusa, dunque, l'attribuzione del doppio cognome alla nascita, ma se ne consente in modo più agevole l'adozione da parte dell'interessato in un momento successivo. Per quanto semplificata, la procedura in questione, alla quale sono sottese evidenti ragioni di sicurezza pubblica, è comunque di tipo concessorio e non si basa dunque sulla mera volontà dell'interessato: oltre alla presentazione di una domanda al prefetto, si prevede anche l'affissione della domanda stessa all'albo pretorio del comune e la possibilità, per chiunque vi abbia interesse, di opporsi ad essa.

<sup>15</sup> M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli: un'occasione perduta dalla riforma*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 243 ss. Verosimilmente, la rinuncia del legislatore a regolare in maniera organica la materia della trasmissione del cognome, con una disciplina unitaria per tutti i figli, aveva trovato fondamento nella preoccupazione di non intralciare il vivace dibattito che su questa delicata questione era già in corso in sede parlamentare e che, nel momento in cui furono presentate le prime proposte di riforma della filiazione, era già arrivato a un elevato stadio di avanzamento. Si tratta di motivazioni nobili, oltre che dotate di pragmatismo, anche se non si può non rimarcare l'occasione mancata.



ma della filiazione (in particolare, ad opera del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154)<sup>16</sup>.

Nella sua versione originaria, l'art. 262 cod. civ. sposava in termini netta il principio di prevalenza del cognome paterno, non solo stabilendo che il figlio naturale assumesse “il cognome del genitore che lo ha riconosciuto, o quello del padre, se congiuntamente o separatamente è stato riconosciuto da entrambi i genitori”, ma altresì negando al figlio (o al giudice se minore) di optare, nel caso di due riconoscimenti successivi, per la conservazione (anche solo in termini di aggiunta) del cognome originariamente ricevuto. Nel caso di riconoscimento tardivo da parte del padre, il cognome paterno andava comunque a sostituire quello materno e, nel caso inverso, il cognome della madre non poteva aggiungersi a quello paterno già acquisito.

La riforma del diritto di famiglia del 1975 aveva significativamente corretto questa regola, mantenendo la prevalenza del cognome paterno in caso di riconoscimento contemporaneo, ma introducendo, nel comma 2°, per il caso in cui la filiazione nei confronti del padre fosse stata accertata o riconosciuta successivamente al riconoscimento da parte della madre, la possibilità per il figlio naturale di assumere il cognome del padre aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre. Si apriva quindi ad una scelta rimessa al figlio maggiorenne, che gli consentiva di optare anche per la conservazione del cognome materno accanto a quello paterno. Inoltre, nel caso di minore età del figlio, si attribuiva al giudice la decisione circa l'assunzione del cognome del padre (con una decisione che, come la giurisprudenza avrebbe nel tempo avuto modo di chiarire, ma che nella prima fase di applicazione della norma non era risultata unanimemente condivisa, si sarebbe dovuta assumere avendo esclusivo riguardo alla protezione dell'identità personale del minore, e senza quindi alcun automatico favore per l'acquisto del cognome paterno).

**3.** – La riforma della filiazione, e in particolare il d.lgs. n. 154/2013, modifica nuovamente l'art. 262 cod. civ., e tuttavia la regola che ne risulta si presenta anch'essa insoddisfacente, in special modo evidenziando, se riguardata nella prospettiva che qui primariamente interessa della tutela dell'identità personale del minore, alcuni perduranti profili di contraddittorietà.

---

<sup>16</sup> Si deve peraltro ricordare che la legge di delega (l. 10 dicembre 2012, n. 219) non conteneva alcuna novità in materia di attribuzione del cognome, e che la decisione di intervenire sul punto è stata presa solo dal legislatore delegato, che a ciò ha provveduto con l'art. 27, comma 1°, del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154: M. TRIMARCHI, *Il cognome dei figli*, cit., p. 243 ss. e S. STEFANELLI, *Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 224.



Da un lato, infatti, essa ha confermato e riproposto nei suoi primi due commi, senza metterlo in discussione, l'orientamento di tendenziale favore per l'attribuzione ai figli del cognome paterno a cui era ispirata la disciplina previgente e che è alla base anche della già ricordata regola non scritta valevole per i figli nati nel matrimonio. E così, per il caso di riconoscimento contemporaneo da parte di entrambi i genitori<sup>17</sup>, si è ribadita la previsione secondo cui il figlio nato fuori del matrimonio assume il cognome del padre (comma 1°, secondo periodo). Nel caso, poi, di riconoscimento disgiunto e non contemporaneo, si è confermata la regola per cui il figlio nato fuori del matrimonio assume il cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto (comma 1°, primo periodo), e, solo se la filiazione nei riguardi del padre è stata accertata per seconda, il figlio può assumere il cognome del padre aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo a quello della madre (comma 2°)<sup>18</sup> (regola, questa, che come già si è anticipato, in particolare lì dove ammette la giustapposizione dei due cognomi, è chiaramente ispirata all'esigenza di non disperdere l'identità già acquisita dal figlio), mentre lo stesso non sembra essergli consentito, con evidente asimmetria, nel caso inverso, in cui sia stata accertata per prima la filiazione paterna ed egli abbia quindi già acquisito il (solo) cognome paterno<sup>19</sup>.

Dall'altro lato, però, in questo rivelando quella intrinseca ambiguità che si è sopra evidenziata, l'art. 262 cod. civ., come modificato nel 2013, contiene più di una significativa apertura nella direzione del riconoscimento dell'identità personale del minore.

Innanzitutto, come si è già detto, il rilievo dell'identità personale è implicito nella regola di cui al comma 2°, che consente al figlio che ha già il cognome della madre di aggiungere a quello il cognome del padre che lo abbia riconosciuto successivamente. Questa regola era già presente nella formulazione della norma antecedente alla riforma del 2013, e viene solo marginalmente arricchita dalla riforma, in particolare lì dove, prendendo atto di prassi e interpretazioni già consolidate nella giurisprudenza<sup>20</sup>, la nuova formulazione si è preoccupata di precisare espressamente, sempre nel comma 2°, che il figlio può assumere il cognome del padre non solo aggiungendolo o sostituendolo a

---

<sup>17</sup> Ipotesi, questa, alla quale va equiparata quella in cui la filiazione rispetto ad entrambi i genitori sia stata accertata nell'ambito del medesimo giudizio.

<sup>18</sup> Se il figlio è minore la scelta su questo punto è fatta dal giudice, previo ascolto del figlio che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento (comma 4°).

<sup>19</sup> Rimane, però, fermo quanto già evidenziato sopra, alla nota 12, ossia che l'attuale regolamento dello stato civile consente in termini oggi assai semplificati al figlio divenuto maggiorenne di aggiungere al proprio un altro cognome (d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, come modificato con d.P.R. 13 marzo 2012, n. 54).

<sup>20</sup> V. A. GATTO, *Cognome del figlio riconosciuto*, in Mir. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, p. 33 ss.



quello della madre, ma anche “anteponendolo” a quello<sup>21</sup>, così recependosi nel dato normativo l’interpretazione che si era già andata formando con riguardo alla formulazione previgente<sup>22</sup>.

Ma è, soprattutto, nel riformulato comma 3° dell’art. 262 cod. civ. che all’identità personale del figlio si attribuisce un valore esplicito, lì dove espressamente la si richiama quale fondamento in ragione del quale il figlio, la cui filiazione nei confronti del genitore sia stata accertata o riconosciuta successivamente all’attribuzione del cognome da parte dell’ufficiale dello stato civile, “può mantenere il cognome precedentemente attribuitogli, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno della sua identità personale”.

Questo secondo intervento muove con forza nel senso dell’ampliamento del potere di scelta del cognome da parte del figlio (maggiorrenne) ed in favore di una più ampia ga-

---

<sup>21</sup> Per quanto attiene alla forma, è opportuno ricordare che la dichiarazione di scelta di cui al comma 3° è resa di fronte all’ufficiale dello stato civile del Comune di nascita del figlio, personalmente o con comunicazione scritta, e annotata nell’atto di nascita (art. 33, comma 3°, Ord. st. civ., d.P.R. n. 396/2000). La scelta può essere fatta anche per testamento, ma solo a condizione che contenga anche l’assenso al riconoscimento, e questo non sia quindi prestato con atto tra vivi (L. CARRARO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, IV, Padova, 1992, p. 146; *contra* G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la filiazione*<sup>2</sup>, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1997, 4, III, p. 256, nt. 70).

È discusso, ancora, se, nel caso in cui il riconosciuto muoia prima di compiere la scelta, la facoltà di scelta si trasmetta ai suoi discendenti. Secondo una tesi, la facoltà di scelta sarebbe strettamente personale e non potrebbe dunque essere esercitata che dal figlio (A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto famiglia*, II, Milano, 1975, p. 1747 s.; B. DE FILIPPIS, G. CASABURI, *La filiazione nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 2000, p. 488). Secondo una diversa opinione, la scelta competerebbe anche ai discendenti ma nel solo caso in cui il figlio non abbia prestato il suo assenso al riconoscimento (L. CARRARO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, cit., p. 147, per il quale, dunque, se il riconoscimento sia stato effettuato a favore dei discendenti, questi – anche non unanimemente, ciascuno potendo scegliere pure solo per se stesso – hanno la facoltà di decidere circa l’assunzione del cognome).

<sup>22</sup> Rispetto alla quale, di fronte al sintetico ed elusivo concetto di “aggiunta”, ci si chiedeva se l’aggiunta potesse esplicarsi soltanto in una posposizione del cognome paterno a quello materno o anche nella sua anteposizione al secondo (v. A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, p. 11; M. MANTOVANI, *sub art. 262*, in *Commentario breve al c.c. Cian-Trabucchi*<sup>10</sup>, Padova, 2014, p. 357). La perplessità era stata risolta nel senso estensivo dalla giurisprudenza, sul presupposto che aggiungere un cognome può ben significare, nel comune uso linguistico, anche anteporre, e aveva poi trovato conferma anche nella disciplina regolamentare in materia di stato civile, e in particolare nell’art. 33 Ord. st. civ., dove la possibilità dell’anteposizione è stata espressamente prevista. Il chiarimento operato dal legislatore della riforma rappresenta dunque il naturale compimento di questo percorso. D’altra parte, questo orientamento aveva trovato indiretto riscontro in Corte cost., 23 luglio 1996, n. 297, in *Giust. civ.*, 1996, p. 2475, con riferimento alla diversa (ma connessa) questione (di cui si dirà tra breve nel testo) se il potere di scelta del figlio di cui all’art. 262, comma 2°, c.c., potesse esplicarsi anche rispetto al caso di cognome attribuito dall’ufficiale dello stato civile. Con specifico riguardo a questo caso, la Corte aveva infatti dovuto riconoscere che il figlio può non solo “aggiungere”, in senso stretto, ma anche “anteporre” un cognome all’altro.



ranza della sua identità personale. Nella formulazione previgente dell'art. 262, comma 2°, cod. civ., tale potere era, infatti, circoscritto al caso in cui la filiazione nei confronti del padre fosse accertata o riconosciuta dopo il riconoscimento da parte della madre. La giurisprudenza e la dottrina erano tuttavia giunte a riconoscere in più ampi termini la facoltà di scelta del figlio, ritenuta facoltà essenziale per la garanzia dell'identità personale. In particolare, come già si è anticipato, la Corte Costituzionale<sup>23</sup> aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo, in relazione all'art. 2 Cost., l'articolo in parola nella parte in cui non prevedeva che il figlio naturale, già titolare di un cognome, potesse, nell'assumere il cognome del genitore che lo avesse successivamente riconosciuto, ottenere dal giudice il diritto di mantenere, antepoendolo o, a sua scelta, aggiungendolo al nuovo cognome, il cognome precedentemente attribuitogli con atto formalmente legittimo, ove tale cognome fosse divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale<sup>24</sup>.

Già prima della riforma era, dunque, regola ormai acquisita che la persona riconosciuta potesse mantenere il cognome precedentemente attribuitogli dall'ufficiale dello stato civile, nella misura in cui questo fosse divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale, come nel caso di persona inizialmente dichiarata figlia di ignoti e della quale venissero successivamente – anche a grande distanza di tempo – accertate, mediante riconoscimento o dichiarazione giudiziale, la paternità o la maternità naturali<sup>25</sup> (e cfr., sul punto, l'art. 33, comma 2°, Ord. st. civ., che già prima della riforma della filiazione espressamente consentiva al figlio di ignoti, che venga riconosciuto dopo il raggiungimento della maggiore età, di mantenere il cognome anteriore, aggiungendo o antepoendo ad esso quello del genitore che lo riconosce e che ora, a seguito della nuova formulazione introdotta in attuazione della delega legislativa dal d.P.R. 30 gennaio 2015, n. 26 prevede che “il figlio nato fuori del matrimonio, riconosciuto, dopo il raggiungimento della maggiore età, da uno dei genitori o contemporaneamente da entrambi, [ha] la facoltà di scegliere, entro un anno dal giorno in cui ne [viene] a conoscenza, di mantenere il cognome portato precedentemente, se diverso, ovvero di aggiungere o di anteporre ad esso, a loro scelta, quello del genitore”)<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Corte cost., 23 luglio 1996, n. 297, cit.

<sup>24</sup> V. inoltre, in direzione del tutto analoga, la già citata sentenza della Corte Cost., 3 febbraio 1994, n. 13.

<sup>25</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*<sup>5</sup>, Milano, 2014, p. 362.

<sup>26</sup> Sulla base degli stessi principi si era altresì affermato che l'accoglimento dell'impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità non comporta l'automatica perdita del cognome acquisito con il riconoscimento, potendo il soggetto riconosciuto rivendicare il diritto di conservare il cognome originario, portato per anni, che caratterizza ormai lui e la sua famiglia, sì da costituire componente es-



A seguito della riforma, il nuovo art. 262, comma 3°, cod. civ., prendendo atto di questi orientamenti, ha stabilito che “se la filiazione nei confronti del genitore è stata accertata o riconosciuta successivamente all’attribuzione del cognome da parte dell’ufficiale dello stato civile, si applica ai commi 1° e 2° del presente articolo; il figlio può mantenere il cognome precedentemente attribuitogli, ove tale cognome sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale, aggiungendolo, antepoendolo o sostituendolo al cognome del genitore che per primo lo ha riconosciuto o al cognome dei genitori in casi di riconoscimento da parte di entrambi”. Oltre per il fatto di recepire gli orientamenti giurisprudenziali ormai consolidati conferendo quindi ad essi un quadro normativo di riferimento, la novella si segnala anche perché introduce per la prima volta nel cod. civ. un esplicito richiamo al diritto all’identità personale<sup>27</sup>, inteso come strettamente legato alla tutela del nome: un richiamo che si aggiunge come ulteriore suggello, con in più l’autorevolezza della sede normativa prescelta, agli altri riconoscimenti di tale diritto già presenti in altri corpi normativi speciali<sup>28</sup>, ma che assume significato soprattutto in quanto vale a rimarcare la fondamentale importanza del (cog)nome quale aspetto e allo stesso tempo simbolo dell’identità del figlio. Viene così in evidenza come le regole di attribuzione del nome, prima ancora che per la loro valenza di strumento di trasmissione di una identità genitoriale a figlio e alle generazioni successive, debbano essere prioritariamente intese come funzionali alla tutela dell’identità *del figlio*<sup>29</sup>.

---

senziale della sua identità personale (G. FERRANDO, *La filiazione naturale e la filiazione*<sup>2</sup>, p. 257; App. Palermo, 7 marzo 1995, in *Dir. fam.*, 1995, p. 1026). Il problema sembra oggi definitamente deciso nel senso indicato dal citato art. 95 ord. st. civ., il quale si riferisce anche all’ipotesi di rettifica degli atti dello stato civile richiesta in conseguenza di accoglimento dell’azione di impugnazione di un precedente riconoscimento: pure rispetto a questa ipotesi è garantita dunque la possibilità, per l’interessato, di richiedere il mantenimento del cognome originariamente attribuitogli.

<sup>27</sup> V. A. GATTO, *Cognome del figlio riconosciuto*, cit., p. 39 s., che ripercorre i momenti del graduale processo di emersione del diritto all’identità personale nell’esperienza giurisprudenziale dagli anni ‘70 ad oggi.

<sup>28</sup> V. sopra, alla nota 2.

<sup>29</sup> In questo ordine di idee, è stato esattamente rilevato (F. GIARDINA, *Il cognome del figlio e i colti dell’identità. Un’opinione “controluce”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 140) come la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, nel caso *Cusan e Fazzo c. Italia* (su cui v. *infra*, nel testo e nota 41), si sia collocata, invece, ancora prevalentemente nella prospettiva del diritto dei genitori (in particolare, della madre, che “usando l’identità ... realizza una proiezione quasi dominicale di sé sulle generazioni future”), relegando in secondo piano l’esigenza identitaria del figlio. Secondo l’A., al contrario, è tempo che, anche sotto il profilo dell’attribuzione del cognome, “lo statuto del minore si affranchi dalla statica visione in un indeterminato individuo senza storia se non quella della famiglia che lo “rivendica”, senza contatto con la vicenda della sua esistenza” (EAD., *op. cit.*, 142). Anche per S. WINKLER, *Sull’attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 524, il nodo centrale della pronuncia è “l’ingiusta limitazione della libertà dei genitori nell’attribuire il cognome al figlio”.



Infine, sebbene non esplicitata come fondamento della disciplina, la tutela dell'identità del figlio è, ampiamente presente sotto traccia anche nella previsione ora contenuta nel comma 4° dell'art. 262 cod. civ., nel quale è stata riprodotta, solo con una limitata modifica<sup>30</sup>, la disposizione, originariamente contenuta nel comma 3°, che, in caso di minore età del figlio, attribuisce al giudice il potere di scelta del cognome.

Questa prospettiva emerge, in primo luogo, dall'esplicita previsione che il giudice assume la decisione "previo ascolto del figlio minore, che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento". Anche in questo caso, come in molte altre disposizioni introdotte o modificate dalla riforma (v. ad es. gli artt. 240, comma 4°, 252, comma 5°, cod. civ.), la modifica costituisce specifica applicazione della regola, sancita nel nuovo art. 315 *bis*, comma 3°, cod. civ.<sup>31</sup>, secondo cui il "figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano". Per quanto già desumibile dalla regola generale ora citata, la specificazione della stessa anche in materia di scelta del cognome non pare superflua. La regola generale si pone, infatti, come norma di chiusura, al fine di coprire i casi non regolati o quelli che dovessero insorgere in futuro, ciò che è quindi compatibile con una precisa individuazione di casi più specifici nella regola generale comunque compresi. Ma, soprattutto, la specificazione ha, rispetto al problema che qui ci occupa, una forte valenza simbolica ed assertiva: com'è stato notato, infatti, le dispute intorno al cognome sono sino ad oggi troppo spesso state riguardate nella falsata (e comunque parziale) prospettiva dell'interesse paritario dei genitori a trasmettere la *propria* identità familiare alle generazioni future e assai meno spesso invece nel più corretto ordine di idee del rispetto delle esigenze del figlio minore, che si possono portare ad emersione, com'è fin troppo evidente, solo attraverso l'ascolto<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> In particolare, a seguito della riforma del 2013, la previsione non contiene più alcun riferimento al cognome "paterno", che viene sostituito con quello al cognome "del genitore". La modifica è stata imposta dalla scelta, fatta nell'attuale comma 3°, di estendere il potere di scelta, già previsto dal comma 2° nel caso in cui il riconoscimento della madre sia successivo a quello del padre, anche al caso in cui il figlio, che abbia già ricevuto un cognome dall'ufficiale dello stato civile, venga riconosciuto successivamente da uno dei suoi genitori o da entrambi: mentre nel primo caso il giudice, ove il figlio sia minore, è chiamato a decidere solo in merito all'assunzione del cognome del padre, nel secondo egli deciderà invece sull'assunzione del cognome del padre o della madre, a seconda che il riconoscimento successivo sia congiunto oppure, ove fatto da un solo genitore, sia compiuto dal padre o dalla madre. Di qui la necessità di adottare la formulazione neutra ("cognome del genitore") che si legge ora nel comma 4°.

<sup>31</sup> Per una prima applicazione v. Trib. Varese, decr. 24 gennaio 2013.

<sup>32</sup> Si chiede provocatoriamente GIARDINA, *op. cit.*, p. 142, con riferimento all'*affaire Cusan e Fazzo c.*



Con riferimento a questa disposizione (quella del comma 4°) non può, tuttavia, non rilevarsi, in senso critico, un difetto di coordinamento, di cui il legislatore della riforma non si è probabilmente accorto e a cui non pare, ad oggi, possibile porre rimedio in via interpretativa.

In particolare, con riferimento specifico all'età richiesta perché il figlio possa compiere personalmente la scelta, anche dopo la trasposizione nell'attuale comma 4° la norma continua a fare riferimento alla maggiore età<sup>33</sup>, e attribuisce dunque tale potere al giudice in tutti i casi di *minore età del figlio*, a prescindere dalla sua effettiva capacità di discernimento, salva solo la necessità, di cui si è appena detto, di ascoltare il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento. Così formulata, la previsione appare, tuttavia, in contraddizione con la regola, di cui all'art. 250, comma 2°, cod. civ., che prevede che il figlio quattordicenne presti personalmente il suo assenso al riconoscimento.

Anzi, l'intervenuto abbassamento da sedici a quattordici anni dell'età minima nel menzionato art. 250, comma 2°, cod. civ., rende il difetto di coordinamento tra le due disposizioni ancora più stridente. Come era già stato rilevato con riferimento alla situazione antecedente alla riforma, non si comprende, infatti, per quale ragione il figlio, compiuti i quattordici anni, possa decidere sugli effetti del riconoscimento ma non possa incidere su un suo effetto specifico<sup>34</sup>, ovvero quello che riguarda l'assunzione del cognome<sup>35</sup>.

L'attuale formulazione dell'ultimo comma dell'art. 262 cod. civ., come quella precedente, omette inoltre di specificare quale sia il criterio al quale il giudice deve attenersi nel decidere, in caso di minore età del figlio, circa l'assunzione del cognome del genito-

---

*Italia*: “nel caso giunto alla Corte europea, chi ha ascoltato Maddalena” [questo era il nome della figlia dal cognome conteso: n.d.r.] “che durante i vari gradi di giudizio ha compiuto due, tre, cinque, sette anni, ma che, quando la vicenda si è conclusa, ha raggiunto la non più inconsapevole età di quattordici anni?”.

<sup>33</sup> Per ulteriori considerazioni sul punto v. A. GATTO, *op. cit.*, p. 33 ss.

<sup>34</sup> L. CARRARO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, cit., p. 148; E. CARBONE, *Del riconoscimento dei figli naturali*, in *Comm. c.c.* diretto da E. GABRIELLI, *Della famiglia*, a cura di L. BALESTRA, II, Torino, 2010, p. 579. Con riferimento alla novella, l'incongruenza è rilevata anche da M. MORETTI, *Le modifiche alla disciplina del riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio*, in M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI (a cura di), *La riforma della filiazione*, Bologna, 2013, p. 36.

<sup>35</sup> Non resta che auspicare che anche questa contraddizione possa essere sanata, quando il legislatore italiano, dando seguito alla già ricordata pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 7 gennaio 2014 nel caso *Cusan e Fazzo c. Italia*, e raccogliendo la sollecitazione preveniente dalla successiva sentenza della Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, su cui a breve si tornerà, si deciderà a mettere finalmente mano in modo organico all'intera materia dell'attribuzione del cognome.



re. Può farsi allora riferimento a quanto afferma l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>36</sup>, già menzionato in precedenza, secondo il quale non esiste alcun automatismo nell'assunzione, da parte del minore, del cognome paterno in caso di riconoscimento successivo a quello compiuto dalla madre, essendo questo unicamente privilegiato quando il riconoscimento sia effettuato contemporaneamente da entrambi genitori, e che dunque la scelta in merito all'assunzione del cognome paterno (eventualmente anche in sostituzione di quello della madre) deve avere quale criterio di riferimento unicamente l'interesse del minore e in particolare la salvaguardia della sua identità personale guardando al vissuto del minore, alla vita sua trascorsa e anche alle prospettive future<sup>37</sup>. Stupisce, però, che il riferimento all'identità personale del figlio, che dovrebbe essere, come più volte si è sin qui rilevato, il vero fulcro della disciplina di trasmissione del cognome, sia stato richiamato nel comma 3° con riguardo al caso specifico di riconoscimento successivo all'attribuzione del cognome da parte dell'ufficiale dello stato civile (v. *supra*) e non sia stato, invece, esplicitato come criterio guida per la scelta giudiziale del cognome ai sensi del comma 4°.

4. – In sintesi, l'art. 262 cod. civ. quale risultante dalla riforma del 2013, pur presentando una forte accentuazione nel senso della centralità della protezione dell'identità del figlio, e in modo particolare del figlio minore, non compie questo percorso fino al suo

---

<sup>36</sup> Ribadito, ad esempio, da Cass., 5 giugno 2013, n. 14232. Su tali basi, si è ritenuto che il figlio può dunque conservare, se del caso, il cognome della madre che per prima lo ha riconosciuto, se ciò risponde meglio all'interesse del figlio, specialmente sotto il profilo del minor trauma per lui quanto all'identificazione personale nella cerchia sociale ove è vissuto col cognome materno nel lungo intervallo temporale tra il primo e il secondo riconoscimento (Trib. min. Perugia, 1 febbraio 2000, in *Giur. mer.*, 2000, p. 274). In senso analogo v. anche Cass., 26 maggio 2006, n. 12641, per il quale il giudice deve impedire il mutamento del cognome non solo nei casi in cui la cattiva reputazione del genitore possa comportare un pregiudizio al minore, ma anche nel caso in cui il cognome materno sia assunto ad autonomo segno distintivo della propria identità personale (v. anche Cass., 27 aprile 2001, n. 6098).

<sup>37</sup> Così si esprime, tra le tante, Cass., 15 dicembre 2011, n. 27069. Il principio è ribadito, da ultimo, da Cass., 11 luglio n. 17139, nella cui motivazione si legge “i criteri di individuazione del cognome del minore riconosciuto in tempi diversi dai genitori, si pongono in funzione del suo interesse, che è quello di evitare un danno alla sua identità personale, intesa anche come proiezione della sua personalità sociale, sicché la scelta (anche officiosa) del giudice è ampiamente discrezionale, con esclusione di qualsiasi automaticità e non può essere condizionata né dal favor per il patronimico né per un prevalente rilievo della prima attribuzione” (...) “dunque, la *ratio* della norma non va individuata nell'esigenza di rendere la posizione del figlio nato fuori del matrimonio quanto più simile possibile a quella del figlio di coppia coniugata, ma in quella di garantire l'interesse del figlio a conservare il cognome originario se questo sia divenuto autonomo segno distintivo della sua identità personale in una determinata comunità”.



naturale e doveroso completamento, e si mantiene invece, per così dire, ancora a metà del guado.

Soprattutto, non completa questo processo lì dove conserva, e anzi riafferma, la regola di fondo che, in caso di riconoscimento contemporaneo, assegna automaticamente al figlio il cognome paterno. La riforma della filiazione, oltre a non avere introdotto una disciplina organica ed unitaria per tutti i figli in materia di trasmissione del cognome ed essersi limitata ad un intervento mirato e ristretto ai soli figli nati fuori del matrimonio<sup>38</sup>, non ha dunque saputo superare la regola di preminenza per il cognome paterno neanche nel più ristretto ambito della filiazione fuori del matrimonio.

È fuor di dubbio che questa scelta perpetua una diseguaglianza tra il padre e la madre, né più e né meno inaccettabile di quella che attribuisce preminenza al cognome del marito nella coppia, ma soprattutto, nella prospettiva che qui maggiormente interessa, essa si risolve in grave pregiudizio anche dell'identità personale dei singoli componenti del nucleo familiare<sup>39</sup> e, primo fra tutti, del figlio.

La regola che, in caso di riconoscimento temporaneo, prevede la trasmissione ai figli del solo cognome paterno sacrifica, infatti, l'identità dei figli, ai quali è imposto di riconoscersi in una visione soltanto parziale della propria famiglia, in quanto cristallizzata in un cognome inidoneo a dare conto anche della linea materna, parte – come ci pare invero incontestabile – anch'essa integrante e necessaria della loro storia familiare<sup>40</sup>.

Orbene, se l'esigenza di unità della famiglia, in quanto esplicitamente posta come limite costituzionale all'uguaglianza tra i coniugi, potrebbe almeno in astratto costituire giustificazione sufficiente per fondare la scelta legislativa nella parte in cui legittima un trattamento diseguale tra i coniugi (salvo poi verificarne la ragionevolezza in concreto,

---

<sup>38</sup> È prevalsa un'interpretazione attenuata del principio di unicità dello stato di figlio, che si è accontentata di mantenere fermo il sostanziale allineamento che già esisteva, con alcune limitazioni, tra la disciplina prevista per i figli nati fuori del matrimonio e quella, ritenuta applicabile al figlio nato nel matrimonio, che prevede la trasmissione al figlio del cognome paterno.

<sup>39</sup> Oltre all'uguaglianza tra i coniugi, la regola che obbliga la moglie ad aggiungere al proprio il cognome del marito (sempre che la si interpreti come impositiva di un obbligo) mortifica, infatti, anche l'identità personale della moglie, che, a differenza del marito, viene ad essere costretta, in conseguenza del matrimonio, a mutare il principale segno distintivo della propria identità all'esterno (sia pure senza conseguenze sul piano anagrafico, come si è chiarito). Per converso, al marito che volesse condividere la comune identità familiare non è consentito aggiungere al proprio cognome il cognome della moglie.

<sup>40</sup> Non meno importante è poi il rilievo che detta regola mortifica, a ben vedere, anche la stessa identità della madre, al quale non è data la possibilità di riconoscersi pienamente nel cognome attribuito ai propri figli, in quanto esso vede amputata una frazione – quella materna – della famiglia di origine. Ci pare indubbio, infatti, che l'identità di una madre si fondi anche sulla sua capacità di riconoscere nei propri figli la prosecuzione della propria esperienza di persona.

## JUS CIVILE



anche in termini di proporzionalità del sacrificio), non si vede invece come quell'esigenza possa giustificare il sacrificio del distinto e fondamentale diritto all'identità personale, con cui la legislazione in tema di attribuzione del cognome si deve parimenti confrontare.

È da chiedersi, dunque, se l'esigenza di unità familiare non debba, almeno in questo contesto, cedere il passo o – preferibilmente – formare oggetto di una diversa lettura, che ne reinterpreti contenuto e funzione in un modo tale da ricollocarla in asse, per quanto possibile, con la fondamentale esigenza di non discriminazione e, soprattutto, con quella di tutela dell'identità personale, in particolare dei figli.

Ciò che qui conta è che a queste preoccupazioni, fondate su precise istanze di rispetto di principi fondamentali, il legislatore italiano si è mostrato in buona misura insensibile, non riuscendo, nell'arco di diversi decenni, a mettere in opera una riforma della materia del cognome di respiro sistematico e completamente rispettosa dell'esigenza di tutela dell'identità personale. Un imprescindibile ruolo di supplenza è stato quindi svolto dalle Corti, nazionali e sovranazionali, in un dialogo andato evolvendosi nel tempo e che ha dato alcuni frutti importanti, e che tuttavia, per i limiti intrinseci alla funzione e ai limiti del formante giurisprudenziale, non è riuscito a dare forma ad una soluzione organica e, almeno potenzialmente, risolutiva.

Limitandosi agli interventi successivi alla riforma, basti menzionare la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 2014 nel caso *Cusan e Fazzo c. Italia*<sup>41</sup>, che ha visto la condanna dell'Italia in ragione dell'automatismo della regola di attribuzione del cognome paterno ai figli nati nel matrimonio, ma che contiene motivazioni agevolmente estensibili anche alla regola (ricavabile, come si è detto, dall'art. 262 cod. civ.) di attribuzione del cognome ai figli nati fuori del matrimonio.

Da ultimo, rilievo centrale assume la già ricordata sentenza con cui la Corte costituzionale, nel dicembre del 2016<sup>42</sup>, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della regola non scritta di attribuzione automatica del cognome paterno ai figli nati nel matrimonio, anche in presenza di un diverso accordo tra i genitori, e, in via consequenziale, anche, tra gli altri, dell'art. 262, comma 1°, cod. civ., in materia di figli nati fuori del matrimonio.

---

<sup>41</sup> Corte EDU, 7 gennaio 2014, Ric. n. 77/07, *Cusan e Fazzo c. Italia*, in <http://hudoc.echr.coe.int>. Su cui v., tra i tanti, i commenti di S. WINKLER, *Sull'attribuzione del cognome paterno nella recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 520 ss., S. STEFANELLI, *Illegittimità dell'obbligo*, cit., p. 221 ss., e G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 738 ss.

<sup>42</sup> Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, cit.



Si deve però premettere che quest'ultimo intervento, da un lato, è stato anch'esso per varie ragioni circoscritto in un ambito di applicazione piuttosto delimitato, ciò che impedisce di vedervi una potenzialità espansiva generalizzata, e, dall'altro, non ha mancato di sollevare delicate questioni di ordine interpretativo e operativo.

In particolare, la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma, desumibile dal sistema, di attribuzione automatica del cognome paterno al figlio nato da coppia coniugata (vedi *supra*), si è limitata a pronunciare l'incostituzionalità della stessa solo nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere al figlio, nato dal matrimonio, anche il cognome materno in aggiunta a quello paterno. In via consequenziale la Corte ha dichiarato illegittimo anche l'art. 262, comma 1°, nella parte in cui non consente ai genitori non coniugati, di comune accordo, di trasmettere al figlio, al momento della nascita, anche il cognome materno<sup>43</sup>.

L'illegittimità costituzionale riguarda, dunque, solo l'omessa considerazione, nella regola di trasmissione del cognome, della *volontà concorde* dei genitori, ma non, in sé, la regola che prevede, in assenza di detta volontà concorde, la trasmissione del solo cognome paterno, la quale rimane per contro impregiudicata. La decisione della Corte, inoltre, non coinvolge la previsione di cui al comma 2° dell'art. 262 cod. civ., della cui legittimità costituzionale si potrebbe tuttavia parimenti dubitare, per le ragioni esposte in precedenza.

Sorvoliamo in questa sede sulla questione, pur in sé di grande delicatezza, della ammissibilità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale avente ad oggetto una norma non scritta, desumibile per implicito dal sistema<sup>44</sup>, e guardiamo alla sostanza della decisione.

Pur richiamandosi *ex professo* alla precedente Corte cost., 6 febbraio 2006, n. 61<sup>45</sup>, di cui riprende la nota formulazione<sup>46</sup> che aveva ravvisato nella regola di attribuzione del cognome paterno un "retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale

---

<sup>43</sup> La dichiarazione di illegittimità è estesa anche all'art. 299, comma 3°, c.c., relativo alla adozione dei coniugi.

<sup>44</sup> Si è al riguardo rilevato che in senso positivo muove la giurisprudenza costituzionale "che dichiara incostituzionale una norma non per come è scritta, ma per l'interpretazione della lettera della legge ad opera del giudice" (V. CARBONE, *Per la Corte costituzionale*, cit., p. 167 ss.).

<sup>45</sup> In *Giust. cost.*, 2006, I, p. 543.

<sup>46</sup> Lo nota, tra gli altri, R. FAVALE, *Il cognome dei figli*, cit., p. 815 s.



dell'uguaglianza tra uomo e donna", le conclusioni sono questa volta ben diverse. Preso atto che il legislatore, benché ripetutamente esortato in tal senso negli anni, non è riuscito a correggere il sistema, la Corte rinuncia finalmente a rimettersi al suo intervento e si fa carico di incidere direttamente nel sistema, anche se nei soli limiti consentiti dall'oggetto del giudizio alla stessa sottoposta.

Accogliendo tutti i rilievi proposti dal giudice remittente, la Corte ravvisa nella regola di attribuzione del cognome paterno un contrasto con la garanzia della piena realizzazione del diritto all'identità personale sancito dall'art. 2 Cost.<sup>47</sup> nonché con il principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., non trovando la disparità di trattamento che tale regola introduce tra i coniugi alcuna giustificazione sufficiente nella garanzia dell'unità familiare di cui all'art. 29, comma 2°, Cost.<sup>48</sup>.

5. – Come detto, però, la dichiarazione di illegittimità riguarda solo l'ipotesi in cui vi sia il consenso dei coniugi. A seguito della sentenza, dunque, tutti i genitori, coniugati o non, possono ora concordemente decidere di attribuire al figlio un doppio cognome, identificativo di entrambi i rami genitoriali.

In mancanza di accordo il figlio assume, però, il cognome del padre. Così come rimangono impregiudicate le disposizioni che, in caso di riconoscimento non contemporaneo, prevedono, in taluni casi, la prevalenza del cognome paterno su quello materno (v. *supra*).

La Corte, relativamente al perdurante automatismo del cognome paterno in difetto di accordo, non può dunque fare altro che rimettersi nuovamente ad “un indifferibile intervento legislativo destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità” (par. 6).

---

<sup>47</sup> Rileva infatti la Corte che “il valore dell'identità della persona, nella pienezza e complessità delle sue espressioni, e la consapevolezza della valenza, pubblicistica e privatistica, del diritto al nome, quale punto di emersione dell'appartenenza del singolo ad un gruppo familiare, portano ad individuare nei criteri di attribuzione del cognome del minore profili determinanti della sua identità personale, che si proietta nella sua personalità sociale, ai sensi dell'art. 2 cost.” (par. 3.4.).

<sup>48</sup> Ciò in quanto “la mortificazione del diritto della madre a che il figlio acquisti anche il suo cognome, contraddice (...) quella finalità di garanzia dell'unità familiare, individuata quale *ratio* giustificatrice, in generale, di eventuali deroghe alla parità dei coniugi, ed in particolare, della norma sulla prevalenza del cognome paterno” (par. 3.4.2.). Rileva ulteriormente la Corte, richiamandosi ad un proprio lontano precedente, “che “è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo”, poiché l'unità “si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità” (sentenza n. 133 del 1970)”.



Oltre a questo limite, che peraltro deriva dai confini della questione sottoposta alla Corte<sup>49</sup>, l'applicazione della regola, chirurgicamente introdotta dalla Corte, che consente la scelta concorde del cognome materno in aggiunta a quello paterno, lascia in ogni caso aperti diversi profili critici<sup>50</sup>.

Un primo problema è dato dall'individuazione delle modalità, su cui la pronuncia per ovvie ragioni tace, attraverso le quali i genitori possono rendere, di fronte all'ufficiale dello stato civile, il proprio consenso all'attribuzione del cognome materno.

A questo proposito, una successiva Circolare del Ministero dell'Interno (Circ. n. 7/2017 del 14 giugno 2017) ha chiarito che, "in assenza di apposite disposizioni legislative, gli uffici dello stato civile non possono richiedere agli interessati oneri documentali ulteriori rispetto a quelli previsti dall'ordinamento", di tal ché, nel caso in cui la dichiarazione di nascita sia fatta da un solo genitore, si deve ritenere che al dichiarante non si possa richiedere di fornire la prova dell'accordo dell'altro genitore sul cognome. Dovrebbe dunque valere, anche per il cognome, la regola applicabile alla scelta del nome, rispetto al quale si ritiene che il consenso anche dell'altro genitore sia presunto, quale "elemento presupposto nella dichiarazione di nascita" ed atto di esercizio della responsabilità genitoriale<sup>51</sup>.

Un secondo problema è se i genitori, nell'optare per il doppio cognome, possano solamente aggiungere al cognome paterno quello materno, posponendolo dunque al primo, oppure possano anche invertire la successione, antepoendo il cognome materno a quello paterno. La formulazione del dispositivo della sentenza ricorre sempre alla locuzione "trasmettere" (o "attribuire") "al figlio, al momento della nascita, *anche* il cognome materno", locuzione che pare in astratto compatibile pure con l'anteposizione del cognome

---

<sup>49</sup> Rileva la Corte (par. 6) che "con la presente decisione, questa Corte è, peraltro, chiamata a risolvere la questione formulata dal rimettente e riferita alla norma sull'attribuzione del cognome paterno nella sola parte in cui, anche in presenza di una diversa e comune volontà dei coniugi, i figli acquistano automaticamente il cognome del padre". Precisamente, la questione era insorta a seguito dell'impugnazione, con ricorso, del provvedimento dell'ufficiale dello stato civile di rigetto della richiesta di attribuire al figlio dei ricorrenti il cognome materno, in aggiunta a quello paterno. Il ricorso era stato respinto dal Tribunale di Genova, con un provvedimento contro cui viene proposto dai genitori reclamo di fronte alla Corte di Appello di Genova.

<sup>50</sup> Per alcune prime riflessioni sulla sentenza, oltre ai già citati saggi di V. Carbone e R. Favale, v. anche E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Fam. dir.*, 2017, p. 218 ss., e C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 823 ss. Per una recente trattazione sistematica si rinvia a S. STEFANELLI, *Diritto all'identità*, in A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Le persone e la famiglia*, 4, *La filiazione e i minori*, in *Trattato di dir. civ.* diretto da R. Sacco, 2<sup>a</sup> ed., Utet, 2018, p. 450 ss.

<sup>51</sup> La soluzione è tanto ragionevole quanto criticabile il fatto che sia però rimessa ad una mera circolare.



materno a quello paterno. In senso opposto si è, però, espressa la citata Circolare del Ministero dell'Interno n. 7/2017, proprio argomentando, in modo per la verità alquanto formalistico e a nostro avviso opinabile, dall'impiego, nel dispositivo della sentenza, della congiunzione “anche”, che a suo dire si riferirebbe alla sola ipotesi della posposizione<sup>52</sup>.

Un terzo problema, su cui la Corte non si è pronunciata, riguarda l'efficacia della scelta fatta dai genitori rispetto alle generazioni successive e, in particolare, se il figlio che abbia ricevuto il doppio cognome possa a sua volta trasmettere ai propri figli entrambi i cognomi che porta o solo quello del suo ramo paterno. Il problema presenta due aspetti: il primo è stabilire se, in assenza di accordo con l'altro genitore, il figlio, divenuto genitore, trasmetta ai propri figli il proprio doppio cognome nella sua interezza o solo quello tra i due che lo compongono che corrisponde al cognome di suo padre (ossia, rispetto a suo figlio, quello del nonno). A rigore, la risposta corretta dovrebbe essere la prima, in quanto il cognome paterno (oggetto della perdurante regola di trasmissione del cognome del padre in difetto di diversa volontà dei genitori), nella specie, e in forza della scelta fatta all'origine dai nonni, è proprio il doppio cognome. Sennonché una simile soluzione rischierebbe di creare, nel passaggio da una generazione all'altra, un irragionevole ed ingestibile allungamento del cognome familiare, fatto, in sé, indesiderabile<sup>53</sup>, in quanto in conflitto con l'esigenza di efficienza del sistema di riconoscimento dell'identità personale fondato sul cognome. Sembra dunque preferibile la soluzione secondo cui, in questi casi, debba prevalere, in sede di automatismo, la regola di preferenza per il solo cognome che appartiene alla stirpe paterna, dovendosi in questi più ristretti termini interpretarsi il significato dell'espressione “cognome del padre” (di cui, in particolare, all'art. 262, comma 1°, periodo 2°, cod. civ.)<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> La circolare ha altresì precisato che l'attribuzione anche del cognome materno “non può non riguardare tutti gli elementi onomastici di cui detto cognome sia composto” e, inoltre, che la dichiarazione della madre di non volere essere nominata, resa ai sensi dell'art. 30, comma 1°, d.P.R. n. 396/2000, è incompatibile con la presunzione di accordo tra i genitori coniugati o meno – sull'attribuzione del cognome materno.

<sup>53</sup> Di “progressione geometrica iniziale” discorre, al riguardo, S. STEFANELLI, *Diritto all'identità*, cit., p. 461.

<sup>54</sup> Un secondo aspetto del problema è stabilire se, nel caso di generazione successiva, ammesso che sia corretta la soluzione precedentemente individuata, ossia che la trasmissione automatica sarebbe limitata al cognome della stirpe paterna, i genitori possano comunque, di comune accordo, scegliere di attribuire al figlio entrambi i cognomi del padre e, in aggiunta, quello della madre. Anche in questo caso, per le già menzionate ragioni di funzionalità del cognome, riterrei preferibile l'interpretazione in senso negativo, per sostenere la quale si può altresì rilevare che mancherebbe, nella specie, l'esigenza di garantire la parità di trattamento tra i genitori, che è invece alla base della regola che ammette l'aggiunta del cognome materno per scelta concorde dei genitori.



Inoltre, la Corte non si pronuncia neppure su un quarto problema, ossia se i genitori consumino il loro potere di scelta del cognome in una volta sola e con riguardo al primo figlio, o se invece essi possano attribuire un cognome diverso a ciascun figlio, o, ancora, se, non avendo effettuato la scelta riguardo al primogenito, possano comunque esercitarla con riguardo ai figli successivi. Sembra preferibile ritenere che la facoltà di scelta del cognome debba essere esercitata una volta sola per tutti i figli e che, ove non esercitata rispetto al primo figlio, debba ritenersi comunque consumata. In tal senso depono la circostanza che la funzione di identificazione della famiglia (e dell'unità familiare) che il cognome assolve rischierebbe di essere completamente vanificata nel caso in cui si consentisse ai genitori di attribuire cognomi diversi ai vari fratelli o sorelle del medesimo nucleo familiare<sup>55</sup>.

Ultima questione irrisolta, infine, è se la possibilità di aggiungere il cognome materno possa essere esercitata, oggi, anche nel caso in cui la coppia abbia già dei figli, i quali, essendo nati prima dell'introduzione della facoltà di scelta, portino solo il cognome paterno. La necessità di attribuire a tutti i fratelli il medesimo cognome, al fine di garantire loro un'identità familiare comune e riconoscibile, dovrebbe peraltro essere preclusiva di tale possibilità<sup>56</sup>.

**6.** – Come si è potuto vedere, molte delle questioni lasciate aperte possono dunque trovare una soluzione in via interpretativa proprio valorizzando, nell'interpretazione, l'esigenza dell'unità familiare non già come limite rispetto alla salvaguardia dell'identità personale, bensì, all'opposto, quale criterio che esalta la funzione identitaria del cognome.

Rimane, tuttavia, la fragilità di un quadro complessivo che affida la garanzia di diritti fondamentali e, al contempo, dell'interesse pubblico all'identificazione delle persone, a regole basate sulle mutevoli e incerte letture degli interpreti e all'instabile contributo offerto da fonti normative sparse e, in buona misura, anche gerarchicamente sottordinate.

È evidente, dunque, che tutte le questioni ora indicate potranno essere risolte in modo

---

<sup>55</sup> Una scelta differenziata da un figlio all'altro incrinerebbe, peraltro, anche la funzione del cognome quale presidio fondamentale dell'identità personale del figlio. Poiché tale identità include necessariamente anche la relazione tra fratelli e sorelle, la differenziazione del cognome tra più figli della stessa coppia impedirebbe ai loro cognomi di rappresentare in modo adeguato e completo la complessità della loro relazione con il nucleo familiare, impedendo così a ciascun figlio di riconoscersi pienamente nell'identità formale che il cognome gli attribuisce.

<sup>56</sup> Sul punto v. anche STEFANELLI, *Diritto all'identità*, cit., p. 461.



adeguato solo dall'auspicato intervento del legislatore, per il quale è però impossibile, allo stato, fare qualsiasi concreta previsione<sup>57</sup> e che pare anzi, nell'attuale legislatura, ancora più lontano di quanto non fosse nella precedente<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Per ragioni di economia del presente contributo, si omette di analizzare in dettaglio in questa sede i numerosi e vari progetti di legge succedutisi fino ad oggi in materia. Merita tuttavia di essere ricordato come, all'indomani della sentenza della Corte EDU, il Governo allora in carica si fosse mosso immediatamente, presentando un disegno di legge (d.d.l. n. 2123 presentato il 21 febbraio 2014, *Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli, in esecuzione della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 7 gennaio 2014*) che, insieme ad altri già presentati o presentati successivamente nella medesima legislatura, era poi confluito nel disegno di legge unificato n. 1628, approvato dalla Camera dei Deputati in prima lettura il 24 settembre 2014 e quindi sottoposto all'esame del Senato della Repubblica. L'iniziativa si è, tuttavia, arenata nelle dinamiche interne, e per lo più insondabili, dell'attività parlamentare e, nonostante un'accelerazione finale, non ha trovato l'auspicato compimento prima della fine della legislatura (la XVII), sicché le speranze che si arrivasse in tempi brevi all'approvazione di una nuova disciplina organica in materia di cognome dei figli sono andate purtroppo, anche questa volta, disattese.

<sup>58</sup> L'attuale legislatura, sebbene formalmente apertasi con la sostanziale riproposizione di molti dei disegni di legge in materia di cognome presentati nella precedente e in quella decaduti, non sembra infatti avere tra le proprie priorità la revisione della disciplina del cognome. In dettaglio, nella XVIII legislatura sono stati presentati, alla data del 7 ottobre 2019, 7 disegni di legge (4 alla Camera dei Deputati, ovvero i d.d.l. nn. 106, 230, 1265 e 2129, e 3 al Senato della Repubblica, ovvero i d.d.l. nn. 170, 286 e 1025), 6 dei quali assegnati per l'esame in commissione ma per nessuno dei quali detto esame è già iniziato.

La gran parte dei disegni presentati opta per rimettere all'accordo dei genitori la scelta del cognome del figlio, lasciando aperta la possibilità che la scelta cada su un solo dei cognomi dei due o anche sul doppio cognome nell'ordine liberamente scelto. Limitandosi ai progetti presentati alla Camera dei Deputati, si veda, innanzitutto, il d.d.l. n. 1265, il quale prevede che, in caso di mancato accordo, da esprimere mediante una dichiarazione congiunta resa davanti all'ufficiale di stato civile, il figlio acquisti il cognome di entrambi i genitori in ordine alfabetico, ritenuto, quest'ultimo, come criterio "imparziale e impersonale". Si prevede inoltre che ciascun genitore possa trasmettere ai figli un solo cognome (ma non si precisa chi lo sceglie) e che il figlio, a sua volta, trasmetta solo uno dei suoi due cognomi. A sua volta, il d.d.l. n. 106 riproduce, con alcune modificazioni e integrazioni, il contenuto del già menzionato d.d.l. n. 1628 della XVII legislatura e prevede, in modo particolare, l'introduzione nel cod. civ. del nuovo art. 143-*quater*, secondo il quale al figlio è attribuito, su accordo dei genitori, espresso al momento della dichiarazione di nascita presso gli uffici di stato civile, il cognome del padre o il cognome della madre ovvero il cognome di entrambi, nell'ordine concordato. Al mancato accordo consegue l'attribuzione, in ordine alfabetico, di entrambi i cognomi dei genitori. I due ulteriori commi dell'articolo 143-*quater* stabiliscono: che i figli degli stessi genitori coniugati, registrati all'anagrafe dopo il primo figlio, portano lo stesso cognome di quest'ultimo (comma 3°), al fine di evitare che nella stessa famiglia vi siano figli con cognomi diversi; che il figlio cui sono stati trasmessi entrambi i cognomi dei genitori può trasmetterne ai propri figli soltanto uno a sua scelta (comma 4°), al fine di evitare, in questo caso, una moltiplicazione di cognomi ad ogni nuova generazione. L'art. 2 estende i principi del nuovo articolo 143-*quater* ai figli nati fuori dal matrimonio, mentre l'art. 4 introduce una disciplina speciale sul cognome del figlio maggiorenne. In particolare, si garantisce al figlio maggiorenne, cui sia stato attribuito in base alla legge vigente al momento della nascita il solo cognome paterno o materno, la possibilità di aggiungere al proprio il cognome della madre o del padre. Si prevede, a tal fine, una procedura estremamente semplificata, consistente nella dichiarazione resa presso gli uffici di stato civile personalmente o per iscritto (con sottoscrizione autenticata), dichiarazione che va annotata nell'atto di nascita, e che sostituisce *in toto*, nelle ipotesi indicate (aggiunta del cognome paterno o mater-



Stanti i limiti intrinseci dell'intervento del giudice costituzionale, e proprio in vista della preparazione dell'atteso contributo del legislatore, ciò su cui oggi ci si può, ed anzi ci si deve interrogare, è quale possa essere la regola uniforme di attribuzione e trasmissione del cognome che meglio consentirebbe di armonizzare le tre esigenze fondamentali evocate in avvio di questo scritto: identità personale, uguaglianza tra i componenti della coppia, unità della famiglia.

Benché il discorso debba essere preferibilmente unitario, per le ragioni di sintesi già evidenziate, le riflessioni che seguono saranno dedicate prevalentemente al problema dell'attribuzione del cognome ai figli senza considerare in via diretta il problema del cognome della coppia (coniugata o non).

Pur dovendosi riconoscere che non esiste, in questa materia, una soluzione perfetta, è tuttavia senz'altro pensabile, ed anzi doveroso, ragionare di soluzioni che, rispetto a quella attuale, comportino perlomeno un incremento di coerenza complessiva del sistema, evitando regole disorganiche e frammentarie, e allo stesso tempo implicino il minore sacrificio possibile degli interessi contrapposti, in una prospettiva di adeguato bilanciamento.

Definitivamente abbandonata la regola che preveda la trasmissione automatica di un unico cognome, per le ragioni dette inconciliabile tanto con il principio di uguaglianza quanto con il diritto all'identità personale, anche nella variante – inversa rispetto a quella tradizionale – che vedesse prevalere il cognome della madre su quello del padre, le ipotesi che si confrontano si riducono essenzialmente due, a cui si aggiunge una terza risultante dalla possibile combinazione tra le due: da un lato, quella consistente nella trasmissione ai figli di un solo cognome, scelto tra il cognome paterno e quello materno<sup>59</sup> me-

---

no), la disciplina amministrativa prevista dal d.P.R. n. 396/2000 sull'ordinamento dello stato civile, la quale richiede la presentazione al prefetto dell'istanza di cambiamento del nome o del cognome (tale disciplina continuerà ad essere applicabile solo a chi intenda “modificare” o sostituire il proprio nome o cognome, ad esempio, perché ridicolo o vergognoso, perché rivela l'origine naturale o per altre ragioni).

Si distacca, invece, almeno in parte da questo modello il d.d.l. n. 230 il quale prevede la regola del doppio cognome automatico, con precedenza per il cognome paterno, rimettendo però ai genitori la scelta di invertire l'ordine. L'art. 2 introduce l'art. 143-bis c.c., che prevede l'attribuzione al figlio del cognome di entrambi i genitori *ex lege* e stabilisce che il primo dei due cognomi è quello del padre, salvo diversa decisione dei genitori, i quali possono decidere un ordine diverso con dichiarazione concorde resa all'ufficiale dello stato civile all'atto del matrimonio o, in mancanza, all'atto della registrazione della nascita del primo figlio. Tale dichiarazione vale anche per i figli successivi al primo, anche se questi è nato prima del matrimonio ma è stato riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori. Il figlio trasmetterà poi ai propri figli il primo dei suoi cognomi.

<sup>59</sup> Va da sé che la scelta di un cognome del tutto estraneo ai componenti della coppia genitoriale è un'opzione che non può essere seriamente presa in considerazione *de lege ferenda* in quanto implica la ne-



dante accordo tra i genitori, e, dall'altro, quella consistente nell'assunzione automatica da parte dei figli del doppio cognome, del padre e della madre.

In entrambe si pongono tuttavia delle varianti.

Nella prima si tratta, ad esempio, di stabilire: a) se la scelta del cognome da trasmettere ai figli possa (o anzi debba) essere anticipata rispetto alla nascita del primo figlio e fatta coincidere già con il momento della costituzione del vincolo coniugale o di coppia, in particolare attribuendosi alla coppia la facoltà di scegliere il cognome che li rappresenti unitariamente (come già oggi è previsto per l'unione civile); b) inoltre, se detta scelta possa essere rinnovata, ed eventualmente mutata, per ciascun figlio oppure no; c) e, infine, che cosa accada in difetto di accordo tra i genitori, se cioè si debba prevedere oppure no una regola di prevalenza automatica di un cognome sull'altro.

Nell'ambito della seconda opzione (doppio cognome assegnato inderogabilmente per legge), si può poi ragionare se la legge debba prevedere la precedenza automatica di un cognome rispetto all'altro, oppure lasciare all'accordo tra i genitori la scelta dell'ordine dei cognomi, salvo poi porsi, anche in questo caso, il problema di quale cognome debba essere anteposto in caso di difetto di accordo tra i genitori.

Come anticipato, le due opzioni si possono peraltro combinare in una terza, come in parte avviene nella soluzione fatta propria – con tutti i limiti che si sono evidenziati – dalla Corte costituzionale italiana nella pronuncia del 2016, ed anche in quella che aveva prefigurato il d.d.l. unificato n. 1628 presentato nella XVII legislatura (e che è stata poi ripresa anche in molti dei d.d.l. presentati nella XVII legislatura: v. sopra, alla nota 58)<sup>60</sup> e poi decaduto, ovvero nella soluzione che rimette ai genitori la possibilità tanto di sce-

---

gazione totale della pregressa storia familiare, traducendosi nella cancellazione dell'identità familiare dei figli vista nella sua proiezione verticale. Una simile opzione è ammessa in astratto in qualche ordinamento straniero dove non è, però, concretamente praticata e rimane quindi di fatto solo sulla carta (v. in particolare nel Regno Unito, in cui la legislazione – ovvero il *Births and Deaths Registration Act 1953* – è estremamente liberale e non pone alcun vincolo rispetto alla scelta di uno o più dei cognomi dei genitori o anche di un cognome completamente differente: di regola i figli sono però registrati con il cognome del padre, più raramente della madre, e talora anche di entrambi, con o senza interposizione di un trattino tra i due).

<sup>60</sup> Il d.d.l. n. 1628 contemplava, infatti, l'introduzione di un nuovo art. 143-*quater* c.c. così formulato: “(Cognome del figlio nato nel matrimonio). – I genitori coniugati, all'atto della dichiarazione di nascita del figlio, possono attribuirgli, secondo la loro volontà, il cognome del padre o quello della madre ovvero quelli di entrambi nell'ordine concordato. In caso di mancato accordo tra i genitori, al figlio sono attribuiti i cognomi di entrambi i genitori in ordine alfabetico. I figli degli stessi genitori coniugati, nati successivamente, portano lo stesso cognome attribuito al primo figlio. Il figlio al quale è stato attribuito il cognome di entrambi i genitori può trasmetterlo al proprio figlio soltanto uno, a sua scelta”.

Quanto ai figli nati del matrimonio, si proponeva l'applicazione della stessa regola nel caso di riconoscimento compiuto contemporaneamente da entrambi i genitori, modificando di conseguenza l'art. 262 c.c.



gliere un solo cognome, quanto di affiancare i due cognomi, creando quindi, ma solo su una base da entrambi condivisa, un doppio cognome.

Guardando al panorama europeo, e limitandoci solo agli ordinamenti a noi più vicini<sup>61</sup>, la prima è fondamentalmente la regola in vigore in Germania<sup>62</sup>.

La seconda è invece la regola tradizionalmente applicata in Spagna, recentemente ribadita, con varianti, in più recenti riforme<sup>63</sup>.

La terza è, nella sostanza, la regola vigente in Francia, in cui si prevede quindi che i genitori possano scegliere quale cognome trasmettere ai figli come anche adottare, ove lo vogliano, il doppio cognome<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Un'interessante indagine di tipo comparatistico, condotta nell'intento di valutare l'opportunità di una riforma del sistema tedesco di attribuzione del cognome familiare (*Familiennamen*), è proposta, da ultimo, S. LETTMAIER, *Notwendigkeit einer Reform des (Familien-)Namensrechts – Rechtsvergleichende Betrachtungen*, in *Familienrechtszeitung (FamRZ)*, 2020, p. 1 ss., a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti, nonché per l'esame anche degli ordinamenti scandinavi e dei regimi vigenti in altri Paesi dell'area latina e germanica.

<sup>62</sup> Nell'ordinamento tedesco, la disciplina dell'attribuzione del cognome ai figli si ricava dagli attuali §§ 1616 ss. BGB (come modificati dal *Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts, Familiennamensrechtsgesetz* del 16 dicembre 1993) e può essere così sintetizzata. Se i genitori sono sposati e portano un cognome di famiglia comune (o cognome coniugale: *Ehenamen*), il figlio assume il cognome comune (§ 1616 BGB). Se i genitori sono sposati (e hanno cognomi diversi), possono entro un mese dalla nascita scegliere come cognome del figlio il cognome del padre o il cognome della madre (§ 1617, comma 1°, frase 1, BGB). Non sono ammessi doppi cognomi composti dal cognome della madre e dal cognome del padre. Se i genitori non riescono a compiere una scelta entro il termine di un mese, il tribunale della famiglia concede a un genitore il diritto di scegliere un cognome. La regola è, invece, più complessa se i genitori non sono coniugati (v. sempre il § 1617). Si ricorda inoltre che il § 1355 BGB prevede che i coniugi stabiliscono un cognome di famiglia comune (*Ehenamen*) scelto tra i propri cognomi. In mancanza di scelta, ciascun coniuge continua a portare il proprio cognome di nascita. Il coniuge il cui cognome non sia scelto come cognome di famiglia può però scegliere, con dichiarazione resa all'ufficiale dello stato civile, di aggiungere o di anteporre il proprio cognome al cognome familiare. Come detto sopra, il doppio cognome così acquisito non si trasmette, tuttavia, ai figli. Il regime d'insieme che emerge da queste disposizioni è sottoposto ad attenta critica, sia per i suoi innegabili tratti di complessità sia per gli elementi di contraddizione che contiene, da S. LETTMAIER, *Notwendigkeit einer Reform des (Familien-)Namensrechts*, cit., p. 2 s.

<sup>63</sup> Secondo la *Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos*, i figli assumono il cognome di entrambi i genitori, secondo l'ordine da questi stabilito. Inizialmente, la legge prevedeva che, in caso di difetto di accordo sull'ordine di precedenza, la precedenza fosse automaticamente accordata al cognome paterno. Da ultimo, la disciplina è stata tuttavia modificata, nell'ambito della più ampia riforma del *Registro civil (Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, che è entrata in vigore, per la parte che qui interessa, il 30 giugno 2017), stabilendosi che, se i genitori non stabiliscono l'ordine dei cognomi o non vi è accordo tra loro su quale debba essere, decorso il termine di tre giorni sarà l'ufficiale del *Registro Civil* a dover stabilire il predetto ordine. Il criterio che l'ufficiale dello stato civile deve seguire nel compiere questa delicata scelta è quello del *interés superior del menor*.

<sup>64</sup> La relativa disciplina è contenuta nella *Loi n 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille*, applicabile a tutti i nati dopo il 1° gennaio 2005.



7. – La prima soluzione (cognome unico scelto dai genitori tra i propri cognomi) ha dalla sua l'indubbio vantaggio di apportare una netta semplificazione nel regime dei cognomi, e risponde peraltro ad un'esigenza tradizionalmente avvertita anche in Italia, dove i cognomi unici sono sempre stati la grande maggioranza, mentre i cognomi doppi (pur ammissibili, sebbene solo a determinate condizioni<sup>65</sup>) rappresentano l'eccezione, essendo attribuiti generalmente solo ai figli nati fuori del matrimonio (e negli stretti limiti di cui all'art. 262, comma 2°, cod. civ.).

Tuttavia, la regola del consenso, se astrattamente garantisce l'apporto egualitario di entrambi i componenti della coppia nella decisione, consentendo che la scelta possa cadere indifferentemente sul cognome del padre o su quello della madre, si rivela inadatta, o comunque scarsamente efficace in concreto, rispetto all'obiettivo di promuovere un utilizzo effettivamente paritario dei cognomi di entrambe le linee genitoriali. A dispetto dell'apertura a decisioni condivise, resta, infatti, altamente probabile che, in una società fortemente impregnata dal privilegio patrilineare, radicato con forza nella tradizione, la maggior parte delle coppie, posta di fronte alla richiesta di compiere una scelta consensuale, continui ad orientarsi – sia pure in modo formalmente condiviso – per la perpetuazione del solo cognome paterno<sup>66</sup>.

Considerazioni del tutto analoghe possono valere, d'altronde, pure per il caso (corrispondente alla terza ipotesi sopra individuata) in cui la legge estendesse il potere di scelta anche al doppio cognome, come opzione alternativa al cognome singolo. Anche in

---

<sup>65</sup> Come già ricordato, la procedura per il cambiamento del cognome prevista dal d.P.R. n. 396/2000, così come è stato modificato dal citato d.P.R. n. 54/2012, può essere, infatti, impiegata anche per aggiungere al cognome paterno quello materno, quando ricorrano valide ragioni (v. in tal senso Consiglio di Stato, 27 aprile 2004, n. 2572, che attribuisce rilievo anche a ragioni di ordine affettivo o sentimentale). La richiesta può tuttavia essere accolta o negata dal prefetto, ferma, in caso di diniego, la possibilità di ricorso di fronte al Tribunale.

<sup>66</sup> L'esperienza tedesca dimostra, del resto, che, quando si lascia ai genitori la facoltà di scegliere sulla base della regola del consenso, la scelta si orienta prevalentemente per il rispetto della tradizione, per l'assunzione quindi del solo cognome paterno. Si ricordi che in Germania il figlio nato nel matrimonio assume il cognome di famiglia, se i genitori ne hanno scelto uno, oppure il cognome che viene scelto al momento della nascita, senza che sia possibile attribuire al figlio un doppio cognome. Ebbene, da un recente studio della *Gesellschaft für deutsche Sprache (GfDS)* è emerso che solo il 6 per cento delle coppie sceglie come nome di famiglia quello della moglie, mentre il 75 per cento sceglie quello del marito, che è quindi quello che, almeno di regola, si trasmette anche ai figli (ne dà conto la *Suddeutsche Zeitung* del 19 dicembre 2018, *Nur sechs Prozent aller Paare entscheiden sich für den Namen der Frau*, in [www.suddeutsche.de](http://www.suddeutsche.de); le percentuali restanti si dividono tra coppie che non scelgono alcun cognome familiare, conservando ciascun componente il proprio cognome, e i casi di coppie in cui un coniuge aggiunge al cognome familiare anche il proprio cognome, che però, come anticipato, non si trasmette ai figli). V. anche S. LETTMAIER, *Notwendigkeit einer Reform des (Familien-)Namensrechts*, cit., p. 7.



questo caso, infatti, è prevedibile che l'apertura ad un impiego paritario di entrambi i cognomi resti tale solo sulla carta, rimanendo l'opzione per il doppio cognome recessiva nell'uso comune.

Inoltre, la regola basata sul consenso – comunque declinata (sia che si riferisca alla scelta di un solo cognome, sia che si apra anche alla scelta di un cognome doppio<sup>67</sup>) – rischia di aprire la strada a dissidi interni al nucleo familiare proprio nel momento più delicato per la vita di una famiglia, ossia quello in cui, allargandosi il nucleo originario ad accogliere un nuovo componente, peraltro particolarmente bisognoso di affetto e di attenzioni, la famiglia esige il massimo possibile di unità ed armonia.

Non è dunque da escludere che la regola del consenso, per una sorta di eterogenesi dei fini, possa rivelarsi essa stessa causa scatenante di conflitti familiari poi difficilmente sanabili<sup>68</sup>, evidenziando un contrasto con l'esigenza di unità familiare espressa nell'art. 29 Cost.

In ogni caso, quel che pare decisivo è che la regola del consenso, ove si declini specificamente nel senso di imporre la scelta di un solo cognome tra quelli dei due componenti della coppia, comporta la defalcazione di una parte della storia familiare, e priva quindi i figli di una componente essenziale della propria immagine familiare, non solo mortificando la pienezza della loro identità familiare<sup>69</sup>, ma anche contraddicendo l'esigenza di unità della famiglia.

---

<sup>67</sup> Ma il problema, come diremo nel paragrafo seguente, si pone anche nel caso in cui ai genitori spetti solo di scegliere l'ordine dei cognomi all'interno di un cognome doppio attribuito per legge.

<sup>68</sup> Per questa ragione, ove si preferisse adottare una regola siffatta, sarebbe comunque opportuno separare il momento della manifestazione del consenso rispetto a quello della nascita dei figli, anticipandolo ad una fase antecedente, che potrebbe essere anche quella della celebrazione del matrimonio. In consonanza con questa idea si pongono le riflessioni di G. BALLARANI, *Disposizioni in materia di attribuzione del cognome ai figli (d.d.l. n. 1628)*, in *Dir. fam. e pers.*, p. 741 ss. (il contributo riproduce il testo dell'*Audizione informale* resa dall'A. nell'ambito dei disegni di legge n. 1628 e connessi, reperibile in *Raccolta contributi. Audizioni sul d.d.l. n. 1628 e connessi*, p. 17, in *senato.it.*), il quale, rilevato come la scelta del cognome possa generare conflittualità fra i coniugi, ritiene opportuno "rimettere ai nubendi la scelta del cognome dei figli nella fase prematrimoniale, anziché al momento eventuale della nascita del primo figlio", e ciò "in linea con l'esigenza di garantire l'unità familiare così come espressa in Costituzione".

<sup>69</sup> Che l'identità del figlio si debba misurare anche con la sua capacità di identificarsi nelle proprie origini familiari è evidenziato anche da G. BALLARANI, *Disposizioni in materia*, cit., p. 741 s., il quale osserva come "il contenuto minimo essenziale della identità personale di qualunque individuo sia indissolubilmente ancorato alle proprie origini e da queste non possa discostarsi, se non a costo di negarne in radice il fondamento; ed è, del pari, di ogni evidenza come il contenuto minimo delle origini sia ancorato, a sua volta, alle tradizioni e alle radici familiari, altrettanto evidente è come la richiamata esigenza ordinamentale di garanzia dell'unità familiare non possa esaurirsi nel solo contesto del rapporto fra i coniugi, ma debba piuttosto leggersi come proiettata anche nel senso della continuità della famiglia e delle tradizioni sue proprie". L'A. giunge, tuttavia, a conclusioni differenti quanto alla regola che meglio potrebbe soddisfare questa esigenza (v. *infra*).



L'unità della famiglia dev'essere intesa, infatti, non come mero scrupolo formale, da ritenersi soddisfatto per il solo fatto che sia sempre lo stesso cognome a trasmettersi da una generazione all'altra. Al contrario, l'unità familiare esprime un valore sostanziale, il quale esige, in particolare, che il cognome offra una rappresentazione il più possibile completa dell'effettiva realtà familiare, indicativa dunque di entrambe le linee che convergono nel dare vita al singolo nucleo familiare<sup>70</sup>: punto, questo, ben colto, come si è anticipato, dalla Corte costituzionale italiana nella pronuncia n. 286 del 2016 (sia pure con una soluzione che, per altri versi, è parziale e insoddisfacente).

In aggiunta a queste considerazioni si pone il rilievo che la scelta dei genitori deve essere orientata al perseguimento del migliore interesse del minore<sup>71</sup>, ed è indubbio che tale interesse non sia adeguatamente perseguito da una scelta che priva il minore di una parte così rilevante della sua complessiva identità familiare<sup>72</sup>.

Né ci pare, tuttavia, in grado di ovviare a questo inconveniente la soluzione intermedia adottata in Francia (e in parte esistente ora anche in Italia per effetto della citata pronuncia della Corte costituzionale), ovvero quella di lasciare i genitori liberi di scegliere tanto un cognome unico quanto il doppio cognome. A parte il "disordine" che può derivare dall'eterogeneità delle scelte che verrebbero a divergere sensibilmente da una famiglia all'altra, in un sistema (quello di attribuzione del cognome) che dovrebbe invece es-

---

<sup>70</sup> Proseguendo idealmente il ragionamento già svolto dalla Corte costituzionale nella sentenza del 2016, secondo cui è "l'eguaglianza tra i coniugi che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo" (v. già sent. n. 133/1970), si può osservare che l'unica regola che assicura piena eguaglianza nella trasmissione del cognome ai figli, e che dunque realizza in massimo grado l'esigenza di unità della famiglia, è quella che prevede l'attribuzione ai figli di entrambi i cognomi, senza sacrificarne nessuno sull'altare dell'unità. La regola dell'accordo è, da questo punto di vista, meno tutelante, anche perché dove si richiede l'accordo ben può insinuarsi il disaccordo e, quindi, il germe della frantumazione dell'unione.

<sup>71</sup> V. l'art. 3, comma 1°, della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia: "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente".

<sup>72</sup> Sono condivisibili, in proposito, le considerazioni di S. SCHIVO, *Audizione informale nell'ambito dei disegni di legge n. 1628 e connessi (disposizioni sul cognome dei figli)*, in *Raccolta contributi. Audizioni sul d.d.l. n. 1628 e connessi*, p. 43, per la quale "non si comprende (...) come la scelta di identificare la prole con il cognome di uno solo dei genitori possa ritenersi un atto di esercizio della responsabilità genitoriale adeguato a tutelare l'interesse del minore", posto l'interesse di quest'ultimo "al riconoscimento del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali nel processo di costruzione di tale identità attraverso l'identificazione con il cognome di entrambi i genitori"; non è possibile, infatti, ritenere che la responsabilità genitoriale "attribuisca ai genitori il diritto di compiere scelte anche contrarie alla piena ed effettiva realizzazione dei diritti dei minori, primo fra tutti quello della propria identità personale".



sere informato a certezza, omogeneità e uniformità<sup>73</sup>, rimane infatti fermo che anche con una soluzione siffatta vi sarebbero figli che, per scelta dei loro genitori, sarebbero privati di quella completa rappresentazione della loro identità familiare che si è sin qui auspicata come piena realizzazione del diritto all'identità personale<sup>74</sup>.

8. – Alla luce delle considerazioni che precedono, è giocoforza concludere che la preferenza del legislatore debba cadere sul regime di attribuzione *ope legis* e con previsione inderogabile del doppio cognome, unica soluzione, tra le tante possibili, che garantisce la piena uguaglianza all'interno della coppia e la più completa rappresentazione delle due storie familiari che nel nuovo nucleo familiare si uniscono<sup>75</sup>, pienamente rispondendo anche al principio di bigenitorialità<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Di soluzione farragginosa ed estranea al sentire comune discorre, in particolare, M. PARADISO, *I rapporti personali*, cit., p. 156 s.

<sup>74</sup> Di diverso avviso T. AULETTA, *Commento all'art. 1, comma 10*, cit., p. 129 s., il quale, riferendosi alla soluzione adottata dalla Corte costituzionale nel 2016, osserva che "l'obiezione di farraginosità della soluzione dal punto di vista pratico ed estranea al sentire comune, va stemperata in quanto nei rapporti sociali la coppia (coniugata o unita civilmente) sarebbe libera di adottare la soluzione più rispondente alle proprie esigenze, ma dal punto di vista dei principi si introdurrebbe un segnale forte riguardo alla tutela dell'uguaglianza dei suoi componenti". A nostro avviso, detto segnale potrebbe però essere ben più forte e risolutivo se la legge optasse direttamente per l'imposizione del doppio cognome come regola inderogabile, senza fondare tale scelta sulla mera eventualità dell'accordo né correre il rischio (gratuito) del disaccordo.

<sup>75</sup> Anche S. LETTMAIER, *Notwendigkeit einer Reform des (Familien-)Namensrechts*, cit., p. 7 s., osserva come la regola del doppio cognome, secondo il modello della tradizione spagnola, consenta di conservare integra nel figlio la percezione della sua discendenza da entrambi i genitori, evitando che la sua appartenenza familiare venga, per così dire, dimezzata ("halbiert"). L'A., pur propendendo per una riforma del sistema tedesco di attribuzione del cognome ai figli che muova in questa direzione, conclude nel senso che, qualora una simile opzione venisse considerata troppo radicale o comunque politicamente impraticabile, si dovrebbe considerare l'ipotesi di rimettere ai genitori la facoltà di scegliere il doppio cognome su base volontaria, al contempo rafforzando l'autonomia del figlio al riguardo.

<sup>76</sup> E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 977. Il principio di bigenitorialità è, in particolare, alla base di quelle pronunce che applicano l'art. 262, comma 4°, c.c., nel senso di privilegiare la soluzione della giustapposizione dei cognomi della madre e del padre, in luogo della sostituzione del cognome paterno a quello materno. V., per tutte, Cass., 5 luglio 2019, n. 18161, la quale ha ritenuto insindacabile in sede di legittimità la scelta del giudice di merito di optare, fra le possibilità previste dall'art. 262 c.c., comma 2°, per la anteposizione del cognome paterno fondando le ragioni di tale scelta sull'intento di "salvaguardare, anche sotto il profilo identitario che comporta l'attribuzione del cognome, il valore della bigenitorialità e negare invece un rilievo al collocamento del minore affidato congiuntamente ad entrambi i genitori". Si tratta, ha osservato la Corte di legittimità, di "una scelta, chiaramente motivata, che consente al minore di rendere percepibile all'esterno la filiazione da entrambi i genitori e che nell'anteporre anziché aggiungere il cognome paterno ha voluto preservare il minore da una raffigurazione, interiore ed esteriore, non paritaria del ruolo dei



Non è, per la verità, una soluzione priva di inconvenienti.

Quello più vistoso, ma non per questo insuperabile, è la rottura della tradizione<sup>77</sup> che una regola siffatta comporterebbe ove introdotta in Italia.

Non ci sembra, tuttavia, che questo pur importante aspetto possa giustificare il sacrificio di istanze superiori, quali quelle dell'uguaglianza e dell'identità personale. D'altronde, la società italiana ha già vissuto momenti di traumatica rottura della tradizione a seguito di mutamenti repentini di legislazione, senza che questo abbia impedito il formarsi, anche in tempi relativamente brevi, di nuovi costumi maggiormente in linea con i ripensati fondamenti del sistema giuridico<sup>78</sup>.

Non va poi dimenticata la fondamentale funzione promozionale del diritto<sup>79</sup>, che, lì dove necessario, non deve esitare a porsi come motore di innovazione positiva nella società.

Sotto questo specifico profilo, si rafforza la convinzione che in questa materia lo spa-

---

due genitori. Una opzione quest'ultima che non può evidentemente ritenersi soggetta al sindacato giurisdizionale di legittimità".

<sup>77</sup> A questo tema si mostra particolarmente sensibile G. BALLARANI, *Disposizioni in materia*, cit., p. 746, il quale evidenzia come siano "gli stessi principi costituzionali di ragionevolezza e di proporzionalità ad imporre al legislatore così come all'interprete (...) prudenza nella riflessione e continenza nell'intervento, nella consapevolezza che l'attribuzione di nuovi diritti è un percorso univoco e irreversibile anche a fronte di macroscopiche contraddizioni di sistema spesso determinate da una riflessione sommaria connessa ad una eccessiva spinta verso un rapido adeguamento del piano normativo ai nuovi paradigmi che, con sempre maggiore frequenza, emergono nel contesto europeo". Movendo da queste premesse, l'A. preferisce proporre una soluzione che rimetta all'accordo tra i coniugi (anticipato però all'atto della celebrazione delle nozze) la scelta del cognome familiare composto dai loro cognomi paterni nell'ordine fra di loro concordato, ma che altresì, in caso di mancata scelta, preveda l'applicazione del criterio legale della precedenza del cognome maritale su quello della moglie (ferma, infine, la possibilità per i coniugi di rappresentare all'ufficiale di stato civile la volontà di mantenere il solo cognome del marito, in conformità con la "tradizione giuridica coniugale"). Secondo l'A., una simile previsione, "lungi dal poter essere tacciata di profili discriminatori, (...) ha pieno senso solo a voler considerare come, in un contesto futuro, ma prossimo, di vigenza esclusiva del doppio cognome, i figli nati fuori dal matrimonio e riconosciuti solamente da un genitore sarebbero immediatamente identificabili e qualificabili come tali in quanto portatori di un solo cognome, potendosi per tal via ipotizzare un implicito profilo discriminatorio e, del pari, una contrarietà alle garanzie di eguaglianza così come attuate dal legislatore del 2012 con riguardo alla unicità dello stato di figlio". La soluzione, per quanto ampiamente argomentata, non sembra tuttavia accoglibile, sia per l'eccessivo peso che attribuisce alla tradizione rispetto all'istanza di uguaglianza tra i coniugi, sia perché, nel paventare una possibile discriminazione tra figli, non tiene conto di come la regola del doppio cognome, almeno una volta entrata a regime, implichi che anche il figlio nato fuori del matrimonio e riconosciuto da un solo genitore acquisti in ogni caso un doppio cognome, ovvero il doppio cognome del genitore che lo ha riconosciuto: non si vede, dunque, come il doppio cognome possa essere fonte di discriminazione al riguardo.

<sup>78</sup> Si pensi all'introduzione dell'istituto del divorzio o all'equiparazione completa tra i figli o, ancora, più di recente, al riconoscimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso.

<sup>79</sup> V. N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1312 ss.



zio da riservare alla libera scelta dei componenti della coppia non debba essere sopravvalutato nella sua portata taumaturgica, potendo l'affermarsi di condotte concretamente attuative dei principi fondamentali dell'ordinamento meglio essere garantita, almeno in questo caso, da automatismi affidati all'operare di norme inderogabili di legge<sup>80</sup>.

All'inconveniente appena descritto se ne aggiunge semmai un altro, meno appariscente ma più insidioso, ovvero il dato per cui la regola di attribuzione inderogabile del doppio cognome non consente di dare conto in modo completo dell'unità della famiglia nel passaggio da una generazione all'altra.

È, infatti, evidente che, ove accolta dall'ordinamento, la regola del doppio cognome dovrebbe accompagnarsi ad una regola che, nella generazione successiva, consenta la trasmissione ai nipoti di uno soltanto dei cognomi che compongono la coppia del cognome di ciascun genitore, dovendosi per ovvie ragioni evitare un allungamento esponenziale dei cognomi tra una generazione e l'altra<sup>81</sup>. Sennonché, questa soluzione – di per sé inevitabile perché fondata sul buon senso – porta comunque i figli ad acquisire un cognome (doppio) diverso dai cognomi (doppi) dei propri genitori e così via a proseguire con le generazioni successive che progressivamente si distaccheranno sempre di più dai cognomi dei loro avi<sup>82</sup>.

Nonostante questi inconvenienti, ci sembra tuttavia che la regola di attribuzione automatica e inderogabile del doppio cognome rappresenti un compromesso ragionevole, che, pur non consentendo neanche essa la realizzazione piena dell'esigenza di unità familiare, garantisce, rispetto alle altre regole possibili, il minor sacrificio di tale esigenza (limitato comunque soltanto alla sua proiezione verticale nel passaggio tra più generazioni) insieme al più ampio grado di attuazione del diritto all'identità personale di tutti i componenti il nucleo familiare e di garanzia dell'uguaglianza tra i genitori.

## 9. – Nella prospettiva di rendere la regola allo stesso tempo più efficiente e massi-

---

<sup>80</sup> Come è dimostrato dal constatato fenomeno di fuga dalla comunione legale tra coniugi, istituto introdotto anch'essa proprio allo scopo di consentire l'attuazione concreta del principio di uguaglianza morale e materiale tra coniugi, la promozione di comportamenti virtuosi non sempre si concilia con l'attribuzione di spazi ampi di libertà agli individui.

<sup>81</sup> È questo l'argomento di buon senso che, insieme ad altri, ha portato il *Bundesverfassungsgericht* tedesco a ribadire il divieto per i genitori di attribuire ai figli cognomi doppi o composti (*BverfG, Urteil vom 30. Januar 2002, 1 BvL 23/96*).

<sup>82</sup> Si crea in tal modo comunque una discontinuità (almeno parziale) tra le generazioni e si rende più difficile (anche se non impossibile) cogliere l'unità della famiglia nel passaggio da una generazione all'altra.



mamente allineata con i principi generali, ci si può in ogni caso interrogare su quale sia il meccanismo più adatto per regolare al meglio la selezione di quale cognome, tra i due che compongono il doppio cognome, si debba trasmettere ai discendenti della generazione successiva.

Sono in astratto possibili varie combinazioni.

Si può, ad esempio, immaginare che la scelta della posizione dei due elementi sia rimessa ai genitori e che ad essa segua la trasmissione automatica solo del primo elemento ai nipoti, senza possibilità di alcuna scelta ulteriore da parte dei figli.

In alternativa si può lasciare che la posizione dei due elementi sia decisa sulla base di una regola automatica che prescinde dal consenso (ad es., precedenza al cognome del padre o a quello della madre, ordine alfabetico, sorteggio, ecc.) e vi sia quindi, anche in questo caso, l'automatica trasmissione solo del primo elemento.

Infine, è anche possibile che la scelta della posizione sia rimessa ai genitori e che si lasci però ai figli la possibilità di scegliere quale dei due elementi trasmettere ai nipoti, anche a prescindere dall'ordine originario.

La soluzione che prevedesse sempre – ossia come criterio inderogabile – la prevalenza di un dato cognome (quello paterno o quello materno) sull'altro riprodurrebbe, nella sua rigidità, le stesse preoccupazioni sul piano del rispetto dell'uguaglianza tra i due rami genitoriali che portano a preferire, in generale, la regola del doppio cognome rispetto a quella del cognome unico (v. *supra*).

Il criterio che privilegia l'ordine alfabetico, per quanto neutrale rispetto alla scelta del ramo paterno o di quello materno, non sembra invece adeguato per altre ragioni. L'ordine alfabetico (al pari di un criterio basato sul sorteggio) è regola senz'altro conforme al principio di eguaglianza<sup>83</sup>; tuttavia, se a questa si associasse la regola che implica trasmissione ai figli solo del primo cognome, si avrebbe un'ingiustificata discriminazione nel tempo dei cognomi che sono collocati più in basso nell'ordine alfabetico e che sarebbero, in quanto tali, sempre recessivi<sup>84</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, almeno in questo ristretto ambito, ossia sul piano specifico della scelta dell'*ordine* dei due cognomi (decisivo per la trasmissione del primo dei due cognomi ai figli), la soluzione preferibile sembra essere quella che attribuisce

---

<sup>83</sup> V. A. SASSI, S. STEFANELLI, *Audizione informale nell'ambito dei disegni di legge n. 1628 e connessi (disposizioni sul cognome dei figli)*, in *Raccolta contributi. Audizioni sul d.d.l. n. 1628 e connessi*, p. 36 s., in *senato.it*: “La regola dell'ordine alfabetico consente di garantire l'eguaglianza tra i genitori, in quanto ne garantisce il pari trattamento senza distinzione di sesso (art. 3 Cost.)”.

<sup>84</sup> Con il rischio che possano finanche gradualmente scomparire dall'uso comune.



massima possibilità di scelta dell'ordine dei cognomi ai genitori<sup>85</sup>. Infatti, una volta garantita la presenza di entrambi i cognomi, e garantita dunque l'uguaglianza nella rappresentazione dei due rami genitoriali nella formazione del cognome del figlio, la posizione del cognome all'interno del doppio cognome diviene un dato a ben vedere secondario e tendenzialmente neutro, che ben può essere rimesso alla scelta concorde dei genitori<sup>86</sup>.

Ragioni di opportunità portano, per contro, ad escludere che l'individuazione della parte del doppio cognome che si trasmette ai nipoti possa essere rimessa in gioco dai figli stessi, a cui sia consentito di prescindere dall'ordine stabilito dai genitori (mentre agli stessi rimarrebbe sempre la scelta, in sede di determinazione del doppio cognome dei propri figli, dell'ordine in cui il loro *primo* cognome si debba collocare rispetto al *primo* cognome del rispettivo coniuge). Una simile soluzione moltiplicherebbe, infatti, a dismisura le variabili relative alle combinazioni possibili di cognomi, conferendo eccessiva

---

<sup>85</sup> Se si accoglie questa prospettiva, si ripropone il problema del momento in cui collocare la scelta dell'ordine tra i cognomi. Anche questa scelta, sia pure ridimensionata nella sua portata perché limitata solo all'ordine interno al doppio cognome, potrebbe infatti essere occasione di conflitti. Ciò considerato, è dunque preferibile anticiparla al momento del matrimonio, semmai consentendone la modifica successiva prima della attribuzione del (doppio) cognome al primo figlio. Si tratta, però, ulteriormente di stabilire se la scelta anticipata debba intendersi anche come scelta obbligata di un cognome familiare, in particolare, per le ragioni dette, nella forma del doppio cognome costituito dai primi cognomi dei due coniugi, da compiersi dunque a prescindere dall'esigenza di individuare il cognome da trasmettere ai figli. Non sembra essere questo, per la verità, un esito inevitabile. La nostra tradizione va, per contro, nella direzione di riconoscere la possibilità di conservazione da parte di ciascun coniuge del proprio cognome, almeno sotto il profilo anagrafico, l'esperienza dimostrando che una simile regola non inficia l'unità della famiglia e sottolinea l'autonomia della posizione di ciascun coniuge (v., sul punto, T. AULETTA, *Commento all'art. 1, comma 10*, cit., p. 128, il quale richiama anche la regola vigente in Germania, che, pur imponendo ai coniugi la scelta di un cognome comune, prevede come unica conseguenza del mancato adempimento di questo dovere che ciascun coniuge continua a portare il suo cognome di nascita). Per garantire l'uguaglianza tra i coniugi si potrebbe al più estendere anche al marito la regola secondo cui la moglie può aggiungere al proprio cognome quello del coniuge (art. 143 *bis* c.c.), preferibilmente specificando però sia, in primo luogo, che si tratta di una facoltà e non di un obbligo sia, in secondo luogo, che detta scelta non ha conseguenze sul piano anagrafico, oppure, nell'ottica dell'introduzione del doppio cognome, prevedere la facoltà per gli stessi, ma non l'obbligo, di adottare un doppio cognome formato dall'unione dei propri (primi) cognomi. V. anche T. AULETTA, *Commento all'art. 1, comma 10*, cit., p. 128, per il quale *de iure condendo* sarebbe ragionevole estendere ai coniugi la soluzione introdotta dall'art. 1, comma 10°, l. n. 76/2016 per le parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, consentendo però anche la scelta di un doppio cognome quale cognome comune della famiglia.

<sup>86</sup> Come già detto, è altamente probabile che, se si lascia la libertà di scelta, la gran parte delle coppie opti per la soluzione più vicina alla tradizione ossia per anteporre il cognome paterno a quello materno. Riteniamo però che questo sia un *vulnus* tutto sommato accettabile all'esigenza di garanzia dell'uguaglianza, che, nella misura in cui non incrina in alcun modo l'identità personale (perché comunque entrambi i cognomi sono rappresentati) è in linea con il dettato dell'art. 29, comma 2°, Cost. Non sarebbe così se la scelta fosse per un cognome unico, perché in questo caso, come si è già rilevato, vi sarebbe invece il sacrificio di una componente della storia familiare.



incertezza al sistema (e allentando la stessa riconoscibilità dell'unione familiare nel tempo)<sup>87</sup>. La preclusione di ulteriori scelte conferisce, dunque, maggiore prevedibilità al sistema, altresì evitando ai figli decisioni comunque difficili da prendere sul piano degli affetti.

In questa prospettiva che valorizza sì il consenso tra i genitori ma lo fa in misura fortemente ridimensionata, ossia non sul piano della scelta tra cognome unico e cognome doppio, ma esclusivamente sotto il profilo della scelta dell'ordine tra i due (primi) cognomi<sup>88</sup>, si ripropone però comunque la necessità di individuare una regola alternativa applicabile in caso di difetto di accordo sull'ordine.

Non convince, al riguardo, la soluzione adottata in Spagna a partire dalla riforma del *Registro civil* (ed entrata in vigore nel 2017), ossia quella che, in caso di difetto di accordo, rimette all'ufficiale dello stato civile la facoltà di scegliere l'ordine dei cognomi sulla base del criterio del superiore interesse del minore. Una siffatta soluzione finisce, infatti, per rimettere un'ampia – e difficilmente giustificabile – discrezionalità agli ufficiali di stato civile rispetto a una questione che, pur coinvolgendo anche interessi pubblici, attiene primariamente alla tutela di interessi personalissimi degli interessati, rispetto alle quali non sembra immaginabile una delega all'ufficiale dello stato civile, che apre peraltro la strada a decisioni irrazionali o comunque ispirate a criteri eccessivamente variabili da caso a caso<sup>89</sup>.

Rimangono dunque solo due opzioni possibili: quella di adottare, almeno in questo più ristretto ambito di efficacia (ossia come criterio sussidiario, applicabile solo in caso di difetto di scelta, e non già come criterio primario inderogabile), il criterio alfabetico;

---

<sup>87</sup> V. sul punto anche S. SCHIVO, *Audizione informale*, cit., p. 45, in commento critico ai commi 3° e 4° dell'art. 1 del d.d.l. n. 1628 che appunto prevedevano una regola siffatta. L'A. osserva peraltro come sia irragionevole porre a carico dei figli l'onere di stabilire quale dei due rami genitoriali sacrificare e quale far sopravvivere nel tempo, mettendoli di fronte ad un irrisolvibile (e finanche crudele) conflitto di affetti, contrario, in definitiva, proprio all'esigenza di unità familiare.

<sup>88</sup> In sintesi, se Tizio, che porta il cognome AB (per ordine scelto dai suoi genitori), e Caia, che porta il cognome CD (sempre per ordine scelto dai suoi genitori), sono chiamati a decidere il proprio cognome familiare o comunque il cognome dei propri figli, essi avranno la possibilità di scegliere se adottare il doppio cognome AC o CA (ma non, ad es., i cognomi BD o BC o DB ...) e l'ordine da loro scelto farà sì che i loro figli potranno trasmettere ai nipoti (nell'ordine da loro deciso rispetto al primo cognome del loro coniuge) solo, rispettivamente, il cognome A o il cognome C (e non anche il secondo dei due elementi della coppia di cognomi).

<sup>89</sup> La scelta potrebbe essere fondata, ad esempio, su esigenze di eufonia, di tradizione familiare, di riconoscibilità pubblica del cognome, o su evidenze statistiche, ma è agevole comprendere che qualsiasi motivazione fosse offerta dall'ufficiale dello stato civile si presterebbe, per la sua intrinseca opinabilità, ad essere sindacata in giudizio come arbitraria.

# JUS CIVILE



oppure in alternativa, quella di dare precedenza, nuovamente solo in questo ristretto ambito, sempre al (primo) cognome paterno<sup>90</sup> o sempre al (primo) cognome materno<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> La soluzione che privilegia il cognome paterno (fino al 2017 regola vigente in Spagna in caso di difetto di scelta), seppur non pienamente conforme al principio di uguaglianza, si potrebbe forse – ma il condizionale è d’obbligo, data la delicatezza della materia – accettare come residuo (e residuale) ossequio alla tradizione familiare italiana. Ed infatti, se è certamente irragionevole – come sopra si è evidenziato – assegnare priorità al rispetto della tradizione prevedendo che, in assenza di accordo sulla scelta doppio cognome, sia automatica la trasmissione del solo cognome paterno come *cognome unico*, perché questo comporterebbe un *vulnus* irrimediabile al principio di eguaglianza, non altrettanto sembra potersi affermare con riguardo all’ipotesi di cui qui si sta discorrendo, ossia quella di un impiego solo residuale ed estremamente contenuto del criterio di precedenza del cognome paterno all’interno di una regola comunque basata sulla trasmissione di entrambi i (primi) cognomi delle due linee genitoriali ai primi figli. Una regola di questo tipo non impedisce che, nel rapporto tra i coniugi, entrambi vedano rappresentato il proprio cognome come cognome della coppia e lo trasmettano ai figli e, nella prospettiva di questi ultimi, che i figli stessi si vedano correttamente rappresentati nelle linee di entrambi i genitori. La prevalenza del cognome paterno varrebbe solo per stabilire un ordine su cui non vi è accordo ma garantirebbe l’unità della famiglia sulla base di un criterio di rispetto della tradizione in sé preferibile rispetto ad una logica puramente alfabetica, che comporterebbe invece il depauperamento progressivo della varietà dei cognomi.

<sup>91</sup> Una soluzione siffatta, pur sacrificando la tradizione, consentirebbe di perseguire al massimo un’ esigenza in ogni caso meritevole anch’essa di ampia considerazione, ossia quella di valorizzare (e premiare, anche se solo sotto un profilo residuale – e tutto sommato marginale – del generale regime di attribuzione dei cognomi) il ruolo centrale della madre nella procreazione, in particolare in considerazione della funzione insurrogabile che la stessa riveste come gestante e prima nutrice nei primi mesi di vita del bambino.



*LARA MODICA*

*Professore ordinario di Diritto civile – Università di Palermo*

## **LA RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA**

SOMMARIO: 1. *Le ragioni della riforma.* – 2. *Di alcune novità in tema di ristrutturazione dei debiti del consumatore.* – 3. *Il problema della cessione del quinto dello stipendio.* – 4. *Le condizioni soggettive ostative.*

1. – L'ennesimo restyling della disciplina dedicata al sovraindebitamento risponde ad un duplice dichiarato intento.

Il primo, di ordine sistematico. Una volta assunta a criterio ordinatore dell'intera riforma la fissazione di un quadro comune ritagliato sulle nozioni base di crisi e di insolvenza, anche le norme in tema di sovraindebitamento – che su quelle nozioni è in sostanza appiattito – andavano uniformate al nucleo di regole generali dettate per tutte le procedure, liquidatorie e conservative; sicché, salvi i profili di specificità imposti dalla fattispecie, l'ambizione armonizzatrice del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si è tradotta in una inevitabile opera di rivisitazione della disciplina fin qui contenuta nella l. n. 3/2012 in grado di consentirne la organica inclusione nel cuore del rinnovato diritto concorsuale.

Il secondo, di indole per così dire promozionale. A differenza dei tanti paesi, europei ed extraeuropei, che da anni sperimentano con successo procedure di risanamento della crisi finanziaria del debitore civile, in Italia gli istituti dedicati al sovraindebitamento hanno esercitato scarsissimo appeal presso l'ampia platea di operatori e debitori interessati; rintracciate le ragioni dell'insuccesso anche nel carattere frammentario e disorganico del testo originario, l'intervento riformatore ha inteso dare un nuovo slancio a queste procedure, rimuovendone disfunzioni ed inefficienze sì da renderne più appetibile l'applicazione.

Non si è trattato dunque di una radicale riscrittura delle regole: il codice ha piuttosto



importato l'impalcatura originaria della l. n. 3/2012 affinandone la fattura e semplificandone la trama; e i nuovi *nomina* non evocano istituti inediti ma segnano l'aggiornamento in chiave di semplificazione e interna coerenza di un corpo normativo che, più o meno negletto che fosse, da anni ormai apparteneva al panorama nostrano.

Ciò è tanto più vero per il “*piano del consumatore*” che, pur ribattezzato “*ristrutturazione dei debiti del consumatore*” ed arricchito di non trascurabili correttivi, mantiene invariata la sua fisionomia di concordato *sui generis*, sganciato dall'approvazione dei creditori<sup>1</sup> ed imperniato su cause dell'indebitamento e concreta idoneità della programma esdebitatorio a sanare lo stato di crisi.

Permangono allora tutte le questioni teoriche e sistematiche implicate da un modello di gestione autoritativa del rapporto debito/credito (e per di più a partire da un atto unilaterale del consumatore, contro, dunque, il dogma della indisponibilità dell'insolvenza), di certo dissonante rispetto alla disciplina comune dell'adempimento e dell'esecuzione forzata. Almeno all'interno dell'*enclave* delimitata dalla specialità soggettiva e oggettiva di cui agli artt. 67 ss. CCII, non è più del tutto vero, per esempio, che l'impotenza finanziaria sia «colpevole» per definizione o che il creditore possa fare espropriare i beni del debitore per conseguire quanto gli è dovuto<sup>2</sup>.

L'inclusione della disciplina di ristrutturazione dei debiti del consumatore nel corpo del codice della crisi non è però senza significato: essa disvela anzitutto, e senza più ambiguità, la vera anima di tutti i congegni di *discharge*, necessariamente proiettati sul piano degli interessi generali in chiave di sostegno della domanda e perciò coesenziali a politiche di strutturazione e potenziamento dei mercati. Seppure si tratti di acquisizione

---

<sup>1</sup> L'obliterazione di una fase deliberativa dei creditori non è un *unicum* nel sistema delle soluzioni concordatarie, ricorrendo per esempio nelle procedure concorsuali «amministrative» delineate dagli artt. 214, l. fall. (ora 314 CCII) e 78 del d.lgs. n. 270/1999 ove a prevalere è l'obiettivo di neutralizzazione della possibile mancata adesione dei creditori in funzione di tutela dell'interesse pubblico (alla continuità dell'impresa) sotteso all'approvazione della proposta. Il piano del consumatore, almeno da questo profilo, sembra vantare un'appartenenza al *genus* dei concordati «speciali» o coattivi proprio in quanto funzionale alla realizzazione di un interesse sovraordinato sull'altare del quale si sacrifica il principio di fedeltà ai patti contrattuali.

<sup>2</sup> Su questi temi, MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012; PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento*, Torino, 2012; ID., *Indebitamento e sovraindebitamento: tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 822 ss.; CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni. Alcune riflessioni ai confini del sistema del diritto civile*, in *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, a cura di D'AMICO, Torino, 2018, p. 138 ss.; D'AMICO, *Esdebitazione e concorso dei creditori nella disciplina del sovraindebitamento*, *ivi*, p. 1 ss.; PAGLIANTINI, *L'insolvenza del consumatore tra debito e responsabilità: lineamenti dell'esdebitazione*, *ivi*, p. 49 ss.



non inedita – già Carnelutti avvertiva che «vi è un interesse superiore che va oltre a quello dei creditori e che deve essere tutelato ed è l'interesse alla produzione e all'economia o, più in generale, l'interesse pubblico», per assicurare il quale è necessario che «di fronte all'insolvenza del debitore *meritevole* si pervenga alla sua esdebitazione mediante il sacrificio almeno parziale dei creditori»<sup>3</sup> – la chiara emancipazione dalla dimensione della inclusione sociale e la proclamata appartenenza dei dispositivi di esdebitazione al novero degli strumenti di innalzamento dei livelli di efficienza e competitività del sistema economico<sup>4</sup>, rappresenta uno snodo essenziale per la corretta comprensione del fenomeno e delle sue ricadute sistematiche.

2. – Le novità introdotte dal codice della crisi e dell'insolvenza in punto di sovraindebitamento del consumatore sono molte e per nulla marginali<sup>5</sup>: che rispondano ai rilievi mossi dalla dottrina o risolvano contrasti giurisprudenziali, tutte inclinano verso un modello più marcatamente *debtor oriented*, in sintonia con l'esplicito intento del riformatore di liberare il maggior numero di risorse da far confluire nel progetto di ristrutturazione e di allargare la platea dei soggetti abilitati favorendone l'esdebitazione.

Alcune hanno una portata generale (la procedura familiare di cui all'art. 66 CCII<sup>6</sup> e l'estensione degli effetti delle procedure nei confronti dei soci illimitatamente responsabili *ex art. 65 n. 4*<sup>7</sup>), altre riguardano specificatamente il sovraindebitamento del consumatore; su queste ci fermeremo brevemente.

Scompare intanto l'alternatività fra piano e accordo delineata dalla l. n. 3/2012, rima-

---

<sup>3</sup> *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p. 676.

<sup>4</sup> *Relazione illustrativa*, p. 2.

<sup>5</sup> Rimane irrisolto, fra gli altri, il problema della durata del piano, su cui Trib. Locri, 5 marzo 2018: «l'adozione di una interpretazione eccessivamente restrittiva dell'ammissione alle procedure in esame, e in particolare al piano del consumatore, che consideri come elemento dirimente per negare l'omologa una specifica durata (ad es. ultraquinquennale, in applicazione analogica dei principi elaborati in materia di concordato preventivo) rischia di minare l'effettività dello strumento».

<sup>6</sup> Sulla base della presa d'atto che le presone si indebitano spesso per sostenere l'attività di propri congiunti, il codice ha introdotto specifiche norme per la regolamentazione delle crisi della famiglia, attraverso la possibilità di presentazione di un unico piano congiunto ovvero mediante la trattazione unitaria delle procedure attivate da più membri dello stesso nucleo familiare. Si tratta di una conclusione anticipata da molte decisioni di merito: Trib. Bergamo, 26 settembre 2018, Trib. Mantova, 8 aprile 2018; Trib. Novara, 25 giugno 2017.

<sup>7</sup> PASQUARIELLO, *L'accesso del socio alle procedure di sovraindebitamento: una grave lacuna normativa*, in *il Fallimento*, 2/2017.



nendo al consumatore la sola possibilità di fruire della procedura di ristrutturazione di cui all'art. 67 ss. CCII (oltre, s'intende, della liquidazione controllata, a sua volta attivabile anche da soggetti diversi dal debitore<sup>8</sup>); per converso, potranno formulare una proposta di concordato minore tutti i debitori di cui all'art. 2, comma 1, lettera c) ad esclusione del consumatore. La divaricazione segna il quanto mai opportuno superamento di una regolamentazione indifferenziata destinata a qualunque debitore "non fallibile" per natura o dimensione e prende atto della ineliminabile specificità del sovraindebitamento del consumatore<sup>9</sup>.

È espunto dal vecchio testo il vincolo di infalciabilità dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, dell'imposta sul valore aggiunto e delle ritenute operate e non versate che figurava invece nel corpo dell'art. 7, l. n. 3/2012. Il codice si è così allineato, anche in tema di piano del consumatore, agli esiti della vicenda che ha interessato l'art. 182 l. fall. a valle della pronuncia Degano Trasporti<sup>10</sup> sottraendo al contempo la disposizione ad un vaglio di legittimità costituzionale che ne avrebbe verosimilmente comportato comunque la caducazione per incompatibilità con il parametro costituzionale di uguaglianza e ragionevolezza (atteso che ai sensi di tale norma le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento sono disciplinate in modo irragionevolmente diverso dalle procedure concorsuali del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione nonostante queste ultime siano simili alle prime poiché regolate dalle medesime scadenze di massima e dalle stesse finalità<sup>11</sup>).

Altra novità di un certo rilievo riguarda i contratti di mutuo garantito da ipoteca sull'abitazione principale del debitore: la proposta può prevedere il rimborso delle rate, secondo le scadenze convenute, se il debitore, alla data di deposito della domanda ha adempiuto alle proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito

---

<sup>8</sup> Cfr. art. 268, comma 2, CCII.

<sup>9</sup> Sul punto, CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, cit., 167 ss.

<sup>10</sup> Corte di Giustizia UE, Sez. II, 7 aprile 2016, n. C-546/14, in *Fall.*, 2016, 1003 ss., con nota di Stasi, Falcidiabilità dell'Iva nel concordato preventivo senza transazione fiscale. V. anche Cass., SS.UU., 27 dicembre 2016, n. 26988, in *Fall.*, 2017, 265, con nota di M. FERRO, *Falcidia del credito iva nel concordato senza transazione fiscale*. Nel senso che anche nel sovraindebitamento deve ritenersi applicabile la falcidia dell'Iva e degli altri tributi ex art. 7, l. n. 3/2012 in quanto la sentenza della Corte di Giustizia del 7 aprile 2016 esprime un principio di carattere generale, immediatamente applicabile a tutte le procedure che regolano l'uscita di un soggetto da una situazione di incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni, già Trib. Torino 7 agosto 2017.

<sup>11</sup> La questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, terzo periodo, l. n. 3/2012 era stata sollevata da Trib. Udine, 14 maggio 2018, in *Fall.*, 2018, 1304 ss. con nota di DEL FEDERICO, ARIATTI, *L'irragionevole infalciabilità dell'Iva nella composizione della crisi da sovraindebitamento*.



per capitale ed interessi scaduto a tale data (art. 67, comma 5, CCII)<sup>12</sup>. La regola testé citata intende pertanto sottrarre al concorso il debito per il rimborso del mutuo ipotecario contratto per l'acquisto della casa destinata a costituire abitazione principale, che verrà adempiuto secondo la originaria rateizzazione del tutto indipendentemente dalle vicende che interesseranno gli altri debiti e gli altri creditori. Nella ipotesi in cui, alla data del deposito della domanda, non sia in regola con il pagamento delle rate, il debitore potrà chiedere al giudice un provvedimento *ad hoc* che lo autorizzi al pagamento del debito scaduto. Nulla è detto su natura e presupposti di un provvedimento giudiziale che per certi versi mimica lo schema della purgazione della mora presente in altre discipline speciali<sup>13</sup>, sui suoi margini di contestabilità da parte del mutuante, sulla necessità o meno di un accordo a latere tra sovraindebitato e creditore che fissi modi e tempi del pagamento. Il rilievo sistematico di una disposizione solo all'apparenza periferica avrebbe forse consigliato una maggiore cura redazionale.

Di ordine sistematico, ma di non secondario interesse pratico, è invero la questione dei rapporti fra la disposizione in commento e la norma di cui all'art. 120 *quinqüesdecies*, comma 3, t.u.b.<sup>14</sup>. Ferma restando una ineliminabile *differentia* fra le due – ché la prima guarda al *debitore* e alla sua aspirazione a tenere al riparo la propria abitazione mentre la seconda guarda al *creditore* ed al suo potere di realizzare stragiudizialmente il proprio diritto – possibili interferenze fra i due corpi normativi non sono del tutto remote. Cosa accadrà, per esempio, nei casi in cui il consumatore attivi la procedura di cui all'art. 67 CCII, ottenendo dal giudice l'autorizzazione alla restituzione del debito per capitale ed interessi (scaduto alla data della domanda) e la prosecuzione della restituzione rateizzata del finanziamento prima che siano decorsi quei diciotto mesi necessari a qualificare l'inadempimento *ex art. 120 quinqüesdecies*? O se, una volta decorsi i diciotto mesi, il creditore si muovesse per esercitare il potere di autotutela attribuitogli dal patto di cui all'art. 120 *quinqüesdecies* e, nello stesso momento, il debitore depositasse la proposta di piano?

---

<sup>12</sup> La previsione costituisce una novità aggiunta in esito alla trasmissione alle Camere del testo del Codice della Crisi approvato dal Consiglio dei Ministri in data 8 novembre 2018.

<sup>13</sup> Per esempio in materia di locazioni di immobili urbani, art. 55 della l. n. 392/1978.

<sup>14</sup> “Fermo quanto previsto dall'art. 2744 cod. civ., le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza”.



3. – Merita una menzione a parte la disposizione di cui all'art. 67, comma 3, CCII che include tra quelli falcidiabili o oggetto di ristrutturazione anche i debiti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione.

I contratti di finanziamento con cessione del quinto mettono capo alla erogazione di una somma di denaro da parte del finanziatore a fronte della cessione, da parte del sovvenuto, di una quota pari al 20% del credito vantato verso il datore di lavoro o l'ente previdenziale per stipendio o pensione. La relativa disciplina consente il frazionamento del credito da cedere – questione in linea generale assai discussa per l'aggravio che essa indiscutibilmente genera sulla sfera giuridica del debitore, tenuto, *ex art.* 1196 cod. civ., a sopportare le spese di plurimi pagamenti<sup>15</sup> – e obbliga il datore di lavoro al versamento della quota di stipendio o pensione ceduta direttamente al finanziatore, il quale dunque vanta una pretesa diretta nei confronti del debitore cedente<sup>16</sup>.

L'unico vero rischio di inadempimento che il finanziatore è destinato a sopportare è quello della interruzione del rapporto di lavoro (licenziamento, dimissioni, morte del lavoratore) e del conseguente venir meno del credito; rischio peraltro mitigato, se non del tutto sterilizzato, dalla prelazione sul TFR maturato dal lavoratore accordata al finanziatore e, soprattutto, dall'obbligo, per il sovvenuto, di sottoscrivere una polizza assicurativa che copra sia il rischio vita sia il rischio impiego<sup>17</sup>. La scelta legislativa di blindare la pretesa del finanziatore si comprende sul rilievo che la cessione (parziale) del credito nei limiti della quinta parte del credito retributivo o pensionistico, favorendo l'accesso al finanziamento ad una clientela con un credit scoring limitato e mantenendo un equilibrato rapporto fra il debito e la rata, garantisce – almeno sulla carta – la sostenibilità della complessiva operazione ed al contempo allarga la platea dei soggetti bancabili.

A dispetto della sua originaria vocazione di strumento di inclusione finanziaria, il prodotto CQS si è rivelato però assai insidioso e, caricando su una clientela istituzionale costituita da pensionati e dipendenti costi complessivi sorprendentemente alti, sovente

---

<sup>15</sup> Sul tema cfr. FINESSI, *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva*, Milano, 2007, 20 ove il rilievo per cui «ciò che empiricamente (ed erroneamente) è definito in termini di vicenda traslativa parziale, configurerebbe tecnicamente un fenomeno di tipo novativo, in virtù del quale, in luogo dell'originario unico credito, sorgerebbero più rapporti obbligatori». Cfr., in termini negativi, Cass, 3 giugno 2004, n. 10616, in *Riv. giur. lav.*, 2004, II, 613, con nota di Alleva.

<sup>16</sup> D.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, in materia di “sequestro, pignoramento e cessione degli stipendi salari e pensioni” e Regolamento attuativo di cui al d.P.R. 28 luglio 1950, n. 895, così come modificato dai provvedimenti legislativi (l. n. 311/2004, art. 1, comma 137, e l. n. 80/2005) che hanno esteso la normativa ai pensionati e dipendenti privati. Sulle origini dell'operazione v. Polo, voce «Credito b) Credito ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni», in *Enc. dir.*, XI, Milano 1962, *ad vocem* e spec. 285.

<sup>17</sup> Art. 54, d.P.R. n. 180/1950; e ora anche art. 28, d.l. n. 1/2012.



veicolati in contratto da clausole difficilmente decrittabili, si è tramutato in una delle più ricorrenti fonti di sovraindebitamento.

Per un verso, il mercato italiano è stato caratterizzato fin da subito da una forte frammentazione della catena finanziaria poiché, tradizionalmente, i finanziatori si avvalgono di intermediari che a vario titolo si frappongono nel rapporto con il sovvenuto: alla catena distributiva abitualmente molto “lunga” sono riconducibili elevati costi di vendita, con conseguenti aggravii a carico del prenditore dei fondi<sup>18</sup>. La contestuale presenza, in seno alla medesima operazione, di finanziatore, intermediari, agenti, mediatori, ciascuno dei quali appositamente remunerato per lo svolgimento della propria attività, comporta inevitabilmente una moltiplicazione degli oneri economici del contratto<sup>19</sup>.

Per altro verso, non sempre è chiara la relazione fra attività effettivamente remunerate e corrispondenti voci di costo; un esame dei contratti tipo di CQS testimonia una generalizzata opacità delle condizioni economiche e una disordinata moltiplicazione di costi che solleva, a monte, seri problemi di giustificazione causale – e, dunque, di validità – delle clausole che prescrivono, in capo al cliente, oneri e commissioni. È il caso, solo per fare un esempio, delle “commissioni bancarie” quando convenute tra l’altro a copertura degli “oneri per l’acquisizione della provvista” i quali, indipendentemente dalla forma che abbiano in concreto assunto (ed il contratto mai ne dà conto), sono già ad ogni evidenza posti a carico del cliente sub specie di interessi corrispettivi<sup>20</sup>; o delle commissioni dovute all’agente intervenuto nel collocamento del prestito anche a remunerazione “di ogni altra attività prestata”, con una formula che imprime al contenuto pattizio una eccessiva indeterminatezza<sup>21</sup>.

Non è un caso poi che la stretta connessione fra CQS e pericolo di sovraindebitamento figurino negli orientamenti di vigilanza diffusi da Banca d’Italia quale effetto di condotte improprie degli operatori di questo comparto del credito al consumo, che non sempre procedono ad una adeguata valutazione del merito di credito del prenditore, spesso integralmente sostituita dallo screening della posizione finanziaria del datore di lavoro<sup>22</sup> o

---

<sup>18</sup> Il punto è rilevato dalla Banca d’Italia, nella Comunicazione del 10 novembre 2009 su Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate: cautele e indirizzi per gli operatori, p. 1.

<sup>19</sup> Cfr. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della «cessione del quinto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, 1536; TINA, *Il rimborso del premio assicurativo nei contratti di finanziamento con cessione del quinto dello stipendio o della pensione (cqs) e la (in)competenza dell’arbitro bancario finanziario (art. 128-bis t.u.b.)*, in *Banca borsa*, 2019, p. 171 ss.

<sup>20</sup> Coll. Coord. n. 5031 del 10 maggio 2017.

<sup>21</sup> Coll. Coord. n. 15835/2017.

<sup>22</sup> Cfr. Comunicazione banca d’Italia del 30 marzo 2018, sez. I, intitolata proprio “valutazione del merito creditizio e rischio di sovraindebitamento”.



concedono prestiti personali erogati in anticipo rispetto al momento in cui saranno decorsi i termini normativamente previsti per il possibile rinnovo.

Non meno insidiosa si palesa l'operazione sotto il profilo della estinzione anticipata del finanziamento e, in particolare, della individuazione e dell'entità dei costi, immediatamente sostenuti dal cliente, dei quali sia dovuta la restituzione in virtù del disposto di cui all'art. 125 *sexies* T.U.B.

L'Arbitro Bancario Finanziario, chiamato a gestire un enorme numero di ricorsi sul punto, ha ormai da anni adottato un orientamento consolidato: posta a monte la distinzione concettuale tra costi imputabili a prestazioni concernenti la fase delle trattative e della formazione del contratto (cosiddetti *up front*, non ripetibili) e costi destinati a maturare nel corso dell'intero svolgimento del rapporto negoziale (*recurring*, rimborsabili proporzionalmente), grava sugli intermediari l'obbligo di trasferire simile distinzione nel testo contrattuale in modo chiaro, analitico e agevolmente comprensibile a tutte le tipologie di clientela, inclusa quella connotata da un basso livello di alfabetizzazione finanziaria, al fine di evitare una sottovalutazione degli importi oggetto di restituzione in caso di estinzione anticipata dei contratti.

Ove ciò non accada, e difetti dunque una chiara ripartizione tra i due diversi ordini di costi, la strategia efficace a contrastare le prassi riottose al dovere di *clare loqui* consiste secondo l'ABF nel mettere capo ad una *interpretatio contra proferentem* che – in applicazione degli artt. 1370 cod. civ. e 35 cod. cons. – consideri *recurring* tutti i costi le cui ragioni, quali che siano, appaiano opacamente manifestate<sup>23</sup>; il quantum da rimborsare sarà determinato secondo un criterio proporzionale, tale per cui l'importo di ciascuna delle suddette voci viene moltiplicato per la percentuale del finanziamento estinto anticipatamente, risultante dal rapporto fra il numero complessivo delle rate e il numero delle rate residue.

La soluzione della questione della riduzione del costo totale del credito alla luce della clausola generale di trasparenza, anche (e forse soprattutto) in virtù della compattezza degli indirizzi assunti in seno ai diversi Collegi territoriali e della conseguente univocità delle indicazioni fornite ai mercati, ha dato i suoi frutti: si è assistito ad un riorientamento in senso virtuoso delle condotte degli operatori del comparto, che sempre più frequentemente restituiscono (già in sede di riscontro al reclamo) oneri e commissioni non maturati adottando spontaneamente i criteri fissati dal Collegio di Coordinamento, ed anche ad un generale innalzamento del livello medio di compren-

---

<sup>23</sup> Coll. Coord. 6167/2014.



sibilità dei testi contrattuali e della correlata documentazione informativa<sup>24</sup>.

L'assetto così determinatosi dovrà adesso fare i conti con la diversa e più radicale prospettiva imposta assai di recente dalla Corte di Giustizia<sup>25</sup> nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include *tutti* i costi posti a carico del consumatore, indipendentemente dalla natura delle attività remunerate. In motivazione, la Corte evidenzia che “l'effettività del diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito risulterebbe sminuita qualora la riduzione del credito potesse limitarsi alla presa in considerazione dei soli costi presentati dal soggetto concedente il credito come dipendenti dalla durata del contratto” (§ 31); “limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto” (§ 31); “il margine di manovra di cui dispongono gli istituti creditizi nella loro fatturazione e nella loro organizzazione interna rende, in pratica, molto difficile la determinazione, da parte di un consumatore o di un giudice, dei costi oggettivamente correlati alla durata del contratto” (§ 32).

Al di là dell'impatto che il principio di diritto enunciato dalla Corte produrrà sulla validità degli attuali orientamenti dell'Arbitro<sup>26</sup>, la dialettica fra organi giudicanti, in uno con il crescente interesse mostrato dalla dottrina per questioni a lungo considerate ai margini del sistema, testimonia della centralità delle questioni implicate dal tema dei finanziamenti concessi contro cessione del quinto dello stipendio proprio sul terreno della protezione del cliente ed in specie, per quello che qui interessa, della prevenzione e gestione del sovraindebitamento.

Posta infatti la larga diffusione del contratto di cessione del quinto e la sua attitudine a generare un indebitamento superiore a quello atteso, è assai frequente la inclusione del credito (già) ceduto fra quelli che il consumatore intende ristrutturare con l'omologazione del piano, che altrettanto frequentemente il finanziatore-cessionario tenta di neutralizzare opponendo appunto l'intervenuta cessione.

Chiamati a gestire la pretesa intangibilità della cessione, i giudici di merito hanno

---

<sup>24</sup> Cfr. i dati contenuti nella Relazione sull'attività dell'Arbitro bancario finanziario per l'anno 2018.

<sup>25</sup> Resa nella causa C-383/18, 11 settembre 2019.

<sup>26</sup> Anche in ragione della natura dichiarativa che suole attribuirsi alle sentenze emesse in sede di rinvio pregiudiziale, con conseguente applicabilità anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza (Corte Giust., 2 settembre 1988, in causa C309/85, Barra c. Stato Belga, in *Racc.*, 1988, p. 355).



fornito soluzioni non univoche e, di là di isolate posizioni di retroguardia<sup>27</sup>, si sono attestati lungo due differenti linee ermeneutiche, ciascuna delle quali peraltro non esente da molti distinguo sovente condizionati dalla varietà di ricostruzioni in punto di natura e struttura della cessione del quinto<sup>28</sup>.

Alcune decisioni, apertamente invocando l'esigenza di contemperamento fra contrapposti interessi, hanno ritenuto che la cessione di crediti futuri e la conseguente sottrazione di tali risorse alla disponibilità del debitore ai fini della ristrutturazione del proprio debito fosse tutelabile nel termine di tre anni dall'omologa del piano del consumatore, dovendo poi lasciare il passo all'efficacia conformativa della ristrutturazione. Facendo leva sulla testuale equiparazione fra decreto di omologa e atto di pignoramento recata dall'art. 12 *bis* comma 7, l. n. 3/2012 (non riprodotta nel testo dell'art. 70 CCII), si è ritenuto che la cessione del quinto destinata all'estinzione rateale del debito da finanziamento, qualora avesse data certa anteriore al decreto di omologazione, fosse opponibile agli altri creditori del sovraindebitato nei limiti dell'art. 2918 cod. civ., applicabile analogicamente, con la conseguenza di una liberazione integrale delle risorse determinata, per il consumatore, solo decorsi tre anni dalla data del decreto di omologazione del piano.

A sostegno di siffatta lettura, i giudici richiamano la posizione assunta dalla Corte di Cassazione intorno ai margini applicativi dell'art. 2918 cod. civ., norma che, a proposito di atti di disposizione (cessioni o liberazioni) di crediti futuri (pignoni o fitti non ancora scaduti), non soggetti a trascrizione perché infratriennali (art. 2643, n. 9, cod. civ.), dispone la prevalenza sul pignoramento sulla base della sola data certa. Sarebbe dunque "la limitazione temporale del triennio a permettere la prevalenza quando l'alienazione non sia soggetta a pubblicità legale. Pure nell'ambito del triennio è limitata l'opponibilità della liberazione o cessione dei canoni di locazione al terzo acquirente la cosa locata, in caso di non trascrizione. Sulla considerazione che "entro tale margine temporale il legislatore ritiene di tutelare l'atto di disposizione pregiudizievole al creditore pignorante oppure all'acquirente dell'immobile locato", si è applicato lo stesso termine anche al conflitto, regolato dall'art. 2914, n. 2, cod. civ., fra debitore che cede i crediti futuri ed il suo creditore pignorante<sup>29</sup>. Una tale limitazione temporale di opponibilità della cessione,

---

<sup>27</sup> Nel senso che «ai fini dell'omologazione del piano del consumatore, il credito derivante da cessione del quinto non può subire riduzioni non essendo la quota di retribuzione ceduta nella titolarità del debitore» Trib. Catania, 9 gennaio 2017; Trib. Lecce, 16 maggio 2017.

<sup>28</sup> In argomento, NAPOLITANO, *La cessione del quinto nell'ambito del piano del consumatore*, in *Fall.*, 2018, 467 ss.

<sup>29</sup> Principio enunciato per la prima volta da Cass., 26 ottobre 2002, n. 15141, con riferimento al pignoramento dei crediti da lavoro.



che si traduce in sostanza in una riduzione del credito acquisibile dal cessionario, è giustificata anche considerando che la cessione di credito è stipulata a garanzia del regolare rimborso del finanziamento e che la ristrutturazione del debito garantito comporta necessariamente una conseguente riduzione della garanzia<sup>30</sup>.

Al di là delle perplessità che possono nutrirsi sull'uso disinvolto dei dicta della cassazione, e segnalato nuovamente che il CCII non ripropone l'equiparazione fra decreto di omologazione e pignoramento, vi è che sottrarre al concorso la posta costituita dalla frazione di credito ceduto, anche solo nei limiti del triennio, appare sistematicamente incompatibile con la natura concorsuale del procedimento e la necessità di applicare la parità di trattamento ai creditori<sup>31</sup>; significherebbe in altre parole trattare il cessionario del quinto alla stregua di un creditore garantito, laddove invece «la situazione del creditore cessionario del quinto non è equiparabile a quella del creditore privilegiato o munito di pegno e ipoteca»<sup>32</sup>; la c.d. cessione del quinto dello stipendio è un vicenda contrattuale inidonea a costituire causa di prelazione *ex art. 2741, comma 2, cod. civ.*, considerato che l'individuazione delle stesse è tassativamente operata dalla legge e non è lasciata alla disponibilità negoziale delle parti<sup>33</sup> e la “garanzia” che assiste il finanziatore cessionario non è certo tale in senso tecnico<sup>34</sup>.

Anche sul fronte delle soluzioni inclini a ricomprendere incondizionatamente nel piano i crediti oggetto di cessione non mancano inutili complicazioni. Talvolta si legge che la cessione del quinto è un contratto “pendente”, sicché è ben possibile sciogliersi dallo stesso ai sensi dell'art. 169 *bis* l. fall., applicabile in via analogica alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento<sup>35</sup>. Più frequente imbattersi in decreti di omologazione che approdano alla *revoca* dalla cessione del quinto sulla scorta dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in materia di rapporti tra cessione di credito e fallimento (e/o pignoramento): “nel caso di cessione di crediti futuri e di sopravvenuto fallimento del cedente, la cessione, anche se sia stata tempestivamente notificata o accettata *ex art. 2914, n. 2, cod. civ.*, non è opponibile al fallimento se, alla data della dichiarazione di fallimento, il credito non era ancora sorto e non si era verificato l'effetto traslativo della cessione”<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Trib. Mantova, 8 aprile 2018; Trib. Monza, 26 luglio 2017; Trib. Monza, 20 novembre 2017.

<sup>31</sup> Trib. Grosseto, 9 maggio 2017.

<sup>32</sup> Trib. Siracusa, 17 giugno 2016.

<sup>33</sup> Trib. Rimini, 9 luglio 2019.

<sup>34</sup> Trib. Livorno, 17 maggio 2017 discorre di “cessioni di credito futuro a garanzia della restituzione di prestiti”.

<sup>35</sup> Trib. Pistoia, 23 febbraio 2015.

<sup>36</sup> Trib. Locri, 5 marzo 2018.



A puntellare un simile esito argomentativo si precisa che “la natura consensuale del contratto di cessione di credito – relativo a vendita di cosa futura, per la quale l’effetto traslativo si verifica quando il bene viene ad esistenza – comporta che esso si perfeziona per effetto del solo consenso dei contraenti, cedente e cessionario, ma non anche che dal perfezionamento del contratto consegua sempre il trasferimento del credito dal cedente al cessionario, in quanto, nel caso di cessione di un credito futuro, il trasferimento si verifica soltanto nel momento in cui il credito viene ad esistenza e, anteriormente, il contratto, pur essendo perfetto, esplica efficacia meramente obbligatoria” con la conseguenza che di detti crediti ceduti può ancora disporre il debitore per organizzare il piano verso i creditori, tra i quali, però, va compresa anche il cessionario per il residuo finanziamento non rimborsato fino a tale data”<sup>37</sup>.

Ora, posto che al momento della cessione ciò che non esiste ancora “non è l’obbligazione restitutoria (per l’intero della somma dovuta), bensì il credito oggetto della cessione che gradualmente soddisfa il finanziatore”<sup>38</sup>, insistere sulla natura degli effetti della cessione non è sbagliato ma può essere fuorviante, specie ove induca a trascurare che la cessione si innesta su una più ampia operazione di finanziamento che prevede l’erogazione, da parte del finanziatore, di una somma di denaro, con contestuale costituzione in capo al finanziato dell’obbligo di restituire tale importo maggiorato degli interessi e all’interno della quale la previsione contrattuale della restituzione del finanziamento mediante cessione di un credito futuro attiene non già al profilo costitutivo dell’obbligo di restituzione, bensì a quello delle sue modalità attuative. È per *questa* ragione che il debito da restituzione del finanziamento (per la parte che residua a seguito di eventuali parziali adempimenti) può a pieno titolo essere incluso nel piano del consumatore tra i debiti che compongono il passivo.

Configurando il negozio di cessione una mera modalità di restituzione della somma erogata, ed essendo d’altro canto solo la posizione debitoria del cedente nei confronti del cessionario finanziatore ad essere incisa dalla procedura di sovraindebitamento, è del tutto fisiologico che il piano possa prevedere una modificazione del quantum destinato al finanziatore ma non anche del quomodo<sup>39</sup>.

Il Codice della crisi – disponendo all’art. 67, comma 3, CCII, in attuazione di un preciso principio della delega, che la proposta possa prevedere anche la ristrutturazione dei de-

---

<sup>37</sup> Trib. Ancona, 15 marzo 2018; Trib. Napoli nord, 18 maggio 2018.

<sup>38</sup> Trib. Rimini, 9 luglio 2019.

<sup>39</sup> *Contra*, inclina per la modificabilità in peius anche del quomodo, Trib. Rimini, 9 luglio 2019.



biti e la falcidia dei crediti derivanti da contratti di finanziamento con cessione del quinto – mentre esplicita una conclusione cui era possibile pervenire già nel vigore della l. n. 3/2012, fuga ogni possibile dubbio circa la permanente efficacia della cessione. A profilarsi è dunque uno scenario nel quale il creditore/finanziatore potrà certamente vedere falciato il suo credito al pari di ciò che accade agli altri creditori, ma continuerà a godere della corresponsione diretta della quota dell’emolumento da parte del debitore ceduto<sup>40</sup>.

Va da sé, infine, la ammissibilità della cessione del quinto in “entrata”: il ricorso al finanziamento da parte di un ente finanziatore, previsto nell’ambito di un piano del consumatore, in forza del quale il soddisfacimento in percentuale dei crediti avverrà mediante sottoscrizione di contratto di cessione di un quinto dello stipendio, è da ritenersi compatibile con la struttura del piano e la sua finalità atteso che lo stesso art. 8, comma 1, n. 3/2012 prevede la ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento dei crediti attraverso qualsiasi forma<sup>41</sup>.

4. – Non è un mistero che il giudizio di meritevolezza imposto dall’art. 12 *bis* l. n. 3/2012 sia stato vissuto dai pratici soprattutto come un intralcio<sup>42</sup>. La relazione illustrativa al Codice della crisi valorizza non a caso fra quelli di maggior rilievo l’intervento in tema di requisiti soggettivi di ammissione alla procedura, alla cui stregua il legislatore rinuncia ora ad esigerne di troppo stringenti, “tenuto conto, da un lato, dell’eterogeneità qualitativa dei soggetti destinatari (spesso privi di livelli culturali idonei per rendersi conto del loro progressivo sovraindebitamento), dall’altro dell’oggettiva difficoltà di individuare rigorosi criteri di meritevolezza sicuramente verificabili in rapporto all’estrema varietà delle situazioni di vita che possono determinare situazioni individuali di grave indebitamento, senza rischiare di generare un contenzioso dalle proporzioni difficilmente prevedibili o senza, altrimenti, finire per restringere a tal punto la portata dell’istituto da frustrare sostanzialmente le finalità di politica economica ad esso sottese: consistenti (...) non tanto in una forma di premialità soggettiva quanto piuttosto nel consentire una nuova opportunità a soggetti schiacciati dal peso di un debito divenuto insopportabile”<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> In questo senso D’AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Contratti*, 2019, 8; A. CRIVELLI, *Il piano e la proposta nelle procedure di componimento della crisi da sovraindebitamento nella L. n. 3/2012 e nel CCII*, in *Fall.*, 2019, p. 719.

<sup>41</sup> Trib. Rimini, 1 marzo 2019.

<sup>42</sup> LIMITONE, *Il concetto di colpa nella legge n. 3/2012 sul sovraindebitamento del consumatore*, *ilcaso.it*, 7 marzo 2016.

<sup>43</sup> *Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, p. 23.



In concreto, l'art. 69 CCII dispone adesso che il consumatore non possa accedere alla procedura ove abbia determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave o malafede (tendenzialmente rilevanti nel momento della contrazione del debito) o frode<sup>44</sup> (normalmente operante nelle fasi precedenti o successive all'ammissione alla procedura); in compenso, è inibito l'accesso a chi abbia beneficiato dell'esdebitazione nei cinque anni precedenti o comunque sia già stato esdebitato per due volte.

Correlativamente, il giudice omologa il piano verificatene ammissibilità giuridica e fattibilità economica (art. 70, comma 7, CCII) e non più anche quando escluda che il consumatore abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali (art. 12 *bis*, comma 3, l. n. 3/2012).

Rimane però invariato il contenuto della relazione redatta dall'OCC da allegare alla domanda, che dovrà continuare a dar conto delle cause dell'indebitamento, della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni, delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte (art. 68, comma 2, che riproduce il testo dell'art. 9, comma 3 *bis*, l. n. 3/2012).

Rimettendo insieme il puzzle sembrerebbe che 1) il giudizio intorno ai requisiti soggettivi non sia più collocato a ridosso dell'omologazione ma anticipato in sede di verifica di ammissibilità del piano<sup>45</sup>; 2) per decidere della assenza di mala fede o colpa grave, il giudice dovrà fare riferimento alla relazione depositata dall'OCC con particolare riguardo alla diligenza (o, meglio, *al grado di diligenza*) impiegata dal debitore all'atto di assumere obbligazioni ed alle cause dell'indebitamento; 3) solo in presenza di imprudenze macroscopiche o grossolane trascuratezze, al debitore sarà inibito l'ingresso alla procedura.

Dunque a ben vedere, il passaggio non è, come invece spesso capita di leggere, dalla meritevolezza alla assenza di colpa – posto che neanche nel vigore della l. n. 3/2012 veniva richiesto qualcosa in più della ordinaria diligenza e, specularmente, della assenza di colpa<sup>46</sup>; il passaggio è semmai dalla assenza di colpa alla assenza di colpa grave.

---

<sup>44</sup> Trib. Benevento, 23 aprile 2019.

<sup>45</sup> Cfr. art. 70, comma 1, CCII. Per la verità, anche alla luce di una interpretazione che si sforzasse di restituire coerenza ad un testo piuttosto sciatto, era questo l'esito cui poteva giungersi già con riferimento alle disposizioni contenute nella l. n. 3/2012: sia consentito, per questo specifico profilo, il rinvio a MODICA, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 641 ss.

<sup>46</sup> *Amplius* CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, cit., p. 164 ss.



Non sarà facile apprezzare in concreto il mutamento di rotta, specie con riguardo al diffuso orientamento maturato fin qui secondo cui “al fine di escludere la colposità nell’indebitamento è necessario verificare che il debitore abbia contratto obbligazioni astrattamente compatibili con le capacità reddituali e, quindi, nella prospettiva di poterle adempiere”<sup>47</sup> e il sovraindebitamento finale comunque verificatosi deve essere conseguenza di eventi non prevedibili *ex ante*<sup>48</sup>. C’è da chiedersi se verrà ammesso al beneficio anche chi abbia contratto obbligazioni incompatibili con le proprie capacità reddituali o chi si sia sovraindebitato in conseguenza di eventi prevedibili, o se prevarrà piuttosto una posizione di compromesso, incline a selezionare all’ingresso solo quelle situazioni di sovraindebitamento “conseguenza di eventi, seppur non del tutto imprevedibili, comunque straordinari” certamente non riconducibili ad una scelta discrezionale del debitore<sup>49</sup>.

Ora, non v’è dubbio che il tema della sostenibilità del debito abbia due facce, poiché è evidente che un debito irresponsabilmente assunto è anche un credito irresponsabilmente concesso. Lo aveva già bene intuito la giurisprudenza quando, magari con qualche fuga in avanti, aveva stabilito che “il consumatore non è colpevole del proprio sovraindebitamento per aver riposto fiducia nel finanziatore il quale è l’unico obbligato a valutare, per professionalità ed esperienza, il merito creditizio del richiedente il finanziamento”<sup>50</sup>; o che “al fine della valutazione della diligenza impiegata dal debitore nella assunzione delle obbligazioni, rileva la circostanza che, vigente la previsione che sancisce la verifica del merito creditizio *ex art. 124 bis t.u.b.* in capo all’istituto di credito, le banche abbiano comunque continuato a finanziare il debitore istante”<sup>51</sup>; o, ancora, che l’ente finanziatore “ha l’onere di vagliare la posizione finanziaria di colui che richiede l’accesso al finanziamento non potendo, poi, in caso di inadempimento di quest’ultimo, far valere la situazione di difficoltà economica in cui versava al momento della stipula del contratto di finanziamento”<sup>52</sup>.

Se è impropria la corrispondenza biunivoca tra verifica del merito creditizio e assenza di colpa – un debito contratto a valle di una seria verifica del merito creditizio può comunque diventare eccessivo a seguito di vicende estranee alla sfera d’azione dell’intermediario e riconducibili esclusivamente a mala gestio del prenditore – è altrettanto evi-

---

<sup>47</sup> Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14 febbraio 2017.

<sup>48</sup> Trib. Udine, 4 gennaio 2017.

<sup>49</sup> Trib. Livorno, 18 gennaio 2018.

<sup>50</sup> Trib. Napoli, 21 dicembre 2018.

<sup>51</sup> Trib. Napoli nord, 18 maggio 2018. Analogamente Trib. Livorno, 18 gennaio 2018.

<sup>52</sup> Trib. Rimini, 1 marzo 2019.



dente che la posizione di chi eroga credito non è affatto neutra da questo profilo.

Ed in effetti, ben più che la maggior intensità della colpa, ad erodere il criterio di diligenza del debitore sta l'inedita corresponsabilizzazione del creditore sancita ora per tabulas dall'art. 68, comma 3, CCII, a tenore del quale "l'OCC, nella sua relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita".

L'informazione è in prima battuta funzionale a far scattare le misure sanzionatorie di cui al comma 2, art. 69 (di cui diremo appresso) e non anche, nelle intenzioni esplicite del legislatore, a temperare il giudizio di colpevolezza a carico del debitore. È inevitabile tuttavia che il passo compiuto dal legislatore nella direzione di responsabilizzare il soggetto che eroga credito assuma un significato simbolico preciso, ridondando in uno scrutinio sullo stato soggettivo del debitore il quale, secondo un rapporto di proporzionalità inversa, apparirà tanto meno colpevole quanto più colpevole sarà valutata la condotta tenuta dal creditore.

Il tratto autenticamente inedito della riforma, ed anche il più sollecitato dalla dottrina, è nel secondo comma dell'art. 69 CCII: il creditore che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento o che ha violato i principi di cui all'art. 124 *bis* del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa, anche se dissenziente, né far valere cause di inammissibilità che non derivino da comportamenti dolosi del debitore.

Si noti intanto che non è dato riscontrare una perfetta coincidenza fra il contenuto della relazione dell'OCC e la previsione del comma 2 dell'art. 69, che esibisce un perimetro più ampio non circoscritto alla sola violazione dell'art. 124 *bis* t.u.b. In effetti, se la violazione dell'obbligo di preventiva verifica del merito creditizio rappresenta il caso più frequente e più eclatante di codeterminazione del sovraindebitamento del cliente, non è certo l'unico. Le condotte negligenti del creditore in grado di incidere sulla formazione o sull'aggravamento della situazione di crisi possono atteggiarsi variamente (si pensi, solo a mo' di esempio, alle ipotesi di segnalazioni illegittime che abbiano precluso al segnalato l'accesso ad altri canali di credito o abbiano cagionato il venir meno di quelli già attivi) ed è quindi opportuna la scelta di non ridurle in catalogo. Sarà semmai la difficoltà di fornire una duplice prova – della illegittimità della condotta dell'intermediario e del nesso di causa ed effetto tra condotta illegittima e sovraindebitamento – a rendere più tortuoso il percorso.

Difficoltà mitigata nel caso di pretesa violazione dell'art. 124 *bis* t.u.b. ove soccorre



una predeterminazione del credito massimo erogabile, rapportato al reddito disponibile dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita, dovendosi intendere idonea a tal fine "una quantificazione non inferiore all'ammontare dell'assegno sociale moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti il nucleo familiare della scala di equivalenza dell'ISEE di cui al d.P.C.M. del 5 dicembre 2013, n. 159".

Al di là di ogni considerazione critica intorno alla sanzione processuale prevista ora dall'art. 69 CCII<sup>53</sup>, vale solo la pena aggiungere una notazione finale. Non può essere il piano del consumatore, s'intende, l'unica sede per sanzionare efficacemente condotte negligenti degli intermediari, anche perché non sempre il danno subito in conseguenza di una erogazione disinvolta di credito attinge le soglie del sovraindebitamento. Il rischio di lasciare praticamente impunte condotte illegittime comunque causative di danno, attesa la vaghezza e la scarsità di applicazioni dell'art. 124 *bis* t.u.b., è più concreto di quanto appaia. Insomma, non sia un alibi per il legislatore aver risolto *qui* una parte del problema; la questione del prestito responsabile è ben più ampia ed articolata (e non necessariamente destinata ad assumere i toni drammatici dell'insolvenza) ed invoca rimedi adeguati ed efficaci<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Sia consentito di rinviare a MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in *Contratti*, 2019, 471 ss.

<sup>54</sup> Le soluzioni praticabili sono molte ed a portata di mano, dal modello del nostrano di cui all'art. 120 *undecies* t.u.b., alla più *tranchante* disposizione contenuta all'art. 32 della legge federale svizzera sul credito al consumo per la quale il creditore professionale che viola in modo grave le disposizioni relative alla verifica del merito creditizio perde l'importo del credito concesso, compresi gli interessi e le spese; il creditore professionale che viola in modo lieve le medesime disposizioni perde unicamente gli interessi e le spese.



MAURA TAMPIERI

Ricercatrice confermata di Diritto privato – Università di Bologna

## LA RISCOPERTA DEL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ

SOMMARIO: 1. Dalla fraternité alla solidarietà. – 2. Il principio costituzionale di solidarietà sociale. – 3. La solidarietà nel diritto sovranazionale. – 4. La solidarietà nel codice civile. – 5. La solidarietà familiare. – 6. La solidarietà post-coniugale. – 7. La solidarietà sociale e le libertà ai tempi del Covid-19.

1. – La solidarietà è un principio che ha profonde radici storiche e consente di innovare il sistema ampliando spazi di libertà e di giustizia attraverso la costruzione di legami sociali e fraterni che superano confini e barriere<sup>1</sup>. Il suo significato e la sua portata mutano nel corso del tempo, in senso lato la solidarietà risponde a una comunione di interessi, di idee e di valori, a un impegno etico-sociale nel quale trova espressione e realizzazione la personalità dell'individuo. L'agire per gli altri implica condividere e attuare impegni e responsabilità e mette in luce motivazioni disinteressate, altruistiche e non egoistiche dettate dal desiderio di guadagno, dal *self-interest*<sup>2</sup>.

La solidarietà innerva tutta la Repubblica<sup>3</sup>, e la comunione di interessi e l'insieme di

---

<sup>1</sup> Sul tema si rinvia all'opera di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, anche per l'analisi storica dell'Autore sulla solidarietà, con particolare riguardo all'importanza da essa assunta nell'Ottocento in relazione alle lotte operaie, all'organizzazione di massa dei lavoratori, e al riconoscimento dei diritti sociali; solidarietà che solo con la creazione del *welfare*, dopo la seconda guerra mondiale, viene istituzionalizzata. L'Autore osserva che nel corso del tempo la solidarietà ha conosciuto alterne vicende: così a lungo è stata dimenticata, mentre oggi torna a riaffiorare con rinnovata attualità a livello internazionale; cfr. pure M.C. BLAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Parigi, 2007.

<sup>2</sup> Cfr. G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e "irrazionali"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 1, p. 26 ss., in particolare sulla razionalità e irrazionalità dell'agire disinteressato; Secondo J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Revised edition, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1999, p. 90 ss., in una società giusta i cittadini non dovrebbero desiderare vantaggi, a meno che ciò non vada a beneficio di quelli che stanno peggio.

<sup>3</sup> Così P. GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 3, p. 763 ss.



valori che la caratterizzano sono diretti a garantire l'eguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali. La solidarietà, in altri termini, esprime l'esigenza di eguale considerazione e rispetto degli individui, e può realizzarsi attraverso un'organizzazione sociale fondata sulla collaborazione e sull'accordo in campo sociale, politico ed economico<sup>4</sup>. In tal guisa la solidarietà ha una funzione dinamica, non statica, essa si adatta alle esigenze sociali in continuo mutamento e promuove lo sviluppo della personalità e delle capacità di ogni individuo. La solidarietà, strettamente legata al concetto di persona è un valore dell'identità culturale che porta alla reciprocità, all'altruismo per arginare le iniquità e ridurre gli ostacoli che si frappongono all'eguaglianza. Inoltre il dovere di solidarietà deve essere posto in funzione anche delle generazioni future, è infatti un'istanza intergenerazionale<sup>5</sup>.

Proprio per tali ragioni si ritiene che la solidarietà non conosca i limiti di schemi teorici monotipici, ma piuttosto rappresenti un'apertura all'azione diretta a soddisfare i bisogni (nel senso più lato del termine) di uno o più soggetti a prescindere dalla loro natura e dalle forme espressive<sup>6</sup>.

Si sostiene che la stessa idea di diritto nasca dalla solidarietà tra i consociati e dal loro rispetto reciproco: la solidarietà appare *in primis* come fondamento della società, e si pone all'origine delle norme giuridiche volte a regolare i rapporti che in tale società si instaurano<sup>7</sup>.

Già nel diritto romano, per mezzo della definizione di obbligazione solidale, si può rinvenire un primo significato di solidarietà, intesa come l'insieme degli obblighi (e dei diritti) che derivano dall'appartenenza ad un gruppo<sup>8</sup>.

È tra la metà del XIX e l'inizio del XX secolo che la solidarietà, da principio essenzialmente volto alla organizzazione della comunità, assume l'accezione di solidarietà so-

---

<sup>4</sup> Sulla solidarietà in relazione al mercato cfr. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.; F.D. BUSNELLI, *Può la solidarietà sopravvivere al mercato? Riflessioni a margine de "la compravendita" di Angelo Luminoso nel giorno della solenne consegna del "liber amicorum"*, in *Riv. giur. sarda*, 2013, II, p. 89 ss.

<sup>5</sup> A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, p. 331 ss.

<sup>6</sup> Si rinvia a A. RUGGERI, *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consulta online*, 2017, p. 446.

<sup>7</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, I, La règle du droit – Le problème de l'Etat*, Parigi, 1927, p. 125 secondo cui: "La conscience chez la masse des individus d'un groupe donné que telle règle morale ou économique est essentielle pour le maintien de la solidarité sociale, la conscience qu'il est juste de la sanctionner, voilà les deux éléments essentiels de la formation et de la transformation de la règle du droit".

<sup>8</sup> Si rinvia alle Institutiones di Giustiniano, 3, 16 in riferimento alla solidarietà passiva "ex huiusmodi obligationibus et stipulationibus solidum singulis debetur et promittentes singulis in solidum tenentur in utraque tamen obligatione una res vertitur".



ziale e quindi animata da un senso di protezione del prossimo: il diritto infatti si avvicina alle persone che versano in situazioni di svantaggio offrendo loro tutela, e la giustizia (anch'essa sociale) non è più unicamente concepita come reciprocità, ma anche come “distribuzione in virtù del bisogno”<sup>9</sup>. Tale concezione affonda le radici negli antichi concetti di ospitalità, *humanitas*, *pietas* e *clementia*.

Nell'*Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, del 1751, compare la *fraternité*. In seguito, la Rivoluzione francese fonda un concetto giuridico di *fraternité*, e nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, del 1789, la *fraternité* appartiene al celebre trittico *liberté, égalité, fraternité* ove rappresenta un valore morale che soffre il paragone con la libertà e l'eguaglianza, valori rivestiti di una veste giudica<sup>10</sup>. In altri termini, rispetto ai fondamentali principi di libertà e di eguaglianza, la fraternità si rivela più fragile, quasi fosse l'anello debole della catena: appare essere un termine “negletto”<sup>11</sup> rispetto agli altri due della triade che Robespierre ha ideato (anche) basandosi sugli scritti di Rousseau<sup>12</sup>. Sul piano etico e sociale la fraternità è comunione d'intenti e reciproco sostegno che unisce i componenti di una collettività sulla base della comune appartenenza a essa.

La solidarietà va oltre lo spirito di liberalità<sup>13</sup>, non si identifica esclusivamente nella carità cristiana<sup>14</sup> e non è solo beneficenza: solidarietà è prendersi cura della vita e dei bi-

---

<sup>9</sup> Si rinvia allo studio di R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, p. 23 ss.; v. anche J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, Parigi, 2004, p. 97 in cui si parla della nozione di solidarietà.

<sup>10</sup> In questo senso S. RODOTÀ, *Solidarietà: la storia di un'idea che si fa diritto*, Festival del diritto su “solidarietà e conflitti”, Piacenza, 28 settembre 2012, l'Autore afferma inoltre: “il 18 Brumaio dell'anno VIII, secondo il calendario rivoluzionario – ossia il 9 novembre del 1799 per quello gregoriano – Napoleone consuma il suo colpo di Stato, avviando la Francia verso un quinquennio glorioso: è l'era napoleonica. Fin da subito, il generale corso spiega ai francesi le ragioni del suo gesto stendendo un manifesto politico; nel manifesto si ripropone lo storico trittico di parole, con una variazione significativa: la Fraternità è sostituita con la Proprietà. La proprietà risponde ad una logica opposta a quella della Solidarietà: da un lato il proprietario è legato ad un bene e vanta un diritto – di proprietà – che è ‘il diritto ad escludere gli altri’ dal godimento del bene; dall'altro la solidarietà crea legami tra gli uomini di condivisioni di beni e ricchezze. Le due voci sono tendenzialmente antitetichie: una affermazione così assoluta della proprietà lascia poche speranze allo spirito solidaristico”.

<sup>11</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 122; v. E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2005, per le riflessioni sulla capacità di superare gli egoismi della fraternità.

<sup>12</sup> J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, trad. it., Torino, 1994, p. 23 ss. intende la solidarietà come legame sociale.

<sup>13</sup> In argomento P. RESCIGNO, *Solidarietà e diritto*, Napoli, 2006, p. 9 ss., distingue lo spirito di solidarietà dallo spirito di liberalità; sugli atti gratuiti e liberali cfr. A. GALASSO, S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008.

<sup>14</sup> Secondo F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e “l'attesa della povera gente”*, oggi, in *Riv. trim.*



sogni altrui, senza pretendere nulla in cambio, è un impegno per il bene comune, ossia per il bene di tutti e di ciascuno, è la coscienza viva e operante di appartenere a una comunità condividendone necessità e interessi, che si esprime in iniziative individuali o collettive di sostegno materiale o morale.

L'epoca in cui viviamo è caratterizzata da profonde e rapide trasformazioni sociali, da imperiose necessità già indotte dalle gravi crisi economico-finanziarie, dalla crisi dello Stato sociale (con interventi pubblici sempre più limitati) che hanno portato ad un aumento delle disuguaglianze e delle povertà che la globalizzazione<sup>15</sup> non solo non riduce, ma accresce. In questo quadro l'aumento della povertà inasprisce i conflitti, le divisioni, l'intolleranza, ma anche l'indifferenza nei confronti dell'altro soprattutto di colui che ha il volto dell'immigrato e appartiene ad etnie e culture diverse. Ciò deve portarci a ripensare assieme diversità e identità, eguaglianza e solidarietà unitamente ad uno sforzo delle singole persone e ad efficaci interventi pubblici che trascendono i confini nazionali. Diversamente, la spirale della disuguaglianza continuerà a crescere producendo effetti negativi sulle istituzioni democratiche e sulla stabilità globale.

L'importanza della solidarietà sociale, principio che è ben sedimentato nella nostra cultura, emerge soprattutto in momenti difficili e contribuisce all'integrazione delle persone svantaggiate, nel rispetto della loro dignità e della loro diversità. La persona non deve essere considerata quale atomo avulso da un contesto di comunità, perché appartiene ad essa e come tale deve contribuire con un impegno effettivo; il modello antropologico di solidarietà diventa pertanto il fulcro per realizzare in concreto, in un'ottica di eguaglianza sostanziale, l'accesso delle persone alle varie situazioni garantite dal diritto attraverso uno spirito di collaborazione che non sia limitato a provvidenze di carattere meramente assistenziale.

La solidarietà quindi va oltre l'adempimento di un dovere normativamente imposto e si esprime nell'attività (individuale o collettiva) altruistica e disinteressata diretta a sod-

---

*dir. proc. civ.*, 2013, 2, p. 426, "l'ispirazione cristiana della solidarietà costituzionale è affrancata dal dogma, da qualsiasi dogma, e felicemente secolarizzata nella confluenza con un solidarismo tutt'altro che 'barbaro', che significativamente si definisce 'umano' prima ancora che 'sociale'. È un'idea di solidarietà che attiene all'etica, prima ancora che alla sociologia; e che, attraverso la mediazione del diritto – e del diritto positivo –, si frange in solidarietà 'politica, economica e sociale' (art. 2 Cost.)"; v. anche la ricostruzione già operata da I. GIORDANI, *Il messaggio sociale del Cristianesimo*, Roma, 1963, p. 771; e da G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia e codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, p. 353.

<sup>15</sup> Tra la vastissima letteratura in tema di globalizzazione si fa rinvio a F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; v. anche F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr.*, 2016, 6, p. 1344 ss. in merito alle conseguenze della globalizzazione sul piano economico, sociale e giuridico.



disfare i bisogni degli altri, a prendersi cura dei più deboli e di coloro che si trovano in gravi difficoltà a causa di calamità naturali, guerre, epidemie.

Al fine di rispondere ai bisogni (anche di natura emergenziale) nel settore della sanità, della ricerca scientifica, dell'ambiente rivestono un importante ruolo il corpo di regole preordinato all'organizzazione e al sostegno del terzo settore, dell'associazionismo, del volontariato "espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo", secondo l'art. 2 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore – e successive modifiche contenute nel d.lgs. 3 agosto 2018, n. 105 – che ne riconosce altresì il valore e la funzione sociale Tali disposizioni, giusta l'art. 4, comma 3, si applicano anche ad "enti religiosi civilmente riconosciuti" limitatamente allo svolgimento delle attività di interesse generale, elencate dall'art. 5, comma 1<sup>16</sup>. Giova ricordare l'importanza di organismi come il volontariato inteso come libera e spontanea forma di aggregazione di persone, come modello di riferimento per l'azione dell'individuo che nell'offrire spontaneamente prestazioni a favore del singolo o della collettività contribuisce a realizzare il principio di solidarietà sociale<sup>17</sup>, un principio che corrisponde a sentite esigenze morali ed è un valore fondante della convivenza.

2. – La previsione del dovere inderogabile di solidarietà politica, economica e sociale è propria dell'art. 2 Cost., norma d'impronta personalistica, generale e "aperta ai valori emergenti nella società, ivi compresi quelli veicolati attraverso le dichiarazioni internazionali dei diritti"<sup>18</sup>. Dalla Costituzione si ricavano i principi in forza dei quali le istitu-

---

<sup>16</sup> Per l'art. 4, comma 1, "Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore". In dottrina cfr. B. PAGAMICI, *Codice del Terzo settore: le novità del decreto correttivo*, in *Cooperative e enti non profit*, 2018, 10, p. 7 ss.; R. RANUCCI, *La pubblicità degli enti del Terzo settore: il registro unico nazionale (e parallelismi inevitabili con il registro delle imprese)*, in *Foro it.*, 2018, 12, p. 394 ss.

<sup>17</sup> Cfr. Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75, in *Foro it.*, 1992, 1, p. 2578 ss., sulla realizzazione della solidarietà sociale, "per la quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa".

<sup>18</sup> A. BARBERA, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini, Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. CALIFANO, Torino, 2004, p. 19; ID., *Art. 2*, in *Comm. Costituzione. Principi fondamentali, artt. 1-12*, a



zioni favoriscono lo sviluppo del singolo individuo attraverso ogni manifestazione della personalità ed impongono a tutti – in primo luogo a sé stesse – l’adempimento del dovere inderogabile di solidarietà, impegnandosi in tal guisa ad eliminare ogni genere di ostacolo che impedisca lo sviluppo della persona, e soprattutto a realizzare il principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3, comma 2, Cost.*<sup>19</sup>. È quindi compito dell’ordinamento giuridico realizzare quelle scelte di valori poste a suo fondamento.

Il principio di solidarietà permea la nostra Carta costituzionale<sup>20</sup> e si pone in stretta correlazione con i diritti fondamentali ampliandone gli spazi di tutela, la solidarietà implica la condivisione e l’attuazione di un impegno per il bene comune e l’assunzione di responsabilità in una prospettiva dinamica di partecipazione alla *polis* che accomuna le persone<sup>21</sup>. L’art. 2 Cost. elegge infatti la persona a punto di riferimento dell’ordinamento e bersaglio da proteggere dalle aggressioni della vita sociale e fornisce una nozione di persona intesa come centro di interessi e titolare di diritti inviolabili sia come singolo sia

---

cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, p. 96 ss., sulla “trepidante ricerca di nuovi spazi di libertà, resi possibili da un’interpretazione ‘aperta’ dell’art. 2, non umiliato in una funzione meramente riepilogativa e riassuntiva, e concretizzati inoltre in robuste istituzioni”, in tal guisa “non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione di doveri di solidarietà” che valgono anche per i gruppi e le formazioni sociali.

<sup>19</sup> Già Corte cost., 20 febbraio 1997, n. 43, tra le altre in *Foro it.*, 1997, 1, 984, in *Giur. it.*, 1997, 1, p. 436, affermava: “spetta innanzitutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà ch’essa reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone, dall’altro, affinché l’ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi.” In dottrina cfr. M. PARADISO, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato: leggendo il volume omonimo di Roberto Cippitani*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 1, p. 368 ss., in particolare sugli strumenti di diritto pubblico e di diritto privato della solidarietà, nonché sulla solidarietà come fondamento e finalizzazione dei rapporti giuridici.

<sup>20</sup> Secondo F.D. BUSNELLI, *Il principio*, cit., p. 424, “dignità della persona umana, ruolo delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, eguaglianza sostanziale tra le persone; e, inoltre, riconoscimento dei ‘diritti della famiglia come società naturale’, funzione sociale della proprietà, utilità a fini sociali dell’attività economica privata: questi sono i valori ordinanti il modello costituzionale della solidarietà di una repubblica “fondata sul lavoro”. In tema di principi costituzionali F. VIOLA, *Diritti umani e scienza giuridica*, in *A tutti i membri della famiglia umana*, Milano, 2008, p. 95, afferma che tali i principi “sono la traduzione giuridica di valori fondamentali in criteri-guida per la produzione e l’applicazione del diritto. Il loro compito è quello di urbanizzare i valori, cioè di renderli compatibili e, quindi, praticabili nei contesti sociali che esigono la coordinazione delle azioni, degli interessi e, soprattutto, il rispetto della dignità delle persone nella loro diversità”; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 31, p. 865, sostiene: “il nesso di congruenza tra valori-principi-regole è costituito dalla validità del diritto, è un assioma che precede addirittura il diritto costituzionale posto; è qualcosa che viene prima dello stesso potere di fare una costituzione”; ID., *Imparare democrazia*, Torino, 2007.

<sup>21</sup> Già nella tradizione greca è presente la doverosa partecipazione alla *polis*, in argomento F. CERRONE, *Genealogia della cittadinanza*, Roma, 2004, p. 64 ss.



come membro di formazioni sociali che vengono elette come luogo di esercizio dei diritti e di adempimento del dovere di solidarietà.

Altro principio caratterizzante l'intero assetto costituzionale, enunciato nel comma 1 dell'art. 3, è l'eguaglianza che non va intesa come omologazione, massificazione, perché anche nell'eguaglianza devono emergere le identità dei singoli. La norma nel riconoscere, al comma 2, l'esistenza di situazioni di sostanziale diseguaglianza, prevede l'impegno ad eliminare ogni genere di ostacolo che impedisca il pieno sviluppo della persona umana<sup>22</sup>. La solidarietà può contribuire alla realizzazione dell'eguaglianza sostanziale.

La solidarietà assume inoltre importanza nel lavoro che la Costituzione colloca a fondamento dello Stato (art. 1) e lo qualifica, all'art. 4, come diritto/dovere che permea l'esistenza di ogni persona rendendola libera e dignitosa (art. 36)<sup>23</sup>. L'idea di solidarietà nel lavoro fu già sostenuta dall'Assemblea costituente secondo la quale: "il lavoro è anche un dovere sociale, cioè un dovere verso la collettività, essendo il modo con cui l'individuo, nella solidarietà necessaria in tutti i produttori, partecipa e contribuisce alla vita sociale, lo strumento, mediante il quale può realizzarsi il bene comune ed il comune progresso". Tuttavia, una autorevole dottrina riconosce alla solidarietà un significato meno pregnante di quello attribuito ad essa dai Padri costituenti<sup>24</sup>.

L'innovativa disposizione contenuta nell'art. 46 Cost. – nel conferire ai lavoratori il diritto a collaborare alla gestione delle aziende dove prestano la loro opera – prevede una

---

<sup>22</sup> Secondo P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 390 s., "la democrazia formale nata dalla Rivoluzione francese, lo Stato di diritto si son fermati alla proclamazione dell'uguaglianza innanzi alla legge; questa, in una società che rivela gravi ed insanabili disarmonie e sperequazioni, pone l'angosciosa domanda (...): a che valga l'uguaglianza della capacità patrimoniale, di fronte alla disuguale distribuzione della ricchezza; a che serva l'uguaglianza delle misure riparatorie di fronte alla insufficienza di tutti i criteri di valutazione della prestazione e del danno; a che cosa giovi, infine, l'uguaglianza nell'attribuzione dei beni di fronte alla infinita molteplicità dei nostri bisogni materiali e spirituali. La risposta a queste domande esigerebbe dall'interprete del testo costituzionale un ripensamento ed una critica di tutto il sistema. Si direbbe che nell'art. 3, comma 2 l'esperienza storica liberale e democratica, da cui è nata la Costituzione, quasi rinneghi sé stessa, e si delinei un programma di rivoluzione, destinata a scuotere le strutture economiche e sociali della nostra Costituzione in senso materiale". Cfr. D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, a cura di D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, Torino, 2015, p. 53 ss.

<sup>23</sup> In questo senso S. RODOTÀ, *Crescita e benessere*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 1, p. 3 ss., secondo l'Autore l'art. 36 Cost., è il punto istituzionale d'intersezione tra crescita e benessere.

<sup>24</sup> F.D. BUSNELLI, *Il principio*, cit., p. 437, osserva tuttavia che "la solidarietà, assunta nel significato 'forte' assegnatole dai Padri della Costituzione italiana, sta lentamente morendo: più che una fonte di 'pericoli' ricollegabili al suo (mal)funzionamento come 'solidarietà obbligatoria', è diventata una sovrastruttura ingombrante dalla quale liberarsi nelle dinamiche della cosiddetta società evoluta, che si compiace della propria libertà democratica".



solidarietà fondata sul concetto di collaborazione e di partecipazione. Di più, l'art. 45 Cost. riconosce, con *favor* evidente, *la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità* – come spontanea organizzazione sociale ed economica – e al contempo enuncia il disvalore della *speculazione privata*. Si ricorda inoltre la solidarietà costituzionale garantita, alla stregua dell'art. 38, ad ogni cittadino inabile al lavoro e per i casi di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Anche la previdenza sociale, in senso lato, si basa sul principio di solidarietà, in particolare sulla c.d. solidarietà nel tempo ove le pensioni attualmente erogate vengono finanziate dai lavoratori di oggi.

La solidarietà costituzionale riguarda inoltre il diritto allo studio e, secondo un'auto-revole dottrina, "il disposto in questo senso dell'art. 34, comma 2, Cost. riveste straordinaria importanza, e se ne sarà data fedele attuazione, con l'impiego degli imponenti mezzi che questa richiede, varrà meglio di altre misure a realizzare l'imperativo sancito negli artt. 2 e 4 di assicurare lo sviluppo della personalità di ciascuno secondandone le naturali capacità, e potrà conferire una salda base al regime democratico, cui ripugna ogni incrostazione di potere, e che invece richiede una rapida circolazione delle *élites* reclutate in tutte le classi sociali"<sup>25</sup>.

Il principio in esame ha un ruolo primario anche nel diritto alla salute, giusta l'art. 32 Cost., inteso come *fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*, quindi come bene da proteggere e promuovere in una prospettiva egualitaria che non ammette privilegi di sorta. Sul punto si osserva che i servizi sanitari svolgono una funzione essenziale basata sul principio di solidarietà<sup>26</sup>.

Ancora, la stessa funzione sociale che interessa l'istituto della proprietà (*ex art. 42 Cost.*) – i cui precedenti più noti risalgono alla Costituzione di Weimar e che appare capace di operare soprattutto quando sui beni economici di proprietà di un soggetto si instauri un rapporto che implica la collaborazione altrui – è legata alla solidarietà<sup>27</sup>.

Circa la solidarietà politica ci si limita in questa sede a richiamare l'art. 48 del titolo IV della Costituzione in materia di voto, una delle più alte conquiste civili – ove è previ-

<sup>25</sup> Così C. MORTATI, *La Costituzione italiana, in Una e indivisibile*, Milano, 2007, p. 249 ss.

<sup>26</sup> In tema vedi le considerazioni di S. RODOTÀ, *La vita*, cit., p. 95.

<sup>27</sup> In questo senso Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. it.*, 2008, 4, p. 831, in relazione alla determinazione dell'indennità di espropriazione per motivi d'interesse generale. Più precisamente, secondo la Corte, il legislatore non è obbligato a predisporre criteri equiparati al valore venale del bene, perché la funzione sociale richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri di solidarietà; in tema v. anche D. MEMMO, *Proprietà e autonomia privata alla luce della giurisprudenza delle Corti europee*, in *Contr. impr.*, 2016, 6, p. 1299 ss.



sto che *il voto è personale ed eguale, libero e segreto, ed il suo esercizio è dovere civico* – che pone, accanto all’esercizio del diritto, l’assolvimento di un dovere di solidarietà politica.

Sulla solidarietà economica, sempre nel titolo IV della Costituzione, l’art. 53, norma cardine dell’intero sistema tributario, esprime il principio di capacità contributiva che regola la ripartizione dei tributi tra i consociati ed è informato a criteri di progressività<sup>28</sup>. Il principio è rivolto sia al legislatore sia al contribuente: al primo in quanto afferma la funzione solidaristica del concorso alle spese pubbliche ed esprime la funzione garantista della capacità contributiva che costituisce, ad un tempo, limite dell’imposizione e parametro della stessa; al secondo in quanto si rinviene la nota doverosità del concorso alle pubbliche spese per la sopravvivenza stessa dello Stato. Il dovere contributivo è espressione del dovere di solidarietà economica e il suo adempimento soddisfa esigenze sociali: la ricchezza di ogni individuo rileva non solo come diritto, ma anche come dovere per realizzare fini comuni<sup>29</sup> e quindi giustizia sociale<sup>30</sup>, un dovere che grava su “tutti” (art. 53).

Va da sé che la lettura della Costituzione debba pur sempre adeguarsi alla realtà del momento e sembra pertanto necessario ripensare lo stesso concetto di Stato sociale<sup>31</sup> orientando adeguatamente l’utilizzo delle risorse pubbliche; lungo questo percorso anche il novellato art. 119, comma 5, Cost., promuove la solidarietà sociale stabilendo che *lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni*.

---

<sup>28</sup> Approfondimenti in F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, a cura di L. PERRONE, C. BERLIRI, Napoli, 2006, p. 45 ss.

<sup>29</sup> V. F. PICCIAREDDA, *Solidarietà tributaria e giudicato*, in *Riv. giur. trib.*, 2018, 6, p. 482 ss.; F. GALLO, *L’uguaglianza tributaria*, Napoli, 2012.

<sup>30</sup> In argomento F. GALLO, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nella prospettiva dell’unificazione europea*, in *Dir. e pratica tribut.*, 2014, 1, p. 1 ss. In una nota decisione sull’illegittimità (per violazione degli artt. 3 e 53 Cost.) del maggior prelievo tributario previsto a carico delle c.d. pensioni d’oro, la Corte cost., 5 giugno 2013, n. 116, tra le altre in *Giornale dir. amm.*, 2013, p. 864, ha precisato che il trattamento pensionistico ordinario ha natura di retribuzione differita sicché tale prelievo, rispetto ad altre categorie risulta discriminatorio. La Corte ha inoltre affermato: “la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria; ma esige invece un indefettibile raccordo con la capacità contributiva, in un quadro di sistema informato a criteri di progressività, come svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di eguaglianza, collegato al compito di rimozione degli ostacoli economico-sociali esistenti di fatto alla libertà ed eguaglianza dei cittadini-persone umane, in spirito di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 2 e 3 della Costituzione)”.

<sup>31</sup> In argomento cfr. N. LIPARI, *Ancora su persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 2, p. 423 ss.



È quindi chiaro come il principio di solidarietà possa essere assunto come chiave di lettura dell'intero ordinamento costituzionale ove anche le imposizioni di limiti ed obblighi sono spesso finalizzate alla solidarietà<sup>32</sup>.

3. – La solidarietà è fortemente presente nelle menti di chi, dopo gli orrori della seconda guerra mondiale, crede in una coesione europea per garantire la pace<sup>33</sup>. Sin dagli albori della genesi dell'Unione europea si affaccia la solidarietà come base del processo di integrazione europea, nell'ottica del superamento della cooperazione intergovernativa che aveva fondato esperienze come la Società delle nazioni la cui “dannosità” viene apertamente dichiarata nel Manifesto di Ventotene scritto da Altiero Spinelli ed Ernesto Rossi<sup>34</sup>.

Il principio di solidarietà già enunciato in numerose Carte costituzionali<sup>35</sup> è presente nel diritto sovranazionale: nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea l'UE si propone di *rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici,*

---

<sup>32</sup> In tema G. BARONE, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. it. dir. publ. comun.*, 2004, p. 1244, in cui l'Autore ritiene che la possibilità di imporre degli obblighi in capo ai cittadini trovi la propria giustificazione nel principio di solidarietà; N. LIPARI, “*Spirito di liberalità*” e “*spirito di solidarietà*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1, p. 12 ss.

<sup>33</sup> Vedi L. STURZO, *La vera vita. Sociologia del soprannaturale, Opera omnia*, Bologna, 1960, p. 216 ss.; ma già in precedenza, con spirito lungimirante si era espresso VICTOR HUGO il 21 agosto 1849 al Congresso della Pace tenutosi a Parigi che in particolare affermava: “*Un jour viendra où la France, vous Russie, vous Italie, vous Angleterre, vous Allemagne, vous toutes, nations du continent, sans perdre vos qualités distinctes et votre glorieuse individualité, vous vous fondrez étroitement dans une unité supérieure, et vous constituerez la fraternité européenne*”.

<sup>34</sup> Nel Manifesto di Ventotene, *Per un'Europa libera e unita*, si legge “è ormai dimostrata l'inutilità, anzi la dannosità di organismi sul tipo della Società delle Nazioni, che pretendeva di garantire un diritto internazionale senza una forza militare capace di imporre le sue decisioni, e rispettando la sovranità assoluta degli stati partecipanti”; v. pure V. COSTANTINESCO, R. KOVAR, J.P. JACQUE, diretto da, *Traité instituant la CEE*, Parigi, 1992.

<sup>35</sup> Si veda, a titolo di esempio l'art. 25, comma 4, della Costituzione greca che sancisce il diritto in capo allo Stato di richiedere ai cittadini di adempiere ai propri obblighi di solidarietà sociale; e anche il Preambolo della Costituzione federale della Confederazione Svizzera che afferma che l'finalità di “rinnovare l'alleanza confederale e a consolidarne la coesione interna, al fine di rafforzare la libertà e la democrazia, l'indipendenza e la pace, in uno spirito di solidarietà e di apertura al mondo” e, all'art. 103 si pone a sostegno delle regioni economicamente più fragili, parlando di una solidarietà che si può “ragionevolmente esigere”; ed anche la Costituzione spagnola che, ex art. 2, “*se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles*” e che riconosce e garantisce la “*solidaridad*” all'interno di tutte le regioni che compongono il Paese.



e si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; sempre per il Preambolo della Carta, la centralità della persona deve caratterizzare l'azione dell'Unione<sup>36</sup>. Con l'avvento della Carta di Nizza si è costituito un patrimonio unitario di valori ispirati anche a principi già presenti nella nostra Costituzione, quali la solidarietà a cui è dedicato il Capo IV che contiene un elenco di diritti e precisamente: lavoro (art. 27 e ss.)<sup>37</sup>, vita familiare e professionale (art. 33), sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34), salute (art. 35), accesso ai servizi d'interesse economico generale (art. 36) e ambiente (art. 37).

Giova sul punto ricordare che gli originari trattati comunitari non presentavano alcun esplicito riferimento ai doveri solidaristici, laddove la Carta di Nizza prevede un rapporto tra gli interessi personali dell'individuo e le esigenze della società interamente considerata<sup>38</sup>.

La solidarietà è un valore sul quale si fonda la UE: così per l'art. 2 del TUE la solidarietà è tra i valori caratterizzanti la società insieme alla non discriminazione, alla tolleranza, alla giustizia e alla parità tra donne e uomini; inoltre l'art. 3 promuove *la solidarietà tra le generazioni* nonché *la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri* combattendo l'esclusione sociale e le discriminazioni. Pure il TFUE ai sensi dell'art. 222, Titolo VII, *l'Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo*. Dalle disposi-

---

<sup>36</sup> Secondo S. RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 3, p. 357 ss., "i titoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – dignità, libertà, eguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia – manifestano, con chiarezza, un programma imperniato su valori forti".

<sup>37</sup> In tema di parità di trattamento nel lavoro si richiama la CGUE, 12 dicembre 2013, n. 267/12, in *Corr. giur.*, 2014, 276, secondo la quale "l'art. 2, par. 2, lettera a), della direttiva n. 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione di un contratto collettivo, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, a termini della quale a un lavoratore dipendente unito in un patto civile di solidarietà con una persona del medesimo sesso sono negati benefici, segnatamente giorni di congedo straordinario e premio stipendiale, concessi ai dipendenti in occasione del loro matrimonio, quando la normativa nazionale dello Stato membro interessato non consente alle persone del medesimo sesso di sposarsi, allorché, alla luce della finalità e dei presupposti di concessione di tali benefici, detto lavoratore si trova in una situazione analoga a quella di un lavoratore che contragga matrimonio".

<sup>38</sup> Si rinvia a S. GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Diritti sociali e servizio sociale. Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, a cura di P. COSTANZO, S. MORDEGLIA, Milano, 2005, p. 23 ss.

# JUS CIVILE



zioni contenute nei Trattati emerge pertanto che le politiche e le azioni dell'Unione devono garantire un'adeguata protezione sociale. L'Unione europea può raggiungere un grado più elevato di democrazia e di sviluppo attraverso scelte politiche che mettano al centro dell'attenzione principi, quali la solidarietà, la cui realizzazione amplia gli spazi dedicati alla tutela dei diritti della persona<sup>39</sup>.

Attualmente un maggiore impegno deve essere infatti diretto al soddisfacimento dei bisogni che riguardano il numero sempre crescente dei c.d. soggetti deboli: poveri, immigrati, disoccupati (in particolare giovani disoccupati), come pure individui svantaggiati perché affetti da patologie, disabili e anziani, alcolisti, tossicodipendenti, e via dicendo. Diviene pertanto necessario tenere conto delle esigenze che emergono nell'epoca in cui viviamo, offrendo nuove tutele, pari trattamento e opportunità al fine di garantire alle persone un'esistenza libera e dignitosa.

La solidarietà comunitaria necessita altresì di un'azione proiettata all'esterno dell'Unione: l'art. 21 TUE prevede infatti un ruolo "sulla scena internazionale". In questo senso l'azione della UE<sup>40</sup>, verso l'esterno, è da sempre basata su un impegno comune per il riconoscimento di libertà e diritti per coloro che non possono goderne; proprio per tali ragioni le politiche comuni in materia di asilo e immigrazioni devono essere ispirate (anche) al principio di solidarietà diretto all'altro, *xenos*, al rifugiato che arriva nel nostro Paese spinto dalla guerra, dalle persecuzioni in cerca di una "giustizia". La solidarietà, a livello europeo, è un vero e proprio obbligo il cui inadempimento "scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico comunitario"<sup>41</sup>.

In questa direzione si pone, in ambito internazionale, la disposizione contenuta all'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, secondo la quale è riconosciuto tra l'altro ad ogni individuo il diritto alla salute e al benessere proprio e della sua famiglia.

---

<sup>39</sup> In tema v. G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2005; G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *www.personae.mercato.it*.

<sup>40</sup> R. CIPPITANI, *La solidarietà*, cit., p. 70; v. anche le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999.

<sup>41</sup> Già Corte giust., 7 febbraio 1973, 39/72, Commissione delle Comunità europee v. Repubblica italiana, in *Racc.*, 1973, p. 101.



4. – Dalla Relazione del Guardasigilli al cod. civ.<sup>42</sup> si evince, in un’ottica di equilibrio tra interessi contrapposti, che il “dovere di solidarietà nasce e deve nascere dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale; esso non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l’interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell’interesse proprio”.

Già l’ordinamento corporativo, soppresso dal r.d.l. 9 agosto 1943, n. 721, propugnava una solidarietà pubblica imposta alle categorie professionali, le corporazioni<sup>43</sup>.

Il principio di solidarietà riguarda anche il diritto di proprietà che era un tempo inteso come la situazione giuridica che per eccellenza tutelava la posizione individuale<sup>44</sup>; l’attuale disciplina della proprietà prevede infatti il divieto di atti emulativi sancito ai sensi dell’art. 833 cod. civ.<sup>45</sup>. Come è noto si tratta del divieto di compiere azioni prive di utilità, ma con la precisa finalità di nuocere o recare molestia ad altri (*animus nocendi*) che può considerarsi espressione del principio che vieta l’abuso del diritto<sup>46</sup>. Sempre con riguardo al diritto di proprietà è il principio di solidarietà condominiale che impone di facilitare l’eliminazione delle barriere architettoniche anche senza il rispetto delle distanze dalle proprietà contigue<sup>47</sup>.

La buona fede e la regola *pacta sunt servanda* condividono la funzione di tutelare gli interessi delle parti del contratto (e del sistema) la cui realizzazione prevede un comportamento di collaborazione dei contraenti; al comportamento secondo buona fede in senso oggettivo<sup>48</sup> (sostanzialmente omogeneo alla correttezza *ex art. 1175*

---

<sup>42</sup> Relazione del Guardasigilli al codice civile del 1942, n. 558.

<sup>43</sup> In tema vedi per tutti F.D. BUSNELLI, *Solidarietà: aspetti di diritto privato*, in *Iustitia*, 1999, 4, p. 437.

<sup>44</sup> Si richiama sul tema l’art. 17 della *Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen* del 1789 definiva la proprietà come “*droit inviolable et sacré*”, disposizione che ha ispirato l’art. 544 del *Code Napoléon* prima e il cod. civ. italiano del 1865 dopo.

<sup>45</sup> Relazione del Guardasigilli al codice civile del 1942, n. 408; in tema di atti emulativi v. *ex multis* R. PARDOLESI, *Atti emulativi e regole decorative*, in *Foro it.*, 2016, 3, p. 844 ss.; M. SESTA, *Rapporti personali di vicinato: immissioni, atti emulativi e privacy*, in *Riv. notar.*, 2006, 6, p. 1471 ss., U. RUFFOLO, *Atti emulativi, abuso del diritto e “interesse” nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 1, p. 23 ss.

<sup>46</sup> La letteratura in tema di abuso del diritto è vastissima, si rimanda per tutti gli Autori al fondamentale contributo di P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, Bologna, 1998; secondo Cass., 19 marzo 2013, n. 6823, in *Giust. civ. Mass.*, 2013: “sulla base del principio di solidarietà, il diritto vigente identifica a carico e a tutela degli interessi al libero godimento di ciascun proprietario una triplice serie di divieti generali: a) il divieto degli atti emulativi, b) il divieto di immissioni di fumo o calore, di esalazioni, di rumori, se superano la normale tollerabilità; c) una disciplina articolata con riferimento alle distanze tra costruzioni su fondi finitimi”.

<sup>47</sup> V. Cass., 26 novembre 2019, n. 30838, in *D&G*, 2019, con nota di M. TARANTINO.

<sup>48</sup> Il Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, in *Notariato*, 2013, p. 247, considera la buona fede come



cod. civ.)<sup>49</sup> le parti devono attenersi in ogni fase del contratto<sup>50</sup>. In queste disposizioni, che tratteggiano il *modus operandi* della parte nel rapporto obbligatorio emerge la solidarietà contrattuale intesa come riguardo, finanche protezione della posizione altrui e cooperazione con la controparte.

L'art. 1292 cod. civ. e ss. presenta la solidarietà nelle obbligazioni soggettivamente complesse che trova le sue radici nel diritto romano (*in solidum obligari*)<sup>51</sup>: la solidarietà passiva (ove ciascun debitore è tenuto per la totalità all'adempimento)<sup>52</sup>, e quella attiva (che legittima, se espressamente prevista, ciascun creditore a chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione)<sup>53</sup>. La solidarietà è inoltre prevista per le obbligazioni sociali, *ex art. 2267 cod. civ.*, e per l'assicuratore, *ex art. 1900 cod. civ.*, che è obbligato, tra l'altro,

---

impegno di cooperazione o obbligo di solidarietà; secondo il Trib. Milano, 11 maggio 2013, in *Riv. dir. internazionale priv. proc.*, 2014, p. 405, "la buona fede si sostanzia in un obbligo di solidarietà che impone alle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali (...). L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce (...) un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale"; Trib. Verona, 19 dicembre 2017, in *Redazione Giuffrè*, 2018, sul principio di buona fede e dovere di reciproca solidarietà tra i contraenti nei rapporti bancari; Trib. Siena, 7 marzo 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2019, sul principio di correttezza e buona fede valutabile in base alle caratteristiche del caso concreto; in dottrina cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustizia civile.com*, 2020, secondo l'Autore la solidarietà costituisce "il termine di riferimento più significativo sul versante costituzionale, della regola di buona fede" e sottolinea che "il valore della solidarietà (che, trasposto sul piano del linguaggio poetico, sembra evocare la 'social catena', della quale si legge ne *La Ginestra*, e che difende i mortali contro l'empia natura), tradotto tecnicamente nella clausola generale di buona fede o correttezza, costituisca una componente fondamentale della strumentazione argomentativa della quale si deve avvalere il civilista chiamato a fronteggiare i problemi derivanti dall'incidenza sul diritto dei contratti della pandemia in atto".

<sup>49</sup> Secondo S. RODOTÀ, *Buona fede e correttezza nel quadro dell'integrazione*, in *Le fonti d'integrazione del contratto*, a cura di S. RODOTÀ, Milano, 2004, p. 161, il dovere di correttezza ben può essere identificato con l'*alterum non laedere*.

<sup>50</sup> A differenza del cod. civ. del 1865 che prevedeva la buona fede solo nella esecuzione del contratto (art. 1124).

<sup>51</sup> Sulla solidarietà contrattuale cfr. V. FERRANTE, M. BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2012, 3, p. 463 ss.

<sup>52</sup> In tema v. da ultimo Cass., 15 gennaio 2020, n. 542 in *Giust. civ. Mass.*, 2020, sulla solidarietà passiva nel rapporto obbligatorio prevista nell'interesse del creditore; in dottrina v. U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contr. impr.*, 2014, 2, p. 266 ss.

<sup>53</sup> Cass., 28 gennaio 2019, n. 2267, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, sulla necessità di una espressa previsione della solidarietà attiva tra più creditori; cfr. pure Cass., 7 febbraio 2014, n. 2822, in *CED Cassazione*, 2014, secondo la quale la solidarietà attiva "non si presume, nemmeno in caso di identità della prestazione dovuta, ma deve risultare espressamente dalla legge o da un titolo negoziale preesistente alla richiesta di adempimento"; in dottrina cfr. V. BELLOMIA, *Rapporti bancari cointestati e solidarietà attiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 5, p. 373 ss.



*per i sinistri conseguenti ad atti del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, compiuti per dovere di solidarietà umana.*

Nella responsabilità aquiliana è presente la solidarietà, in tal guisa il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto allorché il pregiudizio supera la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale, precisamente: “il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile”<sup>54</sup>. Già secondo autorevole dottrina, “la considerazione primaria della posizione del danneggiato richiama immediatamente il ricordato principio di solidarietà, inteso come limite generale dell’operare dei soggetti, e di cui l’ingiustizia si palesa come diretta manifestazione nell’ambito della responsabilità civile”<sup>55</sup>.

Si aggiunga infine la norma contenuta nell’art. 2055 cod. civ. sulla responsabilità solidale in caso di fatto dannoso imputabile a più persone<sup>56</sup>.

**5. – Il principio di solidarietà espresso all’art. 2 Cost. domina i rapporti sociali e l’istituto della famiglia<sup>57</sup> con il fine di conservare e tutelare la coesione sociale e la convi-**

---

<sup>54</sup> In questo senso l’orientamento dominante: v. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, tra le altre in *Giust. civ.*, 2009, 4-5, p. 913, e in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, p. 38 con nota P.G. MONATERI; e da ultimo Cass. 11 novembre 2019, n. 28993, in *Foro it.*, 2020, 1, p. 187; Cass., 12 novembre 2019, n. 29206, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Catania, 14 dicembre 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2020; sul danno da perdita del rapporto parentale v. da ultimo Trib. Milano, 14 novembre 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2019: “Il pregiudizio da perdita o lesione del rapporto parentale rappresenta una particolare ipotesi di danno non patrimoniale, derivante dalla lesione del diritto all’intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell’ambito della famiglia”.

<sup>55</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 109; sul tema cfr. pure E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona fra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 4-5, p. 801 ss.; in argomento la Cass. pen., 29 luglio 2014, n. 33408, in *www.personaedanno.it*, in una fattispecie di omissione di soccorso, definisce il soccorso come un fondamentale dovere di solidarietà verso la vittima.

<sup>56</sup> V. App. Potenza, 3 dicembre 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2019; la Cass., sez. un., 15 luglio 2009, n. 16503, in *Resp. civ.*, 2010, p. 201, ha precisato che “l’unicità del fatto dannoso richiesta dal ricordato art. 2055 per la legittima predicabilità di una responsabilità solidale tra gli autori dell’illecito deve essere intesa in senso non assoluto, ma relativo al danneggiato, ricorrendo, pertanto, tale forma di responsabilità pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni o omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, ed anche diversi, sempreché le singole azioni o omissioni abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno”.

<sup>57</sup> Così P. RESCIGNO, *Matrimonio e famiglia. Cinquant’anni del diritto italiano*, Torino, 2000, p. 7; sull’evoluzione del diritto di famiglia v. L. BALESTRA, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant’anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 1, p. 245 ss.



venza civile<sup>58</sup>. I vincoli solidaristici di reciprocità e rispetto per gli altri sono infatti valori etici e giuridici consolidati nella comunità di affetti familiare, formazione sociale ove si svolge la personalità degli appartenenti<sup>59</sup>. È proprio la famiglia società naturale<sup>60</sup> il luogo primario ove si delinea l'identità e si sviluppa la personalità dei singoli i cui interessi individuali ricevono una sempre maggiore valorizzazione soprattutto in relazione alla cura e all'assistenza dei figli minori.

Ogni membro della famiglia non è pertanto un soggetto isolato, è bensì posto in stretto rapporto di reciproca solidarietà con gli altri familiari *rectius*, con il suo mondo di affetti<sup>61</sup> che va esteso al di là del nucleo di conviventi<sup>62</sup>.

Tutto ciò nonostante si sia evidenziato che in realtà, negli ultimi anni, si assiste ad una sempre maggiore valorizzazione degli interessi degli individui *uti singuli*, apparentemente a scapito della famiglia considerata nel suo insieme, finendo così per ridimensionarne anche la funzione sociale<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 371.

<sup>59</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, *Quaderni del CSM*, Roma, 1980, p. 366 secondo cui: “la famiglia, che entra nel campo del diritto come formazione sociale, porta con sé il problema ineliminabile dei soggetti visti nella loro debolezza, nella loro incapacità di partecipazione al commercio giuridico”; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 4, p. 509.

<sup>60</sup> Così l'art. 29 Cost., e per l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, “la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato”. F. D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Milano, 2003, p. 92; cfr. V. TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Modelli familiari tra diritti e servizi*, a cura di M. GORGONI, Napoli, 2005, p. 340 sottolinea come la famiglia sia il luogo primariamente destinato allo sviluppo della personalità dei singoli.

<sup>61</sup> Per la giurisprudenza sul tema, v. Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, p. 58; e Trib. Prato, 9 novembre 2010, in *Corr. mer.*, 2011, p. 253; in dottrina cfr. S. STEFANELLI, *Famiglia e successioni tra eguaglianza e solidarietà*, in *Vita not.*, 2012, 1, p. 475 ss.; A. GASPARRO, *L'attuazione dell'indirizzo della vita familiare*, in *Cultura e dir.*, 2014, 2, p. 99 ss.; F.D. BUSNELLI, *Il principio*, cit., 416, afferma invece che la famiglia “perde ormai la dimensione aggregante della solidarietà per diventare un semplice profilo della *privacy* di ciascun individuo. La Carta di Nizza, infatti, rinuncia a definire la famiglia per sancire il ‘diritto individuale di sposarsi e di formare una famiglia’ (art. 9) e si preoccupa che la ‘vita familiare’ così come l'intero ambito della ‘vita privata’ sia ‘rispettata’ (art. 7)”.

<sup>62</sup> Per il Trib. Livorno, 14 novembre 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2020, il rapporto nonni-nipoti non può essere ancorato alla convivenza, per essere ritenuto giuridicamente rilevante, in una fattispecie di danno per morte del congiunto.

<sup>63</sup> Si rinvia alle considerazioni di M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, in particolare a p. 572 ss., in cui l'Autore sottolinea che la disciplina giuridica della famiglia riguardante la funzione sociale ad essa demandata “ha intrapreso un percorso esattamente inverso rispetto a quello degli istituti del diritto patrimoniale, quali la proprietà, il contratto, la responsabilità civile, i rapporti di lavoro e d'impresa. Infatti le regole degli istituti appena menzionati, originariamente



Attualmente come è noto la stretta connessione tra il principio di solidarietà e le relazioni familiari non derivano esclusivamente dall'istituto del matrimonio<sup>64</sup>, ma anche da archetipi di vincoli affettivi quali la convivenza<sup>65</sup> e le unioni civili<sup>66</sup> riconosciuti e tutelati dalla l. 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze<sup>67</sup>, in particolare *ex art. 1, comma 11*, ai sensi del quale le parti sono tenute a contribuire ai bisogni comuni in relazione alle proprie sostanze e capacità, ed hanno l'obbligo reciproco di assistenza morale e materiale<sup>68</sup>.

concepite in un'ottica esasperatamente individualistica, sono state variamente influenzate e corrette grazie all'applicazione, con modalità costituzionalmente orientata, della funzione sociale”.

<sup>64</sup> Cfr. A. RENDA, *Il matrimonio civile – Una teoria neo-istituzionale* (Milano, 2003); ID., *Matrimonio e convivenze nel pensiero di Francesco Busnelli*, in *Famiglia*, 2017, 5, p. 585 ss., in particolare sulla distinzione tra matrimonio e convivenza e sulla disciplina delle unioni civili; L. BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, p. 6, definisce il matrimonio come “accordo per un'unione di vita di due persone di sesso diverso, certificato dall'autorità pubblica (matrimonio atto), che dà vita a un rapporto regolato dalle leggi civili (matrimonio rapporto)”; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 7 ss.

<sup>65</sup> G. BONILINI, *Convivenza, matrimonio, unione civile, e famiglia*, in *Dir. fam. success.*, 2017, 3, p. 765 ss.; E.A. EMILIOZZI, *Il contratto di convivenza nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, Milano, 2018; R. AMAGLIANI, *I contratti di convivenza nella l. 20 maggio 2016, n. 76 (c.d. legge Cirinnà)*, in *Contr.*, 2018, 3, p. 317.

<sup>66</sup> L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 7, p. 1779 ss.; M. SESTA, *Commento all'art. 1 C. 1, L. 76/2016, Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano 2017, p. 169 s.; V. BARBA, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in *GenIUS*, 2018, 1, p. 68; R. BAIOTTO, A. BUSACCA, B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza – Interesse del minore e genitorialità same sex*, Milano-Padova, 2018; in giurisprudenza v. Trib. Pordenone, 13 marzo 2019, in *Foro it.*, 2019, 1, p. 1451, in tema di attribuzione dell'assegno divorzile in seguito allo scioglimento di un'unione civile.

<sup>67</sup> Per un commento alla norma vedi M. SESTA (a cura di), *Codice delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2017; v. anche R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, Torino, 2016, p. 2 in cui l'Autore sottolinea che “la novella legislativa in esame fa, dunque, la sua apparizione in un contesto in cui si è già compiutamente consumato lo sgretolamento del rapporto biunivoco tra famiglia e matrimonio, il quale già aveva tratto impulso dall'entrata in vigore dalla legge sul divorzio, era passato attraverso la riforma del diritto di famiglia e aveva ricevuto ulteriore implementazione in virtù della legge sull'affidamento condiviso, nonché della riforma della filiazione”; tale intervento legislativo era auspicato da tempo (anche) dalla giurisprudenza comunitaria: v. per tutti CEDU, 21 luglio 2015, nel caso *Oliari et al. v. Italia*, in *www.giustizia.it* secondo cui, “la tutela legale attualmente disponibile per le coppie omosessuali non solo fallisce nel provvedere ai bisogni chiave di due persone impegnate in una relazione stabile, ma non è nemmeno sufficientemente affidabile”; vedi anche le considerazioni svolte con lungimiranza da G. ALPA, *Alcune osservazioni sul diritto comunitario e sul diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2003, 2, p. 448.

<sup>68</sup> L. BALESTRA, *La crisi della comunione di vita*, in *Giust. civ.*, 2020, 1, p. 46, sottolinea che “Il diritto delle relazioni affettive è profondamente mutato negli ultimi lustri, non solo per effetto di pur importanti riforme legislative, ma anche per il ruolo assunto dalla giurisprudenza, la quale si è mostrata, in misura progressivamente crescente, sensibile all'evoluzione del costume, nonché agli interessi via via emergenti e connotati da significativa condivisione sul piano sociale. Il diritto di famiglia, osservato attraverso la lente



Con l'unicità dello *status* di figlio<sup>69</sup>, e la preminenza dell'interesse dei figli, gli obblighi dei genitori di mantenere, istruire ed educare la prole stabiliti dall'art. 30 Cost. e dagli artt. 147 e 148 cod. civ. decorrono dal momento della nascita e il mancato adempimento di tali obblighi costituisce "la privazione degli elementi fondanti il nucleo dei doveri di solidarietà del rapporto di filiazione"<sup>70</sup>.

In questa ottica solidaristica, di aiuto e sostegno soprattutto dei familiari più deboli si può leggere l'art. 16 della l. n. 328/2000, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali* che riconosce e sostiene il ruolo di fondamentale importanza della famiglia nella formazione e nella cura dei suoi membri, specialmente nei momenti più critici che si possono presentare<sup>71</sup>.

Gli obblighi di cura ed assistenza che caratterizzano il dovere di solidarietà e sono espressione dell'unità familiare differiscono dall'obbligo di prestare gli alimenti<sup>72</sup>. L'art. 433 cod. civ. prevede infatti sia per i figli (anche adottivi, e in loro mancanza i discendenti prossimi) sia per i genitori (e in loro mancanza gli ascendenti prossimi) l'obbligo di prestare gli alimenti a fronte della condizione oggettiva di bisogno dell'alimentando; la misura degli alimenti è proporzionata al bisogno di chi li domanda e alla disponibilità di mezzi in capo al soggetto obbligato (art. 438 cod. civ.). Lo stato di bisogno comporta al-

---

della crisi, dà costantemente vita a plurimi spunti, innescando significativi momenti di riflessione per quel che concerne l'esatta collocazione, nonché dei momenti di interrelazione, di questo importante segmento del Diritto civile; senza peraltro disconoscere che le relazioni familiari involgono la rilevanza di interessi che si collocano ben oltre l'ordinamento civilistico".

<sup>69</sup> Con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 il legislatore ha operato una piena equiparazione tra i figli legittimi e i figli naturali sancendo che tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico (art. 315 cod. civ.). In dottrina cfr. P. RESCIGNO, *La filiazione "riformata": l'unicità dello "status"*, in *Giur. it.*, 2014, 5, p. 1261 ss. Si aggiunga che ai sensi dell'art. 315 bis cod. civ. il figlio deve comunque rispettare i genitori e contribuire al mantenimento della famiglia finché vive con essa in relazione alle proprie capacità, al proprio reddito e alle proprie sostanze: dovere quest'ultimo che prescinde dalla presenza di una unione tra i genitori e che si incentra esclusivamente sul rapporto genitore-figlio: sul punto v. M. BIANCA, *Angelo Falzea e il diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 4, p. 1076.

<sup>70</sup> Così Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Giur. it.*, 2014, p. 1593.

<sup>71</sup> M.N. BUGETTI, *La solidarietà tra genitori e figli e tra figli e genitori anziani*, in *Famiglia*, 2017, 3, p. 316 in cui l'Autrice afferma che "tale disposizione mette in luce come nel nostro ordinamento la famiglia sia considerata quale *provider* per l'assistenza alla persona non autonoma, ma ciò in considerazione della peculiarità del ruolo che alla famiglia è, non già attribuito, bensì riconosciuto da parte dell'ordinamento".

<sup>72</sup> In mancanza di familiari che potessero sostenere situazioni di bisogno, in passato era per mezzo della carità che i bisognosi venivano aiutati, in maniera organizzata (anche) dalla Chiesa cattolica, come pure grazie a iniziative private: sul punto vedi S. D'AMELIO, *La beneficenza nel diritto italiano*, Roma, 1928; G. CAPITANI, voce *Beneficenza pubblica*, in *Dig. it.*, Torino, 1890-1899, V, p. 268 ss.



tresi una valutazione sociale<sup>73</sup>, e al giudice sarà affidato un equo bilanciamento tra le opposte esigenze.

La disciplina in esame si basa quindi sullo stato di bisogno, ma non comprende la cura della persona non autonoma, in altri termini l'obbligazione di prestare gli alimenti per quanto abbia una funzione assistenziale<sup>74</sup> non implica una condivisione profonda di vita e tantomeno una presa in carico della cura della persona non autonoma, addirittura delinea un possibile distacco tra i soggetti. Ne deriva che non è contemplato un dovere del figlio di farsi carico della cura dell'assistenza del genitore non autosufficiente: anche se si tratta di un comportamento auspicabile rimane pur sempre riconducibile alla sfera della spontaneità<sup>75</sup>. Ciò a differenza di quanto previsto in capo ai genitori come dovere (di solidarietà) familiare dalle norme costituzionali (art. 30) e del cod. civ. (artt. 147, 148, 337 *ter*) per i figli.

In argomento, secondo autorevole dottrina, la contribuzione filiale presuppone un "consorzio familiare"<sup>76</sup> dal quale sorgono obblighi di solidarietà.

La reciproca solidarietà che connota la vita familiare può essere intesa come un bene<sup>77</sup> che viene compromesso in conseguenza dell'illecito che ha causato in capo alla vittima gravi lesioni<sup>78</sup> o persino la perdita della vita<sup>79</sup>. In altri termini, si tratta del c.d. dan-

---

<sup>73</sup> In argomento cfr. T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, p. 50 ss., *ivi*, riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; L. VIGNUDELLI, *L'adempimento dell'obbligazione alimentare, fra solidarietà sociale e vincolo giuridico*, in *Fam. e dir.*, 2019, 12, p. 1139 ss., esclude la possibilità di qualificare il dovere agli alimenti quale obbligo naturale e richiama l'istituto della gestione altrui, a 1142 l'Autore afferma che "con il trascorrere del tempo, invero, la ripartizione dei reciproci obblighi alimentari fra genitori e figli tende (prima) a migrare verso una parificazione delle posizioni, per (poi) invertirsi con l'anzianità degli ascendenti".

<sup>74</sup> Ricalca la funzione assistenziale dell'obbligo alimentare M. PARADISO, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell'obbligo alimentare*, in *Famiglia*, 2017, 3, p. 287 ss.

<sup>75</sup> In tema cfr. R. PANE, *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà. Le "ragioni" di un convegno*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. PANE, Napoli, 2017, p. 15.

<sup>76</sup> Così A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 6, p. 633.

<sup>77</sup> Cfr. Cass., 12 luglio 2006, n. 15760, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1375, *ivi* "il danno da morte dei congiunti (c.d. danno parentale) come danno morale interessa la lesione (divenendo perdita non patrimoniale) di due beni della vita, inscindibilmente collegati: a) il bene della integrità familiare, con riferimento alla vita quotidiana della vittima con i suoi familiari, in relazione agli artt. 2, 3, 29, 30, 31, 36 Cost. (*omissis*); b) il bene della solidarietà familiare, sia in relazione alla vita matrimoniale sia in relazione al rapporto parentale tra genitori e figli e tra parenti prossimi conviventi, specie quando gli anziani genitori sono assistiti dai figli"; in senso conforme, v. Trib. Pisa, 16 giugno 2014, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

<sup>78</sup> Sul pregiudizio da lesione del rapporto parentale v. Trib. Milano, 14 novembre 2019, in *Redazione*



no da perdita del rapporto parentale che si sostanzia propriamente nella violazione del diritto all'intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà familiare.

6. – Nelle fattispecie di crisi familiare e con particolare riguardo all'interesse dei figli minori si evidenzia la necessità per i componenti la famiglia di tenere un comportamento improntato alla correttezza e alla solidarietà<sup>80</sup>, una linea di condotta necessaria anche alla fine di un'unione che è stata improntata alla libertà di scelta, ai principi di autodeterminazione e all'autoresponsabilità che sono a fondamento dell'unione matrimoniale e sui quali si fonda la solidarietà post-coniugale<sup>81</sup>.

Con lo scioglimento del matrimonio – notoriamente disciplinato dalla l. 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modifiche – la previsione di carattere economico, ossia la corresponsione dell'assegno divorzile, salvaguarda la solidarietà reciproca tra gli *ex* coniugi che comunque hanno un trascorso un tempo di effettiva comunione di vita coniugale che, come tale non può, essere cancellato *ex abrupto*<sup>82</sup>.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente negli anni '70 l'assegno divorzile, la cui *ratio* ha fondamento costituzionale nel dovere di solidarietà economica, ha una natura composita: assistenziale, e quindi di aiuto in riferimento alle condizioni economi-

---

Giuffrè, 2019; secondo il Trib. Firenze, 31 marzo 2014, in *www.leggiditalia.it*, nel caso di invalidità da sinistro stradale, “non può poi dubitarsi che la consistente invalidità permanente residua abbia prodotto un significativo stato di dolore ed afflizione alla coniuge, in forza del legame di solidarietà familiare”.

<sup>79</sup> Trib. Campobasso, 2 agosto 2013, in *Arch. circolaz.*, 2013, p. 1146; già Cass., 19 maggio 2006, n. 11761, in *Mass. Giur. it.*, 2006, richiamava la reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, per la perdita del congiunto; da ultimo cfr. Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, cit., 187; e Cass., 11 novembre 2019, n. 28989, in *Guida al dir.*, 2019, pp. 49-50, 26 che distingue il tra danno da perdita o lesione del rapporto parentale e l'eventuale danno biologico subito come ulteriore conseguenza. In dottrina v. R. SIMONE, *Il danno da perdita della vita: logica, retorica e sentire sociale*, in *Danno resp.*, 2014, 8-9, p. 794 ss.

<sup>80</sup> Sul punto cfr. V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. dir.*, 2012, 12, p. 1165 ss. Secondo Cass., 12 febbraio 2013, n. 3398, in *Foro. it.*, 2013, 1, p. 1464, l'obbligo di solidarietà post-coniugale non viene meno per il mero decorso del tempo e, nella specie, l'assegno divorzile si incentra su un criterio assistenziale.

<sup>81</sup> In questo senso sull'assegno divorzile Cass., ord., 13 febbraio 2020, n. 3661, in *D&G*, 2020, con nota di K. MASCIA, secondo la quale non si potrà pertanto “che attribuire rilevanza alle potenzialità professionali e reddituali personali, che l'*ex* coniuge è chiamato a valorizzare con una condotta attiva facendosi carico delle scelte compiute e della propria responsabilità individuale, piuttosto che al contegno, deresponsabilizzante e attendista, di chi si limiti ad aspettare opportunità di lavoro riversando sul coniuge più abbiente l'esito della fine della vita matrimoniale”.

<sup>82</sup> In questo senso E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del “tenore di vita” e “autoresponsabilità”*: “persone singole” senza passato, in *Corr. giur.*, 2017, 7, p. 885.



che dell'altro coniuge, risarcitoria, con riguardo alle ragioni della decisione del giudice, compensativa<sup>83</sup>, sulla base dell'apporto che i coniugi hanno dato alla famiglia e in relazione alla durata del matrimonio<sup>84</sup>. L'assegno di divorzio così concepito era diretto a stabilire un certo equilibrio nella posizione degli *ex* coniugi e a realizzare la loro sostanziale parità declinata nell'art. 29 Cost.<sup>85</sup>. Si aggiunga che la sua natura composita lo differenziava comunque nettamente dall'assegno previsto in caso di separazione – per il coniuge cui la stessa non sia addebitabile – e caratterizzato dalla funzione alimentare o di mantenimento, e tendenzialmente idoneo ad assicurare un tenore di vita analogo a quello che il coniuge, privo di redditi adeguati, aveva prima della separazione<sup>86</sup>.

In base al nuovo testo dell'art. 5 della l. n. 898/1970, sostituito dall'art. 10 della l. 6 marzo 1987 n. 74, l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno – tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo e del reddito di ciascun coniuge, valutando tali elementi in funzione della durata del matrimonio – risulta fondato sulle seguenti circostanze: l'altro coniuge *non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive*. Sul punto per le Sezioni unite – in un'ottica di riequilibrio delle posizioni – il presupposto per concedere al richiedente l'assegno, la cui misura ha carattere esclusivamente assistenziale, è costituito dall'inadeguatezza dei suoi mezzi “a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza che sia necessario uno stato di bisogno

---

<sup>83</sup> Il significato di compensare, ai sensi dell'art. 270 del *Code Napoléon*, è: *compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives*, sul punto vedi C.M. BIANCA, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, in *Fam. dir.*, 2018, 11, p. 955 ss.

<sup>84</sup> Cass., sez. un., 26 aprile 1974, n. 1194, in *Foro. it.*, 1974, p. 1335 secondo cui i tre criteri devono coesistere ed essere analizzati in relazione ad entrambi i coniugi ad opera del giudice cui viene comunque lasciata ampia discrezionalità, in particolar modo in merito al *quantum* dell'assegno; v. anche Cass., sez. un., 9 luglio 1974, n. 2008, in *Dir. fam.*, 1974, p. 635, con nota di F. DALL'ONGARO.

<sup>85</sup> V. Corte cost., 10 luglio 1975, n. 202, in *Foro it.*, 1975, p. 1575; in dottrina v. D. VINCENZI AMATO, *I rapporti patrimoniali*, in *Commentario sul divorzio*, diretto da P. Rescigno, 1980, p. 338 ss.; dopo l'entrata in vigore della l. 6 marzo 1987, n. 74, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio*, v. Cass., 17 marzo 1989, n. 1322, in *Foro it.*, 1989, 9, p. 2512, con nota di E. QUADRI; per una più recente ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale sul tema v. G. SERVETTI, *L'accidentato percorso del giudice di merito nel riconoscimento e nella determinazione dell'assegno di divorzio*, in *Fam e dir.*, 2018, 11, 991 ss.; L. VIGNUDELLI, *L'adempimento*, cit., p. 1139 ss.

<sup>86</sup> Trib. Teramo, 16 settembre 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2019, sostiene che nella separazione personale la mancanza di redditi adeguati, *ex art. 156 cod. civ.*, sono quelli necessari a mantenere il tenore di vita in costanza di matrimonio; in senso conforme App. Milano, 2 marzo 2020, in *Redazione Giuffrè*, 2020; secondo il Trib. Imperia, 10 settembre 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2019, non può essere oggetto di rinuncia o di compensazione.



dell'avente diritto, il quale può essere anche economicamente autosufficiente, rilevando l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle condizioni economiche del medesimo che, in via di massima, devono essere ripristinate, in modo da ristabilire un certo equilibrio<sup>87</sup>. In tempi più recenti la Corte costituzionale ha sostenuto che l'assegno divorzile, diretto a garantire al coniuge economicamente più debole il mantenimento del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, non viola il principio costituzionale di ragionevolezza<sup>88</sup>.

L'orientamento muta con una decisione della Suprema Corte secondo la quale non è "configurabile un interesse giuridicamente rilevante o protetto dell'ex coniuge a conservare il tenore di vita matrimoniale" che collide con la stessa natura dell'istituto del divorzio e con i suoi effetti giuridici, e può ostacolare la formazione di una nuova famiglia. I giudici hanno così dato rilievo, nel momento del giudizio sull'*an debeat* dell'assegno, alla "autoresponsabilità economica" (presente anche nel contesto giuridico europeo) degli ex coniugi, riconducendo così l'adeguatezza dei mezzi, richiesta ex art. 5 l. n. 898/1970, alla mera "indipendenza o autosufficienza economica" del coniuge istante<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Questo l'orientamento, costantemente seguito dalla giurisprudenza successiva, di Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, tra le altre in *Foro it.*, 1991, 1, p. 67 con note di E. QUADRI e V. CARBONE; diversamente la precedente Cass., 2 marzo 1990, n. 1652, tra le altre in *Foro it.*, 1990, 1, p. 1165, fa riferimento non al tenore di vita goduto dal coniuge durante il matrimonio, "ma ad un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso, quale, nei casi singoli, configurato, dalla coscienza sociale".

<sup>88</sup> Mi riferisco alla questione di legittimità costituzionale sollevata da Trib. Firenze, 22 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 7, 687, con nota di E. AL MUREDEN e di A. MORRONE, a cui è seguita la decisione della Corte cost., 9 febbraio 2015, n. 11, in *Fam. dir.*, 2015, 6, p. 538, con nota di E. AL MUREDEN, il Giudice delle leggi ha dichiarato "l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 6, l. 1 dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 10, l. 6 marzo 1987, n. 74, nella parte in cui, nella interpretazione del diritto vivente, prevede che l'assegno divorzile debba necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost.". Sulla ragionevolezza v. A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007.

<sup>89</sup> V. Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, tra le altre in *Fam. dir.*, 2017, 7, p. 642 ss., con nota di E. AL MUREDEN, in cui si legge che "l'interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile (...) non è il riequilibrio delle condizioni economiche degli ex coniugi, ma il raggiungimento della indipendenza economica, in tal senso dovendo intendersi la funzione – esclusivamente – assistenziale dell'assegno divorzile"; v. pure Cass., 26 gennaio 2018, n. 2043, in *Fam. dir.*, 2018, 4, p. 321, con nota di A. FIGONE; Trib. Bologna, 12 giugno 2017, in *De Jure*, 2017. Sul tema in dottrina v. E. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, in *Fam. dir.*, 2014, 11, p. 1043 ss.; C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 4, p. 812 ss.; M. SESTA, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, in *Fam. dir.*, 2018, 5, p. 509; C. RIMINI, *I criteri di determinazione dell'assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019, 1, p. 21 ss.



La sopra richiamata pronuncia nel condizionare la corresponsione dell'assegno di divorzio alla presenza di “mezzi adeguati” o alle effettive possibilità “di procurarseli” per dell'ex coniuge porge il fianco, a parere di chi scrive a profili di critica anche in un'ottica solidaristica che andrebbe diretta nei riguardi di quel coniuge che, a maggior ragione in un matrimonio di lunga durata, ha investito tempo a risorse in favore della famiglia, accettando anche, in base a scelte endofamiliari, rinunce all'attività lavorativa e sacrifici per dedicarsi alla cura della famiglia<sup>90</sup>.

Una successiva pronuncia delle sezioni unite ha sottoposto a revisione tale orientamento sostenendo che esso leda il principio della solidarietà post-matrimoniale, ed evidenziando tra l'altro che nella maggioranza dei casi, si assiste ad un depauperamento per entrambi gli ex coniugi nonché ad uno squilibrio economico-patrimoniale. Si è ulteriormente precisato che la prova del contributo alla formazione del patrimonio familiare e personale dell'altro coniuge deve essere fornita dal richiedente con ogni mezzo, anche mediante presunzioni. Si aggiunga che per la Corte l'indipendenza o autosufficienza economica non trova alcun riscontro nel testo della norma contenuta nell'art. 5, l. n. 898/1970<sup>91</sup>.

La dottrina ha sottolineato che la chiusura definitiva dei rapporti patrimoniali tra ex coniugi (*clean break*) deve essere equamente bilanciata con meccanismi di riequilibrio della posizione in cui versano coniugi allo scioglimento del matrimonio, questo anche

---

<sup>90</sup> Cfr., anche in una prospettiva comparata con l'ordinamento tedesco, M. SESTA, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, in *Famiglia*, 2019, 1, p. 3 ss.; L. BALESTRA, *La crisi*, cit., 41, osserva che il matrimonio di durata è quello in cui più facilmente il coniuge “rischia di trovarsi nell'impossibilità di una ricollocazione a livello professionale in ragione dell'età e delle condizioni di salute”.

<sup>91</sup> Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, p. 1843, con nota di C. RIMINI, in *Fam. dir.*, 2018, 11, p. 1019 ss., con nota di E. AL MUREDEN, che così afferma: “la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio si compone di un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà e che conduce al riconoscimento di un contributo che, partendo dalla comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei due coniugi, deve tener conto non soltanto del raggiungimento di un grado di autonomia economica tale da garantire l'autosufficienza, secondo un parametro astratto ma, in concreto, di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente”; cfr. pure Cass., 30 ottobre 2019, n. 27771, in *D&G*, 2019, con nota di K. MASCIA; Cass., ord., 13 febbraio 2020, n. 3661, cit.; e Cass., 28 febbraio 2020, n. 5605, in *Giust. civ. Mass.*, 2020; in dottrina cfr. M. SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Fam. dir.*, 2018, 11, p. 985 ss.; E. AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, in *Famiglia*, 2019, 1, p. 29 ss.; dal punto di vista processuale v. F. DANOVI, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*, in *Fam. dir.*, 2018, 11, p. 1007 ss.



per riconoscere una piena tutela all'*ex* coniuge economicamente più debole al fine di sottolineare la pari dignità del lavoro extradomestico e di quello che si svolge invece all'interno delle mura domestiche, anche in un'ottica di *gender justice*<sup>92</sup>. Deve quindi aversi particolare riguardo al rapporto paritario tra coniugi che non può essere incrinato per la mancata considerazione delle scelte già liberamente concordate dai coniugi durante il matrimonio<sup>93</sup>. In altri termini, gli ormai *ex* coniugi devono poter uscire dal legame matrimoniale “*on terms of financial equality*”<sup>94</sup>.

Va da sé che le condizioni personali dell'*ex* coniuge devono essere valutate per ogni caso di specie, al fine di modulare il principio della solidarietà post-coniugale in funzione delle peculiarità che caratterizzano le singole fattispecie; in altri termini si dovrà tener conto dell'età dell'*ex* coniuge, della durata del matrimonio<sup>95</sup>, della presenza di figli minori – ai quali l'art. 337 *septies* cod. civ. equipara i figli maggiorenni portatori di handicap – o maggiorenni ma non indipendenti economicamente; tuttavia la condizione soggettiva di questi ultimi non è comparabile con quella dell'*ex* coniuge<sup>96</sup>.

La solidarietà post-coniugale non potrà certamente essere sottovalutata in presenza di figli il cui interesse prioritario esige misure adeguate e dirette a favorire quel rapporto genitore-figlio che permane a prescindere dallo scioglimento dell'unione tra i *partners* ed influenza i rapporti tra i genitori che devono pur sempre adeguare il loro stile di vita alle esigenze della prole. Lo scioglimento della coppia può quindi dare vita ad una nuova organizzazione tra gli *ex* coniugi che come genitori responsabili instaurano rapporti equilibrati e continuativi con figli (bigenitorialità) basati sia sull'interesse di questi ultimi a

---

<sup>92</sup> In argomento vedi diffusamente M.R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 2, p. 233 ss.

<sup>93</sup> Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte da A. FALZEA, *Il dovere*, cit., p. 637: secondo l'Autore il lavoro domestico ha anche “una componente intellettuale preminente nel compito dedicato ai figli e ai rapporti sociali della famiglia”.

<sup>94</sup> L'espressione è presa dal caso *Norris v. Norris (2002)*, *EWHC 2996 (Fam.)*, *Family Division*, 28 November 2002, (2003) 2 *FCR* 245. Sull'assegno divorzile nei *big money cases* successivi alla decisione delle Sezioni Unite del 2018 cfr. E. AL MUREDEN, *Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei big money cases*, in *Fam e dir.*, 2019, 12, p. 1087 ss.

<sup>95</sup> La brevissima durata del matrimonio può impedire la possibilità di ravvisare un significativo apporto personale per il bene e la cura della famiglia, così Cass., 29 ottobre 1996, n. 9439, in *Foro it.*, 1997, 5, p. 1541, con nota di E. QUADRI.

<sup>96</sup> Precisamente per la Cass. sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, cit., il figlio maggiorenne non autosufficiente “ha il compito sociale, prima che giuridico, di mettersi nelle condizioni di essere economicamente indipendente e l'obbligo di mantenimento è definito temporalmente in funzione del raggiungimento dell'obiettivo”.



mantenere una consuetudine di vita e stabili relazioni affettive sia sulla cura, educazione, istruzione e assistenza morale dei figli minori come prevede l'art. 337 *ter*, comma 1, cod. civ.<sup>97</sup>. Già autorevole dottrina<sup>98</sup> ammetteva l'affidamento dei figli al coniuge colpevole della separazione, distinguendo il piano della responsabilità del fallimento della vita coniugale rispetto a quello del benessere dei figli in funzione del quale si deve tentare di arginare gli effetti del dissesto dell'unione dei coniugi.

Il principio di solidarietà, costantemente richiamato dalla giurisprudenza, è dunque un fondamento del matrimonio, e come si è avuto modo di dire, è un impegno etico e sociale anche per l'*ex* coniuge la cui effettività viene meno allorquando, il beneficiario dell'assegno divorzile, formi un nuovo nucleo familiare<sup>99</sup>.

7. – Da queste brevi note emerge che la solidarietà è un dovere civico posto alla base della costruzione dello Stato sociale, è un principio fondante dell'ordinamento giuridico che funge da collante indirizzando l'azione di ogni soggetto sia pubblico sia privato.

La solidarietà aiuta la persona a sviluppare la propria personalità attraverso "l'essere per gli altri"<sup>100</sup>, e contribuisce a realizzare all'interno del tessuto sociale eguaglianza e pari dignità (art. 3 Cost.). È utile (*prius*) per posizionare le persone nella comunità e (*posterius*) per renderli destinatari di eguali diritti e obblighi<sup>101</sup>; inoltre la solidarietà, intesa come valore condiviso, può contribuire a realizzare il rispetto del primato della vita e

---

<sup>97</sup> V. Cass., 8 aprile 2019, n. 9764, tra le altre in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 1052 ss.; in senso conforme v. Cass., 23 settembre 2015, n. 18817, in *Giust. civ. Mass.*; Cass., 22 maggio 2014, n. 11412, in *D&G*, 2014; in argomento la recente Cass., 13 febbraio 2020, n. 3659, in *Guida dir.* 2020, 11, p. 47, ha precisato che "l'irripetibilità delle somme versate dal genitore obbligato all'*ex* coniuge si giustifica solo ove gli importi riscossi abbiano assunto una concreta funzione alimentare, che non ricorre ove ne abbiano beneficiato figli maggiorenni ormai indipendenti economicamente".

<sup>98</sup> In questo senso A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, 16 ss.; in tema cfr. pure P. RONFANI, *La responsabilità genitoriale. Il diritto, la cultura giuridica e i saperi esperti*, in *Le famiglie omogenitoriali*, a cura di R. BOSISIO, P. RONFANI, Roma, 2015, p. 28 ss.; L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra "pregiudizio" e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, p. 893 ss.

<sup>99</sup> V. Cass., 12 novembre 2019, n. 29317, in *D&G.*, 2019; App. Brescia, 13 novembre 2019, in *Ilfamilyrista.it*.

<sup>100</sup> In argomento si rinvia a C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea, I temi e le sfide*, Roma-Bari, 2005, 85, e a 86, "il principio di socialità e sussidiarietà che impegna ogni persona in virtù della costitutiva e ontologica relazionalità a vivere partecipando alla realizzazione dei propri simili".

<sup>101</sup> In questo senso e più ampiamente sul principio di eguaglianza v. D. FLORENZANO, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, in *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, a cura di D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, Torino, 2015, p. 113 ss.



della dignità della persona umana garantendo diritti sociali<sup>102</sup> quali istruzione, sanità, lavoro, previdenza sociale e assistenza. La chiave di volta è quindi l'impegno reciproco e di tutti per l'interesse generale, e in particolare diretto alle persone sconosciute (spesso invisibili), alle periferie esistenziali.

Parafrasando il titolo del celebre romanzo di Gabriel García Márquez *El amor en los tiempos del cólera*, attualmente viviamo una drammatica emergenza sanitaria di rilevanza internazionale dovuta alla pandemia da Covid-19 per superare la quale sono necessarie sia la solidarietà sia determinate limitazioni delle nostre libertà<sup>103</sup>. Le imperiose necessità dettate dalla emergenza hanno fatto riscoprire la solidarietà sociale che esplica la propria importanza soprattutto in questo periodo in cui è presente un forte spirito di comunità<sup>104</sup> e un (pressoché) puntuale rispetto delle regole dettate per la contingenza, attraverso l'astensione da comportamenti potenzialmente dannosi per il singolo e per la comunità. In altri termini si assiste ad un processo di autoresponsabilità governato da scelte in grado di rispondere alle esigenze della realtà.

Tutto ciò attraverso un reale impegno etico-sociale e un reciproco sostegno che esulano dalla logica del profitto; infatti le persone agiscono in una prospettiva non (solo) *uti singuli*, ma (soprattutto) *uti cives*, percependo la solidarietà non solo quale dovere inderogabile, ma anche come valore spontaneamente condiviso che permette di indirizzare concretamente ed efficacemente le azioni, individuali o collettive, non per fini egoistici, ma per proteggere (anche attraverso una semplice rinuncia) la comunità.

Con il rispetto dei divieti imposti dalle recenti prescrizioni (accompagnati dalle note deroghe), e sintetizzati nel c.d. obbligo di restare a casa, al momento in cui si scrive ancora in parte vigente, ognuno di noi contribuisce a prevenire i contagi – quindi l'insorgere di patologie da agenti virali trasmissibili – e a contenere la pandemia. È pertanto richiesto che ognuno contribuisca alla tutela – con un comportamento responsabile e soli-

---

<sup>102</sup> In tema cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, p. 263; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989, p. 31; I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 2012, 3, p. 55, per una critica al sacrificio dei diritti sociali in tempi di crisi economica.

<sup>103</sup> G. GRISI, *La lezione del Coronavirus*, in *juscivile.it*, 2020, 1, p. 213, afferma che l'epidemia "ci ha restituito un'idea più chiara e convincente di cosa significhi solidarietà, ci ha reso consapevoli dell'importanza della coesione sociale e dei legami di comunità, ci ha fatto comprendere quanto sia inaccettabile e pericolosa la libertà se schiacciata sull'individualismo ed estraniata dalla dimensione solidaristica che pure le è connaturale, ci ha aperto gli occhi sui riflessi che i nostri comportamenti e le nostre inazioni hanno sulla vita degli altri, sull'interdipendenza congenita all'appartenenza ad uno stesso gruppo che interagisce nel medesimo contesto".

<sup>104</sup> F. DI MARZIO, *Comunità. Affrontiamo la nostra prova*, in *Giustizia civile.com*, 2020.



dale – dei fondamentali diritti alla vita, presupposto di qualsiasi altro diritto della personalità<sup>105</sup>, e alla salute (art. 32 Cost.), inteso non solo come benessere psico-fisico dell'individuo, ma anche come interesse della collettività. Va da sé che la tutela della salute deve essere assicurata ad ogni soggetto, soprattutto alle persone più fragili e più vulnerabili.

Come è noto la pandemia da Covid-19 ha comportato una notevole, ma necessaria limitazione delle nostre libertà<sup>106</sup>, ha modificato radicalmente il nostro stile di vita, ha annullato la vita di relazione e condizionato le relazioni affettive<sup>107</sup>, e la libertà di autodeterminarsi. Le persone avvertono soprattutto paura, confusione, incertezza ed anche un cambiamento della percezione del tempo.

Nel tentativo di interpretare le gravi istanze del momento, e segnatamente anche le tematiche giuridiche, pare potersi affermare che ognuno di noi ha avvertito la compressione della libertà di circolazione (nemmeno durante le guerre la libertà di movimento subì tali limitazioni): si tratta tuttavia di una previsione dettata da *motivi di sanità o di sicurezza* come prevede l'art. 16 Cost. È venuta inoltre a mancare la libertà di riunione il cui divieto per *motivi di sicurezza o di incolumità pubblica* è previsto dall'art. 17 Cost. Altra limitazione è quella relativa al diritto a frequentare luoghi di culto: declinazione del principio di libertà religiosa garantita dal diritto sovranazionale, da documenti internazionali ed enunciato dalla Carta costituzionale, ex art. 8. Oltre alle libertà personali è limitata la libertà d'iniziativa economica privata (art. 41, comma 2, Cost.)<sup>108</sup>; si tratta di limitazioni temporanee che tuttavia incidono sulla possibilità di svolgere attività attraverso le quali la persona, tra l'altro, realizza ed esprime la propria personalità.

Ciò che accomuna le anzidette limitazioni imposte per motivi contingenti al dovere di

---

<sup>105</sup> In questo senso M. FRANZONI, *Il danno patrimoniale e non patrimoniale da perdita delle relazioni parentali*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 4-5, p. 990.

<sup>106</sup> A. BARBERA, "Nuovi diritti", cit., p. 19, sostiene "che le libertà costituzionali non possono essere racchiuse per intero entro lo scudo dei diritti soggettivi, ma che questi ultimi sono uno degli strumenti (non l'unico) attraverso il quale si realizzano i valori sottesi nelle fattispecie costituzionali, e che essi si collocano accanto ad altri strumenti istituzionali (organi di garanzia, appositi istituti normativi e così via)".

<sup>107</sup> L. BALESTRA, *Brevi digressioni sulle libertà e sulle relazioni sentimentali al cospetto del Corona virus*, in *Giustizia civile.com*, 2020.

<sup>108</sup> Secondo F. GALGANO, *Artt. 41-44, Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982, II, p. 26, "la libertà economica non riceve, dalla Costituzione repubblicana, quel carattere di 'diritto inviolabile' che è, invece, attribuito alla libertà civili; è fra le libertà riconosciute dalla nostra legge fondamentale, quella meno garantita"; cfr. G. IUDICA, *L'economia di mercato*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. IUDICA, G. Alpa, Napoli, 2006, p. 165 ss.



solidarietà è il fine: contribuire alla tutela del diritto fondamentale alla salute, oggi gravemente minacciato dal rischio di contagio, anche se questa risposta all'emergenza in atto non può essere esaustiva.

Si aggiunga che nei periodi di crisi che mettono a dura prova anche il sistema economico e la stessa organizzazione sociale emerge altresì il bisogno di ognuno di conoscere e comprendere appieno il problema anche per contribuire alla migliore soluzione possibile.

Un utile contributo per il controllo dell'emergenza sanitaria può essere fornito anche da un intervento, pur sempre ragionevole e proporzionato, sulla protezione dei dati personali che comunque non può ostacolare le misure (preordinate alla tutela di un interesse pubblico, quindi legittime) dirette a contenere la pandemia. Il GDPR<sup>109</sup>, in particolare al considerando 46<sup>110</sup>, che risulta quanto mai attuale, fa esplicito riferimento ad alcuni tipi di trattamento dei dati personali per controllare "l'evoluzione di epidemie e la loro diffusione".

Da ultimo, il 19 marzo 2020 il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati ha adottato la *Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di Covid-19* che – oltre a confermare il dovere dei titolari e dei responsabili del trattamento di garantire la protezione dei dati personali – sottolinea, sulla liceità del trattamento, che in circostanze di emergenza "non è necessario basarsi sul consenso dei singoli"<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> G. RESTA, *La protezione dei dati personali nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *Giustizia civile.com*, 2020, sottolinea che "i principi stabiliti dal Regolamento 2016/679 agli artt. 6, 9 e 23 possono di per sé legittimare non soltanto il trattamento dei dati relativi a persone infette, ma anche le attività di ricerca della catena di contagio intraprese a vari livelli dal medico di famiglia, dalle strutture ospedaliere, o dalle altre strutture sanitarie coinvolte". Nella vastissima letteratura in commento al Regolamento UE 2016/679 vedi N. ZORZI GALGANO, a cura di, *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019; G. FINOCCHIARO, diretto da, *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2019; V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, a cura di, *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2783 ss.; A. VON DEM BUSSCHE, *The EU general data protection regulation (GDPR). A practical guide*, Cham, 2017; L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016.

<sup>110</sup> I considerando, pur essendo privi di efficacia vincolante, sono di grande utilità per l'interprete in quanto consentono una lettura che va oltre la lettera dell'atto stesso. Sulla loro utilità per le interpretazioni operate dalle Corti v. T. KLIMAS, J. VAIČIUKITĖ, *The law of recitals in european community legislation*, in *ILSA Journ. Int. Compar. Law*, 2008, p. 72 ss., in cui gli Autori affermano che comunque "when recitals do exist (...) there are several ways they can interact with perative provisions"; L. HUMPHREYS, C. SANTOS, L. DI CARO, G. BOELLA, L. VAN DER TORRE, L. ROBALDO, *Mapping recitals to normative provisions in EU legislation to assist legal interpretation*, in *Legal Knowledge and Information Systems: JURIX*, 2015; M. E. KAMINSKI, *The Right to Explanation, Explained*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2019, p. 189 ss.

<sup>111</sup> In argomento cfr. G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 2, p. 411 ss. F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti*



Si tratta di trovare un corretto bilanciamento tra interessi e obiettivi concorrenti finanziarie contrapposti<sup>112</sup>, nel rispetto del canone di proporzionalità e della limitazione della durata nel tempo delle misure adottate.

Giova infine ricordare che, sempre nell'ottica di garantire il contenimento dell'emergenza, è stato previsto l'impiego di droni per monitorare gli spostamenti delle persone. Sul punto si inseriscono le *Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices*, adottate il 20 gennaio 2020 dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati, secondo le quali le registrazioni fatte ad altitudini elevate rientrano nell'ambito di applicazione del GDPR solo se i dati trattati possono essere ricondotti ad una specifica persona.

Tutto ciò porterà vantaggi e benefici alla comunità, ma anche nuove sfide per le questioni giuridiche ed etiche che come sempre l'intelligenza artificiale pone.

*The essay highlights the importance of the solidarity principle. A specific emphasis will be given to the social solidarity under the national legislation (with a glimpse at the third sector), the European and the international one. The analysis will be also focused on the principal approaches of scholars and case-law on this matter. The solidarity is deeply related to the social justice and to the principle of equality, it is a core value of each legal system. According to the Author, the solidarity and the restrictions of our fundamental freedoms, enforced because of the contingent situation, contribute to overcome the international health emergency due to the Covid-19 pandemic.*

---

di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto, in *Contr. impr.*, 2019, 1, p. 38 ss.

<sup>112</sup> Sul bilanciamento tra interessi confliggenti si rinvia a G RESTA, *La protezione*, cit., sulle strategie *data-driven* di contenimento dell'epidemia.



ANGELO MAGNANI

Notaio

## L'ATTO NOTARILE «A DISTANZA». UN ISTITUTO GIURIDICO DA TRACCIARE O UN *MODUS EXPRIMENDI*?\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Stato emergenziale, era digitale e i decreti legge 17.3.2020, n. 18 e 8 aprile 2020, n. 23. – 3. Gli atti a distanza ammessi dalla ns. legislazione. – 4. L'atto "a distanza" nella legislazione dei Paesi esteri. – 5. Cenni sull'atto informatico. – 6. La funzione e i doveri del Notaio in base alla vigente legge notarile. – 7. Le criticità e i benefici (o utilità) in caso di ammissione nel nostro paese di un contratto per atto "pubblico" o "scrittura privata autenticata" "informatico" con il notaio o alcune parti "a distanza" (ovvero "da remoto"). – 8. Le condizioni necessarie per la stipula di un atto a distanza dal Notaio (da remoto). – 9. Conclusioni.

1. – In questo tempo abbiamo sempre di più la consapevolezza che “tutto scorre e niente rimane immobile”<sup>1</sup>. D'altronde, “l'unica costante nella vita è il cambiamento”. È pertanto più che mai attuale ciò che il filosofo greco Eraclito diceva fin dall'antichità: “tutto è in movimento, nulla sta fermo, le cose sono come la corrente di un fiume”<sup>2</sup>. Da tempo già si discuteva all'interno del mondo giuridico dell'«atto a distanza»<sup>3</sup>. Con lo

---

\* Per approfondimenti comparatistici v., in questa *Rivista*, Osservatorio di diritto straniero: A. MAGNANI, *L'atto notarile «a distanza». Il caso del Belgio*; ID., *L'atto notarile «a distanza». Il caso della Francia*.

<sup>1</sup> PLATONE, *Cratilo*, cita Eraclito [trattato *Sulla natura*, fram. 91 D.-K.], *ibi* «Dice Eraclito “che tutto si muove e nulla sta fermo” e confrontando gli esseri alla corrente di un fiume, dice che “non potresti entrare due volte nello stesso fiume”»; *ibi* (frammento) Eraclito evidenzia come l'uomo non possa mai fare la stessa esperienza per due volte, giacché ogni ente, nella sua realtà apparente, è sottoposto alla legge inesorabile del mutamento. Il discepolo di Eraclito, Cratilo, estremizza poi il pensiero del suo maestro, sostenendo addirittura che non solo non ci si può bagnare due volte nello stesso fiume, ma neppure una volta sola.

<sup>2</sup> ERACLITO di Efeso (VI-V secolo a.C.), *I frammenti e le testimonianze*, Milano, 1993, p. 13 ss.

<sup>3</sup> Per la scarsa bibliografia dell'atto a distanza, essendo una *quaestio ipsa recens* (mancano, ad oggi, per quanto è a ns. conoscenza, monografie e articoli scientifici di cl. A): P. BAITA, *L'atto notarile di vendita a distanza: qual è il meccanismo?*, in [www.visureitalia.com](http://www.visureitalia.com), 18 maggio 2020; D. CHIOFALO, *Atto a distanza: è il momento di farlo?*, in *Federnotizie*, 26 marzo 2020; G. CONDÒ, *Via libera al verbale notarile di assemblee completamente a distanza*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 18 marzo 2020; M. D'AMBROSIO, *Innovazione notari-*



stato di emergenza Covid-19 adottato dalla nostra e da altre nazioni a causa della pandemia, alcune libertà fondamentali sono state limitate (libertà di movimento, libertà di iniziativa economica, tecnologie di tracciamento e analisi degli spostamenti e dei dati acquisiti dagli *smartphone*, etc.); questo “distanziamento sociale forzato” ha comportato un’accelerazione dell’innovazione tecnologica, l’adozione di misure legislative di emergenza<sup>4</sup> e la necessità di contrattare a distanza. La ragione della consapevolezza dell’esistenza del problema ha spinto, di recente<sup>5</sup>, parte del notariato a confrontarsi proprio sull’atto mediante «mezzi di telecomunicazione a distanza» per «via elettronica». Ne è prova: a) proprio l’espressione usata dal legislatore italiano del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, di attuazione nel ns. ordinamento della direttiva 2007/36/CE<sup>6</sup>; b) così anche la dizione dell’art. 4 (‘Sottoscrizione contratti e comunicazioni in modo semplificato’) di cui al d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto “Liquidità”<sup>7</sup> [*infra* § 2]. In Italia un recente Convegno *on line* del 30 aprile 2020 ha visto collegati ben 1565 notai italiani, dimostrando come sia sentito in Italia il problema dell’atto a distanza. Tale espressione significa atto mediante «mezzi di telecomunicazione di massa» [dal lat. *media*, plur. di *medium*, mezzo (di comunicazione)], che, secondo la definizione del sociologo britannico e studioso del-

---

le. *Videoconferenza. Atto a distanza. Coronavirus*, in [www.notaiopescaadambrosio.it](http://www.notaiopescaadambrosio.it), 21 marzo 2020; G. LAURINI, *Dai titoli di credito all’atto a distanza: siamo sempre in emergenza*, in [www.quotidiano.giuridico.it](http://www.quotidiano.giuridico.it), 20 aprile 2020; C. LICINI, *Chi ha paura dell’atto notarile in video-conferenza?*, in *Il quotidiano giuridico*, 24 aprile 2020; S. MEDOLA, *Non paura ma sano realismo: alcune riflessioni sull’atto notarile in video-conferenza*, in *Quot. giur.*, 4 maggio 2020, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it); D. RESTUCCIA, *Pro e contro dell’atto a distanza*, in *Federnotizie*, 30 aprile 2020; ID., *Convegno “Atto a distanza: pro e contro”. L’intervento di Dario Restuccia sull’Atto a distanza nel panorama internazionale*, *Federnotizie*, 12 maggio 2020, in [www.federnotizie.it](http://www.federnotizie.it); M. VITELLI, *Atto notarile di vendita a distanza: come funziona*, in [www.visurasi.it](http://www.visurasi.it), 5 marzo 2020.

<sup>4</sup>P. GIORGIO, *Legislazione d’emergenza e libertà fondamentali: la Privacy ai tempi del Covid-19*, in [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com).

<sup>5</sup>Convegno *on line*, *L’atto a distanza*, 30 aprile 2020, intr. R. Viggiani, mod. D. Chiofalo, intt. G. Liotta-P. Piccoli (*Ruolo dell’atto a distanza e rilievo sociale*), G. Sciumbata-M. Krogh (*Identificazioni delle parti, adeguamento della volontà e antiriciclaggio*), M. Manghi-A. Panzera (*Personalità della prestazione, concentrazione degli atti e deontologia*), L.M. Capuano-R. Guglielmo (*Competenza territoriale*), D. Restuccia (*Disamina del panorama internazionale*), S. Chibbaro (*Possibili soluzioni operative*), in *Federnotizie*, 12.5.2020, in [www.federnotizie.it](http://www.federnotizie.it).

<sup>6</sup>Direttiva c.d. ‘Dshr’ [‘share holders righ’] o ‘record date’, in M. RINALDI, *Nuova disciplina dell’assemblea nelle società quotate*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com); N. ATLANTE-M. STELLA RICHTER Jr., *Il recepimento in Italia della direttiva sui diritti degli azionisti e le modificazioni statutarie conseguenti*, in [www.fondazione.notariato.it](http://www.fondazione.notariato.it).

<sup>7</sup>Cfr. Capo II (Misure urgenti per garantire la continuità delle imprese colpite dall’emergenza Covid-19), secondo cui – ai fini degli artt. 117 (Contratti), 125 *bis* (Contratti e comunicazioni), 126 *quinquies* (Contratto quadro), 126 *quinquiesdecies* (Servizio di trasferimento) del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 c.d. t.u.b.



la comunicazione D. McQUAIL<sup>8</sup>, vuol dire mediante una forma di comunicazione ‘aperta’, ‘a distanza’, a ‘mezzo delle reti telematiche’, con la “presenza virtuale”, in parte o in tutto, di ‘più persone’ in un ‘lasso temporale continuo’, atto che, se si tratta di atto notarile, è diretto dal notaio (*ex art. 47, comma 2, l. 16 febbraio 1913, n. 89, l. not.*<sup>9</sup>), in collegamento *on line* con le parti.

Gli esseri umani, per la maggior parte della storia, hanno comunicato tra loro ed elaborato il loro pensiero stabilendo «relazioni comunicative *de visu*», all’«interno di un preciso luogo fisico condiviso» in cui si incontravano. Oggi, al contrario, si è consapevoli che, sempre di più, la nostra vita quotidiana e professionale è stata coinvolta dai “media” in un mondo sempre più complesso e interconnesso. La “conoscenza diretta” sta per essere invasa dalla ‘conoscenza indiretta’. Ora si è diffusa un’informazione in ‘tempo reale’, ‘senza alcun intervallo di tempo’ tra l’emissione del pensiero e la sua ricezione. Si pensi a una riunione *on line* per videoconferenza *Zoom Meeting* tra Capi di Governo dove si prendono decisioni quasi all’istante. Perché allora dovrebbe essere diverso nel mondo del diritto, dal momento che sono già una realtà udienze e addirittura processi per videoconferenza? Perché allora non poter stipulare atti a distanza seppur con tutte le necessarie precauzioni e i necessari eventuali interventi normativi, soprattutto quando a “ricevere” l’atto è il notaio, che già istituzionalmente è preposto a ricevere le volontà delle parti? Si usi, finalmente, da parte di un legislatore illuminato e democratico, la sua potestà di comando<sup>10</sup>, abbattendo, con la scure democratica della legge, le inefficienze, oserei dire, “borboniche” di troppe strutture “burocratiche”, che hanno fatto il loro tempo, soprattutto nella pubblica amministrazione, nel settore bancario, nell’amministrazione della giustizia, nella scuola, nelle università, nella ricerca e, perché no, nel mondo sindacale e politico! Certo la questione dell’atto a distanza non è nuova, anche se ora una violenta e universale ‘pandemia virale’ sta sconvolgendo il mondo e si rende necessario prendere, con rapidità, le decisioni necessarie, rivedere gli atti notarili o almeno alcuni di essi, già molto avanti in tanti loro aspetti – a dispetto dell’opinione errata e interessata di molti – nel senso della loro modernità ed efficienza, governati dalla ‘massima legalità’ e fare tutto il possibile perché alla tragedia sa-

---

<sup>8</sup> D. McQUAIL, *Sociologia dei Media*, Bologna, 5ª ed., 2005, p. 21.

<sup>9</sup> Cfr. “Art. 47. L’atto notarile non può essere ricevuto dal notaio se non in presenza [necessariamente ‘virtuale’, in parte o in tutto, nel caso di atto a distanza] delle parti e, nei casi previsti dall’articolo 48, di due testimoni. Il notaio indaga la volontà delle parti e ‘sotto la propria direzione’ e ‘responsabilità’ cura la compilazione integrale dell’atto”.

<sup>10</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed. em. e amp., Roma, 1951, rist. Camerino, 1998, pp. 150.



nitaria non segua una recessione economica globale. Il dibattito aveva già visto allinearsi più posizioni, ciascuna delle quali supportata da apprezzabili motivazioni: alcuni, o per età o per predisposizione personale, avevano sempre incoraggiato un'accelerazione, altri invece avevano tergiversato finché avevano potuto, altri, infine, erano del parere di non accelerare i tempi, ma di pianificare il progetto per arrivare più preparati a una svolta che aveva tutta l'aria di essere epocale. Certamente nessuno avrebbe potuto immaginare la situazione drammatica in cui ci troviamo e l'impossibilità di trovare una soluzione immediata alla questione a causa della pandemia che ha colpito gran parte, se non tutti, i Paesi del mondo. Tutti i settori – immobiliare, industriale, manifatturiero, bancario, finanziario, *etc.* – sono, per così dire, fermi. Ogni economia – anche la più possente – prospetta scenari negativi, giacché lo scoppio dell'epidemia, assieme al recente peggioramento nelle condizioni finanziarie globali e l'aumento dell'incertezza, presentano panorami ancora più negativi. L'Ocse (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) prefigura, se si materializzasse lo scenario peggiore dovuto ad un ulteriore diffondersi nel tempo e con maggiore aggressività dell'epidemia, una recessione economica globale. All'inizio si pensava di dover resistere solo qualche settimana, ma adesso quel tempo è ormai trascorso. È molto probabile, anzi, che la situazione emergenziale e quella immediatamente successiva – come sta accadendo in altre parti del mondo – duri comunque parecchi mesi, se non qualche anno. In ogni caso, le “esigenze contrattuali” dei cittadini, delle imprese e delle famiglie continueranno a sussistere e la maggior parte delle attività devono poter ripartire al più presto, seppur in regime di «massima sicurezza sanitaria» – per quale motivo non dovrebbe essere possibile se si agisce “*cum grano salis*”<sup>11</sup>? dal momento che gli scenari economici difficili sopra accennati potrebbero lasciar spazio a panorami più complessi che nessuno di noi è in grado di immaginare. Alla luce di queste considerazioni, cosa si può proporre al mondo giuridico ed economico e alle famiglie, in termini di nuovi strumenti contrattuali, per andare incontro a esigenze di celerità e di sburocratizzazione di vari settori del Paese, per consentire di riprendere l'attività lavorativa e le contrattazioni in regime di sicurezza giuridica? In queste settimane ciascuno di noi, per svariati motivi, ha fatto i conti con varie piattaforme (per riunioni, consulenze, lezioni, referti di esami clinici, consulti medici, *etc.*). I vari decreti che si sono susseguiti hanno spinto – in modo inequivocabile – verso lo svolgimento di attività anche molto importanti e delicate (per es. l'attività giudiziaria) in video conferenza. Nel settore della contrattazione immobiliare ci si è tuttavia sempre “scontrati”, oltre che con la difficoltà dei cittadini – talvolta incomprensibile – di muoversi

---

<sup>11</sup> PLINIO IL VECCHIO, *Naturalis historia*, XXIII, 149.



per la stipula di atti, con quella del ‘mondo bancario’ e di ‘alcuni settori della P.A.’ di superare gli schemi rigidi a cui finora erano abituati. Date queste premesse, è ormai necessario che il mondo giuridico-economico, quello della P.A. e quello politico effettuino una «svolta decisiva». Il tempo è ormai finito<sup>12</sup>. Ci vuole, sì, una P.A. leggera e affidabile al servizio dei cittadini e delle imprese, ma anche un sistema bancario e finanziario e strumenti giuridici innovativi, perché non si dica più che il mutuo non può essere stipulato perché l’Istituto bancario non ha nei suoi schemi contrattuali il «*mutuo unilaterale*»<sup>13</sup> o

---

<sup>12</sup> ‘*Omnia fert aetas*’ [‘il tempo porta via tutte le cose’, Virgilio, *Bucoliche, Egloga IX*], ‘*Veritas filia temporis*’ [‘la verità è figlia del tempo’, Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, XII, 11,7] e ‘*Omnia tempus habent*’ [‘Ogni cosa ha il suo tempo’, *Ecclesiaste*].

<sup>13</sup> Si riportano alcuni passi di un parere dell’A. rivolto a un primario istituto di credito che non dava la sua disponibilità alla stipula di un atto di mutuo, già deliberato, presso lo studio del notaio, contemporaneamente alla stipula della compravendita collegata al mutuo, soluzione che avrebbe permesso di stipulare “senza la banca” e di soddisfare le ‘esigenze pressanti’ di cittadini di comprare la loro casa di abitazione. Il parere affronta il problema della “legittimità” del “contratto unilaterale di mutuo ipotecario”, che si concretizza *per viam naturalem* in un “atto a distanza”: “Spett. Banca, la soluzione consentirebbe (i) *in primis*, ai clienti di conseguire la stipula degli atti voluti; (ii) *in secundis*, di ridurre al minimo essenziale gli assebramenti nel rispetto delle “cautele sanitarie” imposte dalle Autorità. Come è noto, il c.d. mutuo unilaterale è mezzo giuridico già in essere presso la prassi di molti Istituti bancari, atto che non differisce in alcunché da un qualsiasi altro mutuo, se non per la modalità di perfezionamento. La dottrina conosce da tempo e ha avuto modo di analizzare compiutamente il mutuo unilaterale, come dimostrato dalla circostanza che, già nel lontano 1999, l’Uff. Studi del Cons. naz. not. pubblicò lo Studio n. 2660 dedicato al mutuo unilaterale. [Si segnala *et. ex multis*, C. CACCAVALE, *Atti unilaterali di mutuo nel credito bancario*, Milano, 2002]. Molti notai hanno avuto modo, più volte, di curare la stipula di mutui unilaterali. Tecnicamente il c.d. mutuo unilaterale non costituisce affatto una specie *sui generis* del contratto di mutuo: è un contratto di mutuo ordinario a tutti gli effetti, che non differisce da ogni altro mutuo se non per le modalità di perfezionamento. In particolare, *ex art.* 1326 cod. civ., il contratto si perfeziona con l’incontro tra proposta e accettazione (tra le parti), cui si aggiunge, in caso di contratti reali, la consegna della ‘*res*’ (intesa dalla dottrina più moderna come semplice “messa a disposizione” della somma mutuata). Nel caso del mutuo unilaterale, l’unica differenza, rispetto al *modus operandi* sopra accennato, risiede nella circostanza che l’Istituto di credito invia la minuta del contratto di mutuo al notaio con l’incarico di riceverlo per atto pubblico o per scrittura privata autenticata mediante l’accettazione, da parte del mutuatario, della relativa proposta di mutuo. È pertanto sufficiente che i soli mutuatario/datore di ipoteca e/o garanti si rechino presso lo studio del notaio incaricato della stipula. Contestualmente si potrà anche procedere alla concessione della garanzia ipotecaria e all’eventuale perfezionamento del contratto di compravendita. Ciò detto sinteticamente, si anticipano altresì taluni possibili quesiti informativi. La modalità di perfezionamento del contratto sopra descritta è in contrasto con la disciplina legislativa? Assolutamente no. Sebbene la credenza comune sia portata a concepire l’incontro tra proposta e accettazione in un unico contesto, la disciplina codicistica sulla conclusione del contratto contempla, al contrario, quale ipotesi *standard* e usuale di perfezionamento del negozio, quella in cui vi è un lasso temporale e/o spaziale tra proposta e accettazione, come risulta evidente dal tenore letterale dell’art. 1326 cod. civ., norma che disciplina, per l’appunto, la conclusione del contratto. Ciò consente di rispettare le disposizioni attualmente in vigore e la chiara indicazione del legislatore nel senso di «incentivare», «nell’emergenza epidemiologica» in corso, il perfezionamento, tra l’altro, di «contratti a distanza». L’esigenza è stata particolarmente sentita, da ultimo, dal legislatore francese che ha, nei giorni scorsi, normativamente disciplinato nuove modalità di stipula a distanza utilizzando gli strumenti informatici. Il c.d.



che la Banca non può mettere a disposizione un funzionario per la stipula del mutuo (già deliberato). Ebbene, con questo scritto, si vuole “andare oltre lo steccato”. Un uomo che osa sprecare anche solo un’ora del suo tempo non ha scoperto il valore della vita. Si vuole allora iniziare con l’«atto a distanza». Tuttavia, anche in questi momenti di emergenza, “va preservata” – si badi bene – “il più possibile la legalità degli atti”<sup>14</sup>. La legalità [da ‘legale’, ‘conformità alla legge’, dal lat. *lex, legis*, dal gr. *νόμος*, pr. *nòmo*<sup>15</sup>], intesa come “ciò che è giusto” e non come “ciò che è conforme alla legge”<sup>16</sup>, giacché la legalità come “giustizia dell’atto” – ossia come sua “conformità all’ordine morale” dell’atto e non come conformità dell’atto alle regole tecnico-giuridiche – è “un mezzo per raggiungere” la “giustizia e convenienza” dell’atto, dal momento che può sempre accadere che un atto, sebbene sia conforme al modello costruito dalla legge, sia invece ingiusto o sconveniente<sup>17</sup>. Le future disposizioni legislative – le prossime riforme sul punto<sup>18</sup> – dovranno tener necessariamente conto di quanto sopra detto perché esse non siano colpite da un “vizio” (sostanziale)” [CARNELUTTI]<sup>19</sup>.

---

mutuo unilaterale soddisfa i requisiti di forma richiesti dal legislatore per il contratto di mutuo? Assolutamente sì. A differenza del contratto di compravendita immobiliare e dell’atto di concessione di ipoteca (per i quali *ex art. 1350 cod. civ.* è richiesta la forma scritta e, ai fini della trascrizione, *ex art. 2657 cod. civ.* è richiesta la forma dell’atto pubblico o della scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente), il contratto di mutuo di per sé è “a forma libera”, non essendo richiesta una particolare forma *ad substantiam*; limitatamente ai contratti bancari, il t.u.b. richiede la forma scritta *ad substantiam* (scrittura privata, scrittura privata autenticata o atto pubblico). Anche in caso di mutuo unilaterale si procede usualmente in forma notarile, con facoltà per la Banca di richiedere successivamente la forma esecutiva. È possibile predisporre modalità telematiche con cui l’Istituto di credito può assistere alla stipula dell’atto notarile? Assolutamente sì. Gran parte degli studi notarili offre la facoltà opzionale per la Banca di assistere in videoconferenza alla stipula notarile, con visione e interazione in tempo reale con il notaio”.

<sup>14</sup> F. CARNELUTTI, *op. cit.*, pp. 325-329, 344, 348, 398-402.

<sup>15</sup> F. RENDICK, *Dizionario etimologico comparato delle lingue classiche indoeuropee*, Venezia, 2018, 2<sup>a</sup> ed. riv. amp., p. 299.

<sup>16</sup> G. VERDE, *Legalità e legittimità*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, pp. 577-584; A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *Legalità e legittimità*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Milano, 1960, II, pp. 1305-1319; C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Monaco e Lipsia, 1932, ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlino, 1958, pp. 263-345.

<sup>17</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 325-326.

<sup>18</sup> Per l’espressione usata, v. *Job Act*, ‘piano di lavoro operativo’, in ID., *Neologismi*, 2014, *Vocabolario Treccani*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>19</sup> F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, p. 329, *ibi* “la giustizia è conformità all’ordine, non conformità alla regola, onde la legalità dell’atto non chiude affatto il processo della sua perfezione”, una cosa è “il giudizio di legalità”, un’altra è “il giudizio di equità; legalità o equità si oppongono, in questa formula, come valutazione del fatto secondo l’ordinamento giuridico o secondo l’ordine morale”.



2. – Le regole di distanziamento sociale imposte da un “virus-mostro”, spesso letale, che ha attaccato la ns. civiltà, hanno già prodotto conseguenze imprevedibili nell’universo dei popoli e determineranno “conseguenze” non solo ‘sociali’, ‘economiche’ e ‘comportamentali’, ma anche ‘giuridiche’. Le regole del distanziamento personale e sociale sono ormai entrate nel ns. ordinamento giuridico e dobbiamo tenerne conto. Soprattutto nei momenti più difficili, l’inadeguatezza, unita alla lentezza e alla burocrazia, crea una prospettiva errata e genera equivoci nel rapporto tra Stato, Istituzioni e cittadini. L’emergenza epidemiologica scoppiata all’inizio dell’anno 2020 a livello globale ci ha fatto comprendere, in modo drammatico, che la sperimentazione e il processo digitale sono ormai una necessità ineludibile e non più un’esperienza come tante. Ciò che prima sembrava una libera scelta, ora non è più un’opzione, ma un «percorso obbligato», dal quale non è più possibile tornare indietro per ragioni di sanità pubblica. È un dato di fatto che siamo entrati in un’altra epoca, nell’era digitale<sup>20</sup>. *Rectius*, siamo in un tempo in cui l’insieme degli strumenti tecnologici e i suoi effetti economici, sociali e culturali caratterizzano un nuovo stadio dell’economia, fondato sulla raccolta, l’organizzazione, lo sfruttamento – in ogni modalità – di informazioni, espresse in forma digitale e diffuse per via telematica (*data economy*). Nondimeno la trasformazione digitale e la dematerializzazione sono ormai un dato di fatto e già un percorso obbligato: infatti i documenti cartacei presentano dei limiti che non possono più essere tollerati, per es. devono essere spostati fisicamente, occupano uno spazio enorme, è necessaria una collocazione materiale in cui archivarli, richiedono molto tempo per essere reperiti una volta posizionati in archivio, possono essere smarriti. Inoltre – a meno che non vengano scansionate le copie cartacee dei documenti – diversamente dai documenti in *files*, i dati in essi contenuti non possono essere utilizzati nei flussi di lavoro digitali o essere accessibili da un comune sistema di archiviazione. Inoltre, dopo quest’ultima emergenza epidemiologica, la carta e la plastica presentano un «nuovo problema di sanitizzazione», giacché sulle loro superfici il coronavirus riesce a sopravvivere<sup>21</sup>. Il fenomeno dell’informatizzazione generato dalla rivoluzione digitale, che stiamo vivendo, coinvolge ormai tutti i settori della società in ogni parte del mondo. Il processo non può e non deve essere fermato, poiché costituisce un’opportunità straordinaria per snellire gli apparati burocratici dello Stato e della P.A. Tale processo, inoltre, è accompagnato dall’introduzione di termini ed espressioni

---

<sup>20</sup> G. GHIDINI, D. MANCA, A. MASSOLO, *La nuova civiltà digitale*, Milano, 2020.

<sup>21</sup> Ad affermarlo è il *team* di virologi dello statunitense *National Institutes of Health*, che sono riusciti a quantificare la durata di tempo massimo in cui il virus rimane in vita su differenti superfici. *The New England Journal of Medicine*, in [www.medrxiv.org](http://www.medrxiv.org).



che sono diventati o stanno diventando di uso comune pressoché in tutte le attività (si pensi, per es., alle attività di docenza, di valutazione per esami, addirittura alle sedute di laurea *on line*), anche quella legislativa e di ricevimento di atti negoziali e della stipula di atti notarili e di clausole contrattuali (che è quella che specificamente qui ci interessa). Si parla allora: *a*) di attività «da remoto»; *b*) di «video-conferenza»; *c*) di ‘*smart working*’<sup>22</sup>; *d*) di ‘*cloud*’<sup>23</sup>; *e*) di ‘*webinar*’<sup>24</sup>; *f*) di riunioni in diretta *streaming*» o di udienze giudiziarie in *streaming*, di processi civili, penali e giudizi amministrativi (Trib., Corti App., Cass., TAR, Cons. Stato, *etc.*), di riunioni di organi collegiali in videoconferenza (camere di consiglio, assemblee, cons. d’amm. di società, cons. direttivi vari, collegi sindacali, *etc.*), o di consessi politici internazionali (riunioni dei Consigli degli Stati e dei Primi Ministri, dei Ministri econ. UE, *etc.*), in video-conferenza *Zoom Meeting*, in flusso dati audio/video tramite la rete telematica<sup>25</sup>. In questi casi il *software* di video-conferenza è la ‘pietra angolare’ di qualsiasi gruppo [*team*]<sup>26</sup>; *g*) di identità digitale<sup>27</sup>; *h*) ca-

---

<sup>22</sup> T. ingl. che vuol dire ‘telelavoro’ autonomo e flessibile.

<sup>23</sup> T. ingl. che significa lett. ‘nuvola’ ma che, in senso traslato, indica uno spazio di archiviazione personale sul *web*.

<sup>24</sup> Comb. di *web* e *seminar* per indicare una riunione o una lezione *online*, che si può seguire da casa, da un ufficio o da un qualsiasi *personal computer* (in it. lett. ‘calcolatore o elaboratore personale’ o per abbr. ‘*pc*’) in un giorno e ora stabiliti.

<sup>25</sup> Sono riunioni tramite piattaforme c.d. ‘*zoom*’, ossia tramite conferenze “a distanza” per incontrare virtualmente le altre persone, sia in video sia solo audio o entrambi e che consente di registrare le sessioni, per visualizzarle in seguito, che possono essere effettuate in c.d. ‘*Zoom Room*’ – cioè in ambienti ideali per le videoconferenze con audio e video di alta qualità, che offre la possibilità di registrare e trascrivere tutte le *videochat* – o in ‘*Zoom Phone*’, cioè solo a voce, sfruttando il traffico dati o la rete *lan/wifi*; oppure in ‘*Screen Share Zoom*’ che permette di condividere lo schermo con gli altri partecipanti; o in ‘*Webinar Zoom*’ che offre tutte le funzioni principali per organizzare un ‘*Webinar*’ che può essere anche trasmesso su *Facebook* o *Youtube* e organizzare così riunioni *social webinar*. Si può addirittura condividere il proprio spazio con altri 100 utenti (e oltre) e permetterne la visualizzazione a 10.000 e altre sessioni senza interazioni, se non previa autorizzazione dell’organizzatore.

<sup>26</sup> Gli strumenti di videoconferenza, come: *a*) ‘*Zoom*’, consentono alle persone di incontrarsi e lavorare insieme in modo produttivo ‘faccia a faccia’ quando non è possibile incontrarsi di persona. Questo rende la riunione in remoto più efficace e più ‘umana’, fondamentale per aiutare a sentirsi ‘gruppo’ e rimanere contemporaneamente connessi; *b*) ‘*Zoom Meetings*’ (riunioni *Zoom*). Il termine si il termine alle riunioni di videoconferenza che utilizzano tale piattaforma e che consente ai partecipanti alle riunioni remote di comunicare tra loro. I partecipanti possono partecipare alla riunione di persona, o tramite ‘*webcam*’ o videocamera per videoconferenza o tramite telefono; *c*) ‘*Zoom Room*’, che consistono in ‘*sale Zoom*’ – più semplicemente uffici, studi o sale – semplicemente dotate di configurazione *hardware* fisica che consente di avviare ‘*Zoom Meetings*’, ossia la riunione di gruppo a distanza, ciascuno dalle loro uffici/studi/sale conferenze, semplicemente con la semplice pressione di un pulsante.

<sup>27</sup> Nelle transazioni quando viene provato che l’identità digitale posseduta (art. 3 *bis*, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, c.amm.dig.) sia effettivamente quella comunicata, si parla di processo di autenticazione [stru-



sella *e-mail* (all'interno di un sito *web*), per es. del 'Rpct'[ossia del 'segnalatore' o 'segnalante' d'illeciti] per '*whistleblowing*' [usata anche dalla legge anti corruzione per il responsabile della prevenzione corruzione e trasparenza, ma anche dalle autorità giudiziarie, dalla Corte dei Conti, dall'Anac (Autorità Nazionale Anticorruzione), *etc.*; *i*] di misure di *lockdown* [lett. confinamento, blocco]<sup>28</sup>. Si tratta di 'avanguardie' di un "movimento sociale e giuridico", che propugna e attua 'nuovi modi espressivi' e 'comportamentali' in contrasto, apparente o effettivo, con la tradizione corrente e che prelude a nuovi modi di operare, a situazioni e inediti rapporti, a nuovi mutamenti giuridici e, pertanto, a inevitabili tentativi di delineare nuovi concetti che si cercheranno automaticamente di compiere. Pertanto, è ora il momento di prepararsi e di guardare al futuro. Tuttavia la storia dell'uomo ci insegna che "*la fretta genera l'errore in ogni cosa*"<sup>29</sup>; occorre, invece, "*affrettarsi lentamente*" [SVETONIO]<sup>30</sup>. Quanto ci ha costretto a fare quest'emergenza Covid-19 deve essere una 'lezione per il dopo'. La situazione drammatica che ha creato l'epidemia è stata un «eccezionale acceleratore sociale» già in atto nel mondo giuridico [*infra* alla nt. in calce]<sup>31</sup>. Vi è allora da chiedersi: visto questo livello di

---

menti di autenticazione informatica *ex* artt. 5, 25 comma 2, 32 comma 1, 32 comma 3 lett. g), 35 commi 5 e 6, 66 comma 5 d.lgs. n. 82/2005 cit.]. Viene sottolineato che l'autenticazione ad un solo fattore (quella con *username* e *password*) non è molto sicura perché la *password* potrebbe essere scoperta da qualcuno che non è il vero 'utente'. Quella c.d. multi-fattoriale può essere più sicura (ad es. quella con una chiave fisica di sicurezza, o tessera magnetica, *smart card* ['qualcosa che possiedi'] e una *password* ['qualcosa che sai']). Se poi si aggiungono 'informazioni biometriche' (iride, impronta digitale, impronta vocale, riconoscimento del volto, *etc.*) abbiamo anche fattori di autenticazione assai più sicuri [che rispondono a "qualcosa che sei"]. Queste informazioni sono di norma protette da un sistema di autenticazione. La Carta d'identità elettronica italiana e la Carta nazionale dei servizi sono strumenti di autenticazione previsti dal c.amm.dig. per l'accesso ai servizi *web* erogati dalle P.A. L'art. 64, comma 2, c.amm.dig. è stato esteso a tal proposito: esso infatti prevede che "le pubbliche amministrazioni possono consentire l'accesso ai servizi in rete da esse erogati che richiedono l'identificazione informatica anche con strumenti diversi dalla carta d'identità elettronica e dalla carta nazionale dei servizi, purché tali strumenti consentano l'individuazione del soggetto che richiede il servizio". Inoltre dal 15 marzo 2016 è attivo 'SPID' – sistema pubblico dell'identità digitale – che ha reso accessibili tutti i servizi *on line* della P.A. con un «unico sistema di credenziali». Il sistema è aperto anche a soggetti privati [NdA].

<sup>28</sup> *Etiam 'lock down'* = protocollo d'emergenza consistente nell'impedire a delle persone o a delle informazioni di lasciare una determinata area.

<sup>29</sup> ERODOTO, *Historiae*; P.M. LIUZZO, *Frammenti di Erodoto: problemi e metodi nello studio della storiografia frammentaria*, Bologna, 2014, in [www.unibo.it](http://www.unibo.it).

<sup>30</sup> SVETONIO, *Vite dei dodici Cesari. Augusto*, 25, 4. *Festina lente*, trad. 'affrettati lentamente', loc. lat. attribuita all'Imperatore Augusto da Svetonio.

<sup>31</sup> Ne sono esempi: (i) chi si rivolge oggi a un avvocato può già sottoscrivere procure cartacee alle liti e, dopo averle riprodotte (c.d. 'copia informatica'), può inviarle (anche tramite messaggio *WhatsApp*) al suo legale che potrà certificare l'autografia delle medesime, apponendovi la propria firma digitale; (ii) gli incontri di mediazione diretti dagli avvocati possono già (cfr. art. 83, commi 20 ss., d.l. n. 18/2020) svolgersi



realtà legale attuale, tra qualche anno si arriverà ad un c.d. “atto a distanza”? La risposta non può essere che positiva. È certo l’*an*, è solo incerto il *quando*<sup>32</sup>, giacché la storia dell’evoluzione ci insegna che l’universo non ha mai smesso di essere creativo o inventivo: l’evolversi dei tempi, infatti, “non è una forza ma un processo”, “non è una causa ma una legge” (“l’evoluzione è la legge stessa della vita”). La strada che abbiamo davanti è tutta da inventar dal momento che la ricerca e l’innovazione sono tra i principali motori dello sviluppo economico<sup>33</sup>. Già la normativa quadro emergenziale contenuta nei ccdd. Decreto Cura Italia del 17 marzo 2020, n. 18 e Decreto Liquidità dell’8 aprile 2020, n. 23, voluti dal Governo in risposta all’emergenza economica connessa a quella sanitaria Covid-19 – tendenti ad appoggiare l’economia del Paese con interventi massicci (*shocks*) e con la creazione di *Task Forces* di esperti, a supporto di tutto il sistema economico-finanziario-produttivo e delle famiglie – ha previsto, al fine di evitare fenomeni recessivi, provvedimenti di natura pubblica e privata, tra cui:

(A) all’art. 4, d.l. n. 18/2020 “cura Italia” cit.:

a) la «sottoscrizione [di] contratti e comunicazioni in modo semplificato» (art. 4, comma 1, d.l. n. 23/2020). La disposizione, nel premettere la disciplina che sarebbe stata di lì a poco delineata, ha anticipato così questo principio come suo caposaldo;

b) la tecnica di conclusione dei contratti stipulati con la clientela al dettaglio<sup>34</sup> – nel periodo compreso tra la data di entrata in vigore della normativa emergenziale e il termine predeterminato dalla P.Aut. [attualmente di sei mesi, fino al 31 luglio 2020] dello stato di emergenza deliberato dal CM il 31 gennaio 2020<sup>35</sup> – deve essere effettuata mediante «strumenti informativi [*rectius* informatici] o telematici»;

---

in videoconferenza, con il preventivo consenso di tutte le parti coinvolte nel procedimento, e la novità risiede proprio nel poter utilizzare qualunque sistema telematico e «non solo» le piattaforme i cui requisiti tecnici erano stati prima indicati dal Min. giust.; (ii) il caso *Linklaters, LegalCommunity*, studio legale internazionale fondato a Londra, con studi a Milano e Roma, che ha da poco annunciato una *partnership* con *DocuSign*, leader mondiale nella gestione della firma elettronica nelle conclusioni di contratti a distanza, con il seguente obiettivo: i clienti firmeranno “contratti a distanza” tramite il suo servizio di *DocuSign*, che produce e realizza un servizio di «firma elettronica qualificata» – ossia una firma elettronica a livello immediatamente sotto quella digitale – e l’identità delle parti, che sottoscrivono a distanza sarà accertata mediante un ‘sistema *live*’ di video conversazione con un operatore; il tutto all’interno di un’unica struttura digitale per cercare di fare in modo che questi contatti siano sicuri dal punto di vista legale.

<sup>32</sup> R. VIGGIANI, Convegno *on line*. *L’atto a distanza*, cit.

<sup>33</sup> G. SIRILLI, *Innovazione tecnologica*, in *Enc. sc. tecn.*, in *Enc. on line* Treccani; A. FANTONI, *Evoluzione*, 2006, in *Enc. on line* Treccani.

<sup>34</sup> Come definita dalle disp. di Banca d’Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari (comma 1, parte 1<sup>a</sup>, art. 4, d.l. n. 23/2020).

<sup>35</sup> In G.U. 1 febbraio 2020, n. 26.



c) la prescrizione che i contratti devono soddisfare il «requisito» di «forma» sopra citato (ossia la conclusione con “dispositivi informatici o telematici”);

d) la previsione è pertanto in deroga alle “Istruzioni di Vigilanza per le banche” e succ. agg. di cui alla Circ. 21 aprile 1999, n. 229 sulla forma dei contratti, sul loro contenuto e sulle tecniche di comunicazione a distanza (Circ. Vig. banc., Cap. 1, Sez. III, nn. 2-4, pp. 14-17)<sup>36</sup>;

e) la regola che i contratti hanno l’efficacia di cui all’art. 20, comma 1 *bis*, primo periodo, del d.lgs. n. 82/2005 (c.amm.dig. cit.), ossia l’«efficacia probatoria» della scrittura privata, vale a dire che “fa piena prova sino a querela di falso” della ‘provenienza’ delle dichiarazioni documentate nel testo da colui o coloro che l’hanno “inviata” per via telematica, giacché il documento informatico trasmesso con tale modalità: (i) si intende ‘spedito’ dal mittente se inviato al proprio gestore; (ii) si intende ‘consegnato’ al destinatario, se reso disponibile all’indirizzo elettronico da questi dichiarato, nella casella di posta elettronica del destinatario messa a disposizione dal gestore [ex art. 45, comma 2, Valore giuridico della trasmissione, d.lgs. n. 82/2005 c.amm.dig.]; (iii) presuppone la ‘certezza’ dell’autenticità della provenienza, da chi ne appare autore, quando vi è ‘apposta’ la ‘firma digitale’<sup>37</sup>, o ‘altro tipo di firma elettronica qualificata’ o una ‘firma elettronica

---

<sup>36</sup> Istruzioni di Vigilanza per le banche Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 – 9° Aggiornamento del 25 luglio 2003, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it); F. ARATARI-L. IANNACCONE, *Il contenzioso tra le banche e i clienti. L’anatocismo, le commissioni, l’usura, la forma, la prova*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, nt. 728.

<sup>37</sup> Per una bibliografia sulla firma digitale: M.C. ANDRINI, *Dal tabellone al sigillo elettronico*, in *Vita not.*, 1998, p. 1787; G. BUONOMO-A. MERONE, *La scrittura privata informatica: firme elettroniche, valore probatorio e disconoscimento in giudizio [alla luce delle modifiche introdotte dalla l. 221/2012]*, pp. 1-33, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); R. BORRUSO, *Computer e diritto*, 2 vol., Milano, 1988; ID., *L’informatica per il giurista*, 1990; ID., *Digitantibus succurrunt jura*, 1991; ID., voce *Informatica Giuridica*, in *Enc. dir.*, I Agg, 1996; ID., *Diritto civile e informatica* (con G. Ciacci), in *Tratt. dir. civ.*, CNN, Napoli, 2004; E. CALÒ, *Ammissibilità del deposito di software presso un notaio*, in *Studi e mat.* CNN, Milano, 1986; F. CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 513 ss.; ID., voce *Documento*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, p. 85 ss.; G. CIACCI, *La firma digitale*, Milano, 1999; R. CLARIZIA, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985; A.M. CRESCENZI, *Riconoscimento giuridico del documento informatico e suo valore probatorio*, in *Doc. giust.*, 1997, p. 589 ss.; F. DELFINI, *Forma e trasmissione del documellto informatico nel regolamento ex art. 15.2 della legge 59/1997*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 629 ss.; G. LA MARCA, *L’atto pubblico notarile in forma digitale. Attualità e prospettive normative dell’ordinamento giuridico italiano*, in *Dir. inf.*, 4-5/2009, pp. 793-818; B. DEL VECCHIO, *Riflessioni sul valore giuridico della sottoscrizione elettronica*, in *Riv. not.*, 1991, p. 987 ss.; G. FINOCCHIARO, *Documento informatico e firma digitale*, in *Contr. impr.*, 1998, n. 2; A.M. GAMBINO, *L’accordo telematico*, Milano, 1997; D. GIANQUINTO, P. RAGOZZO, *Il sigillo informatico*, in *Notariato*, 1997, p. 80 ss.; N. IRTI, *La memoria dell’impresa dai quadernacci di Francesco Dalini ai nastri magnetici*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 52 ss.; A. LISERRE, *L’avvento del documento elettronico*, *Riv. dir. civ.*, II, 1998, p. 475 ss.; G. MIRABELLI, *Contratto tra terminali e documento elettronico*, in *Riv. not.*, 1986, p.776 ss.; A. MORELLO, voce *Sottoscrizione*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1970, p. 1003 ss.; M. NASTRI, *Firme elettroniche ed enunciazione di funzioni, qualifiche, poteri. La firma*



avanzata' o, comunque, formata, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'art. 71, regole tecniche, con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivocabile, la sua 'riconducibilità' all'autore; (iv) in tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità; (v) la data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte "in conformità alle Linee guida"; (vi) l'utilizzo del dispositivo di firma elettronica, qualificato o digitale, si presume riconducibile al titolare di firma elettronica, salvo che questi dia prova contraria (art. 20, commi 1 *bis* e *ter*, validità ed efficacia probatoria dei documenti informatici, d.lgs. n. 82/2005<sup>38</sup>);

f) il disposto che, per quanto il cliente esprima il suo consenso mediante il proprio indirizzo di p.e. non certificata o con altro strumento idoneo, possa esprimere il proprio assenso, a condizione che questi mezzi alternativi siano accompagnati da una «copia» di un «documento di riconoscimento in corso di validità» del contraente, facciano riferimento a un contratto identificabile in modo certo e il tutto sia conservato insieme al contratto medesimo con modalità tali da garantirne sicurezza, integrità e immodificabilità;

g) la possibilità che il requisito della consegna di copia del contratto è soddisfatto mediante la messa a disposizione del cliente di copia del testo del contratto su supporto durevole;

h) l'eventualità che il cliente possa usare il medesimo strumento impiegato per esprimere il consenso al contratto anche per esercitare il diritto di recesso previsto dalla legge;

i) la disposizione che l'intermediario possa consegnare una copia cartacea del contratto al cliente alla prima occasione utile successiva al termine dello stato di emergenza;

(B) all'art. 106 d.l. n. 18/2020 "liquidità", norme emergenziali in materia di svolgimento delle assemblee di società – s.p.a., s.a.p.a., s.r.l., s. coop. e s.m.a. [ass.] – anche in deroga a quanto previsto dalla legge in materia, con riguardo alle assemblee convocate

---

*funzione del notaio. Firme Elettroniche. Questioni ed esperienze di diritto privato*, Milano, 2003; S. TONDO, *Formalismo negoziale tra vecchie e nuove tecniche*, interv. al Conv. Studi *Le Scuole di specializzazione per le professioni legali* organizzato dalla Scuola di notariato A. Anselmi in onore del notaio V. Colapietro, Roma, 19 febbraio 1999; G. VERDE, *Per la chiarezza di idee in tema di documentazione informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 717 ss.; R. ZAGAMI, *Firma digitale, crittografia, validità del documento elettronico*, in *Dir. inf.*, 1/1996, p. 151 ss.; ID., *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000, p. 25 ss.

<sup>38</sup>D.lgs. n. 82/2005 cit. (agg. al d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217), in [www.bosettiegatti.eu](http://www.bosettiegatti.eu).



entro il 31 luglio 2020 ovvero entro la data, se successiva, fino alla quale è in vigore sul territorio nazionale lo stato di emergenza sanitaria da Covid-19 (comma 7):

*l)* la previsione – anche derogando alle diverse disposizioni statutarie – che nelle assemblee ordinarie o straordinarie l’«espressione del voto» possa avvenire in «via elettronica» (o per corrispondenza) e l’«intervento» all’assemblea possa aver luogo, anche esclusivamente, mediante «mezzi di telecomunicazione» (commi 1 e 2);

*m)* la possibilità che tali società possano anche prevedere che l’assemblea si svolga, «esclusivamente», mediante «mezzi di telecomunicazione» che garantiscano l’identificazione dei partecipanti, la loro partecipazione e l’esercizio del diritto di voto «senza», in ogni caso, la «necessità» che si trovino nel «medesimo luogo» – ove previsti – il presidente, il segretario o il notaio;

*n)* la regola che le s.r.l. possono consentire che l’espressione del voto avvenga mediante consultazione scritta o per consenso espresso per iscritto (comma 3).

**3.** – Con l’entrata in vigore della citata normativa emergenziale del recente d.l. “Cura Italia”, è stata prevista la possibilità di svolgere l’assemblea delle società con mezzi di telecomunicazione, anche in deroga alle disposizioni statutarie.

Due recenti massime – una del Consiglio notarile di Milano<sup>39</sup> e un’altra del Triveneto

---

<sup>39</sup>La “massima” prevede che l’intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione – ove consentito dallo statuto [ex artt. 2370, comma 4; 2388, comma 1, ultima parte (per le riunioni del c.d.a.); 2404, comma 1 (per le riunioni del c. sind.), cod. civ.], o comunque ammesso dalla vigente disciplina [ex art. 106, comma 2, d.l. n. 18/2020, c.d. Cura Italia] – può riguardare la ‘totalità’ dei partecipanti alla riunione, ivi compreso il presidente, fermo restando che nel «luogo» indicato nell’avviso di convocazione «deve» trovarsi il segretario verbalizzante o il notaio, unitamente alla o alle persone incaricate dal presidente per l’accertamento di coloro che intervengono di persona (sempre che tale incarico non venga affidato al segretario verbalizzante o al notaio). Le disposizioni – clausole statutarie o norma di legge [emergenziale] – che prevedono la presenza del presidente e del segretario (o del notaio) nel luogo di convocazione «devono» intendersi funzionali alla «formazione contestuale» del verbale dell’assemblea [*rectius* dell’atto notarile], sottoscritto sia dal presidente sia dal segretario. Esse, pertanto, «non» impediscono lo svolgimento della «riunione» con l’«intervento» di «tutti» i partecipanti mediante «mezzi di telecomunicazione», potendosi, in tal caso, ‘redigere’ successivamente il ‘verbale’ [*rectius* l’atto notarile], con la sottoscrizione del presidente e del segretario, oppure con la partecipazione e sottoscrizione del solo notaio in caso di verbale in forma pubblica. La massima: (i) individua nel «solo» segretario o notaio il soggetto la cui presenza fisica nel luogo di convocazione [*rectius* di formazione dell’atto] sia da ritenere necessaria e sufficiente; (ii) evidenzia che la presenza sia del presidente che del segretario «non» è ritenuta «necessaria» – alla luce del regime legale, mancando una norma che espressamente lo imponga – non si ravvisano ostacoli a che la funzione di direzione dei lavori assembleari da parte del presidente sia adeguatamente svolta “a distanza” mediante i mezzi di telecomunicazione (tra l’altro consentiti dallo statuto) «senza» la ‘presenza fisica’ del presidente nel «luogo» di convocazione [*rectius* la sede di perfezionamento dell’atto]; (iii) sottolinea che il



– hanno approfondito la questione dell'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione e, quindi, della presenza di «interventuti a distanza», modalità già prevista *ante* d.l. “Cura Italia”, qualora lo prevedesse lo statuto. L'art. 2370, comma 4, cod. civ., per le s.p.a. (ma la stessa regola vale anche per le altre società) prevede, infatti, che lo statuto può consentire l'intervento con l'aiuto di attrezzature tecnologiche che «non» incidono – in misura significativa – sul “principio di collegialità”, che, da sempre, per il suo funzionamento, in vari modi, ha richiesto necessariamente dei temperamenti<sup>40</sup>. Il mezzo tecnologico all'unità fisica (partecipazione *de visu*) di luogo ‘sostituisce’ l'«unità virtuale» (partecipazione virtuale) quale integrazione ‘*in praesentia*’ con l'intervento a distanza’. Non viene invece alterata la regola dell'unità di tempo (c.d. “sincronia”). I mezzi di telecomunicazione – es. la videoconferenza – devono consentire l'«integrazione delle persone» all'atto e alla «discussione» e la loro «identificazione». Può essere utile ritornare alla genesi delle regole che hanno consentito interventi a distanza. Prima della riforma del diritto societario (dd.lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6), la legge non prevedeva *apertis verbis* la possibilità di effettuare le riunioni assembleari e consiliari delle s.p.a. mediante mezzi di telecomunicazione, pur senza escluderlo espressamente. In questa cornice normativa, si riscontrò un “primo” orientamento favorevole da parte del Tribunale di Milano, con una “massima” del 1997 (in ambito di vol. giur.) con specifico riferimento alle riunioni del consiglio di amministrazione, che ritenne legittima la clausola che prevedesse la possibilità di tenere le «riunioni in video-conferenza» del c.d.a., purché risultassero garantite l'identificazione dei partecipanti e la possibilità degli stessi di intervenire attivamente nel dibattito<sup>41</sup>. Da tale orientamento ne derivò una formulazione

---

presidente – ossia chi ha il compito (nel caso di verbale assembleare) di regolamentare l'incontro – può anche accertare l'identità e la legittimazione delle persone che intervengono fisicamente presso il luogo della riunione, così come il compito di accertare il voto [*rectius* la manifestazione di volontà] delle medesime espresso con le modalità stabilite; (iv) ravvisa che il presidente – cioè chi dirige la riunione – può valutare, sulla base delle circostanze del caso, se il suo intervento, mediante «mezzi di telecomunicazione», gli consenta di poter efficacemente esercitare i propri poteri e le sue funzioni «a distanza», a seconda delle circostanze fattuali del caso concreto.

<sup>40</sup> P. DE FRANCISCI, *Collegialità*, in *Enc. it.* Treccani, Roma, 1931; ID., *Storia del diritto romano*, I, Roma, 1926, p. 156; P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1923, p. 87 ss.; T. MOMMSEN, *Röm. Staatsrecht*, I, 3<sup>a</sup> ed., Lipsia, 1887, p. 27 ss.

<sup>41</sup> M. AGOSTINI, M. NOTARI, *Raccolta sistematica delle massime officiose del Tribunale di Milano in tema di omologazione di atti societari*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 631 ss.; IID., *Ibidem* (agg. dic. 2000), Mass. [1997], nota 26 giugno 1997, in *Riv. soc.*, Mass. [1988, II], nota 14 aprile 1988, in *Id.*, 1988, p. 194 ss.; Mass. [1988, III], nota 29 settembre 1988, ined., in *Id.*, Milano, 2000, pp. 23, 91-92, in [www.consiglio-notarilemilano.it](http://www.consiglio-notarilemilano.it), *ibi* la motivazione per rispondere alle esigenze di rapidità di intervento operativo imposte dal mercato stabilisce: (i) è lecita la convocazione del c.d.a. in termini brevissimi «per via telematica» giacché la tecnologia telematica offre la possibilità di creare in ‘via virtuale’ tutte le ‘condizioni’ di una ‘conferenza



della predetta clausola statutaria spesso riproposta in modo “tralatizio”<sup>42</sup>, nella quale è prevista la legittimità delle «riunioni a distanza» con la compresenza del presidente e del segretario. Successivamente, «anche» per le riunioni assembleari, la Comm. società del Cons. not. di Milano, con una prima massima – la mass. n. 1 del 16 gennaio 2001 – sostenne la liceità della riunione assembleare (ord. e str.) mediante, giustappunto, mezzi di telecomunicazione<sup>43</sup>. Tale indirizzo si è poi velocemente affermato e consolidato nella prassi societaria, tanto da essere poi recepita nella novella dell’art. 2370, comma 4, cod. civ. e diede vita al modello di clausola statutaria di gran lunga più diffuso negli statuti di tutte le società di capitali, che sostanzialmente riproduce, quasi per intero, la sopra citata massima notarile. Come spesso accade in diritto, spesso la prassi, con la sua esigenza di speditezza e di elasticità, è più avanti della legge. Così l’azione e il modo di agire<sup>44</sup> non fanno altro che intuire in anticipo ciò che verrà poi statuito in futuro dal legislatore. Ne consegue che l’*id quod plerumque accidit* viene ad affermarsi in base alla comune esperienza in fatto, tanto più se si tiene conto della legislazione vigente all’epoca in cui dette clausole d’uso si sono imposte, che rappresentavano una prassi allora comune finalizzata alla immediata redazione del verbale assembleare (sottoscritto, nell’immediatezza, sia dal presidente che dal segretario o dal notaio). Orbene, è noto che queste necessità – l’immediata redazione del verbale e la sua sottoscrizione da parte sia del presidente che del segretario o del notaio – si sono poi attenuate, tanto che la nuova formulazione dell’art. 2375 cod. civ. ora prevede espressamente che il verbale possa essere redatto successivamente, sia pur “senza ritardo, nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione”, e per atto pubblico da un notaio se trattasi di assemblea straordinaria (ex comma 2 art. 2375 cod. civ.). D’altro canto si è poi anche affermato il principio ermeneutico per opera del quale il verbale redatto da notaio possa essere sottoscritto dal «solo» notaio verbalizzante e non sia richiesta, a pena di invalidità,

---

reale’; (ii) è legittimo, pertanto, autorizzare l’uso di questi ‘nuovi’ «mezzi di comunicazione»; (iii) devono tuttavia essere assicurati i fondamentali diritti di partecipazione: la scelta di un ‘luogo di riunione’, dove saranno ‘presenti’ almeno il ‘presidente’ e il ‘segretario’; l’esatta identificazione delle persone legittimate a presenziare dagli altri capi del video; la ‘possibilità’ di ciascuno di ‘intervenire oralmente’ su tutti gli argomenti, di ‘poter visionare’ o ‘ricevere documentazione’ e di poterne trasmetterne.

<sup>42</sup> Dal lat. giur. *tralatitius*, variante di *translatitius*, in *Voc. Treccani on line*.

<sup>43</sup> Mass. Comm. soc. Cons. not. Milano, 16 gennaio 2001, n. 1 che stabilisce la liceità della clausola statutaria che prevede la possibilità che l’assemblea ordinaria e straordinaria di una società di capitali si svolga con «interventuti dislocati» anche in più luoghi, contigui o distanti, audio/video collegati, dovendosi ritenere «svolta» la riunione nel luogo ove sono presenti il presidente e il soggetto verbalizzante [necessariamente il notaio per le ass. str. e per quelle ord. se è richiesto il suo ministero], in [www.consiglionotarilemilano.it](http://www.consiglionotarilemilano.it).

<sup>44</sup> Dal gr. *πρᾶξις*, pr. ‘*pràxis*’, der. di *πράσσω*, pr. ‘*pràssō*’, fare.



la sottoscrizione del presidente dell'assemblea<sup>45</sup>. Ma ciò che è rilevante oggi è la constatazione che è stato fatto il primo passo dal ns. legislatore «fin dal 2003» (dd.lgs. nn. 5-6/2003) prevedendo la liceità di comunicazione, in questo caso tra i soci di una società e il Notaio verbalizzante, mediante mezzi di telecomunicazione e la conferma dell'interpretazione per cui «non» si è di fronte ad una «regola» di «portata limitativa» nell'«utilizzo» dei «mezzi di telecomunicazione». Altra tipologia di atto a distanza (tra i soggetti partecipanti dell'atto), già ammessa dalla ns. legislazione, consiste nella possibilità di stipulare atti notarili «informatici»<sup>46</sup> utilizzando la forma della «scrittura privata autenticata» in doppia o plurima autentica quasi in contemporanea tra più notai. Questa può essere una possibilità di stipulare quasi in contemporanea un atto tra soggetti posti in luoghi diversi, ma con l'intervento di più notai. Si precisa quindi che ogni parte sottoscrive, seppur digitalmente, in presenza fisica del rispettivo Notaio a cui si è rivolto.

4. – Oltre che da molti Stati su base planetaria, tra cui Francia, Italia, Spagna, Québec (Canada) e Brasile, a livello internazionale il tema dell'atto a distanza – in generale – è stato affrontato, di recente, anche dall'*European Law Institute* [ELI], con sede a Vienna [*Universität Wien*]<sup>47</sup>. L'Organizzazione internazionale, affrontando i problemi che deriveranno dalla crisi globale sanitaria Covid-19, ha auspicato, come principio di continuità delle relazioni a distanza, che gli Stati garantiscano la possibilità di concludere, anche con il contributo dei notai, contratti e l'assunzione di decisioni “a distanza”. *De iure condendo e de iure condito*, sull'atto a distanza, dal punto di vista comparatistico, nel panorama internazionale, si notano, in tutti i Paesi – che, nel periodo emergenziale, hanno affrontato la *quaestio iuris* dell'atto «a distanza» – ‘preoccupazioni’ e ‘problemi’ che sono presenti in quasi tutte le nazioni. La differenza sta nelle soluzioni adottate con riguardo ai diversi contesti nazionali presi in esame. In merito, in particolare, al Marocco, il Cons. naz. not. di questo Paese ha ‘proposto’ l'atto a distanza, cogliendo l'occasione della crisi sanitaria Covid-19, per effettuare un'innovazione tecnologica a tutto il sistema giuridico di stipula e successivi adempimenti degli atti notarili e, quindi, al sistema dei

---

<sup>45</sup>Mass. Comm. soc. Cons. not. Milano, 19 novembre 2004, n. 45 in [www.consigionotarilemilano.it](http://www.consigionotarilemilano.it).

<sup>46</sup>V. *infra* (§ 5) *amplius* per l'atto informatico.

<sup>47</sup>L'associazione internazionale ha – tra gli altri – come membri l'Ocse, La Corte di Giustizia, *Unidroit* (Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato), *Uncitral* (*United Nations Commission on International Trade Law*), Agenzie dell'Onu che dettano le politiche di tutti gli Stati in materia di diritto societario e diritto civile.



rapporti tra notariato e la P.A., in particolare in merito alla trasmissione telematica degli atti notarili alle Conservatorie RR.II.<sup>48</sup>. In questo contesto di emergenza la discussione e la volontà di risolvere il problema dell'atto a distanza sono stati sicuramente mezzi per far breccia sull'argomento e per apportare innovazioni. Con riguardo al Brasile, questa nazione «non» solo ha «proposto» l'atto a distanza, ma anche ha «iniziato» stipule di atti con queste modalità. L'esigenza del notariato brasiliano era, alla base, diversa e particolarmente urgente, poiché in tutto il Sudamerica gli studi dei notai sono stati chiusi<sup>49</sup>, in quanto ritenuti, nell'immediatezza, non essenziali e trattati come bar, ristoranti, *etc.* L'esigenza particolare del notariato brasiliano è stata quella di salvaguardare la loro funzione durante l'emergenza sanitaria, facendo presente allo Stato la disponibilità per una presenza attiva e immediata del notariato per il Paese, sia operando personalmente, sia con il mezzo di negozi giuridici 'a distanza', con un'apertura totale a fare la propria parte attivamente, proponendo, tuttavia, la "necessità" di impegnare immediatamente tutta la popolazione dei notai senza avventurarsi in soluzioni alternative che escludessero il notariato per altri organismi non preparati a svolgere il loro ministero, a mezzo, tuttavia, del «progetto pilota» dell'atto a distanza, che è stato subito attivato nello Stato di Santa Caterina<sup>50</sup>, pur rimandando il problema della competenza territoriale a più avanti, dopo la sperimentazione locale. In merito ad altri Paesi, l'approccio all'atto a distanza è stato addirittura più articolato dal lato giuridico. Si porta l'esempio dei seguenti Paesi: (a) nel «Québec»<sup>51</sup> (Canada), mediante un atto 'a distanza' con l'utilizzo di una video-conferenza *Microsoft Teams* e la prescrizione di presentare al notaio, per l'accertamento dell'identità delle parti, due documenti, con la possibilità del notaio di chiederne un terzo; (b) in «Portogallo», che subito alla fine di aprile 2020, ha predisposto una progetto di atto a distanza, avanzato, in questo caso, dal Min. giust., in coordinamento con il Cons. naz. not. e con l'Ass. Immobiliaristi di quel Paese, in cui la volontà di risolvere la questione è stata un'iniziativa diretta della politica portoghese (Min. giust.); (c) in «Spagna», in cui il Cons. naz. not. spagnolo ha elaborato una (ritenuta) pregevole proposta per affrontare anch'essa immediatamente l'emergenza sanitaria, in cui una prima iniziativa, molto sentita, è stata quella di un atto a distanza soprattutto nell'ambito della contrattazione in ambito bancario. In una nota di aprile 2020 i notai spagnoli intravedono,

<sup>48</sup> D. RESTUCCIA, membro Comm. studi int. del Cons. naz. not., in *Conv. on line*, cit.

<sup>49</sup> Ita, ID., *Conv. on line*, cit.

<sup>50</sup> Santa Caterina è uno Stato federato del Brasile di circa 6 mil. di ab., confinante da est con l'Atlantico, con il Rio Grande, con l'Argentina e con il fiume Paraná, in *Enc. on line* Treccani.

<sup>51</sup> Pron. ke'bek, provincia del Canada di lingua francese e tradizione giuridica di notariato latino.



proprio nell'ambito della loro attività, il modo in cui può essere sviluppato con efficacia l'atto a distanza, sostenendo che, utilizzando l'atto a distanza, potrebbe essere addirittura ridotto del 40% l'accesso fisico agli studi notarili in questo periodo di emergenza sanitaria, dandosi atto di un elemento, tipico spagnolo, che individua nel Cons. naz. not. spagnolo e nella Dir. naz. di polizia e due uniche entità che consentono di rilasciare la firma conforme "eIDAS" (*'electronic IDentification Authentication and Signature'*)<sup>52</sup>, particolarità che potrebbe favorire l'attuazione pratica immediata dell'atto a distanza; (d) in «Francia» e «Belgio», invece, l'atto a distanza «è», in questo momento, già attivo, seppur limitatamente al periodo di emergenza Covid-19. Il Belgio ha adottato una soluzione di compromesso dal lato giuridico prevedendo, come prima emergenza coronavirus, la «*procura a distanza*» e «non» l'atto a distanza *tout court*<sup>53</sup>. La peculiarità belga è che, già ora, la maggioranza dei cittadini belgi ha già una carta d'identità elettronica alla quale è collegata una «firma digitale con un 'pin'»<sup>54</sup> che consentirebbe una notevole facilitazione sia per l'"identificazione personale" sia per la realizzazione della "firma". In Francia, invece, vi è una situazione molto simile alla nostra in discussione in Italia. Nell'ambito immobiliare francese il Cons. naz. not. francese ha previsto una forma di atto a distanza «solo» per il «periodo emergenziale», che ha suscitato tuttavia grande perplessità nell'ambito dei notai perché il notariato francese si è rivolto, per la sua realizzazione, a operatori privati, in particolare americani – in specie "*Auto Cousin's*"<sup>55</sup> – precisando che i notai francesi non hanno una competenza notarile territoriale, ma una competenza nazionale. Il notariato francese ha diviso in due fattispecie il problema della

---

<sup>52</sup> Il Reg. UE n. 910/2014 – eIDAS sull'identità digitale ha l'obiettivo di fornire una base normativa a livello comunitario per i servizi fiduciari e i mezzi di identificazione elettronica degli stati membri. Il regolamento eIDAS fornisce una base normativa comune per interazioni elettroniche sicure fra cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni e incrementa la sicurezza e l'efficacia dei servizi elettronici e delle transazioni di *e-business* e commercio elettronico nell'UE. Il regolamento fissa le condizioni a cui gli Stati membri riconoscono i mezzi di identificazione elettronica delle persone fisiche e giuridiche che rientrano in un regime notificato di identificazione elettronica di un altro Stato membro; istituisce un quadro giuridico per le firme elettroniche, i sigilli elettronici, le validazioni temporali elettroniche, i documenti elettronici, i servizi elettronici di recapito certificato e i servizi relativi ai certificati di autenticazione di siti *web*. Rispetto ai sistemi di identificazione elettronica, eIDAS prevede che ciascuno stato membro possa notificare i sistemi di identificazione elettronica forniti ai cittadini e alle aziende per consentire un reciproco riconoscimento. Il regolamento eIDAS è stato emanato il 23 luglio 2014 e ha piena efficacia dal 1° luglio 2016. In [www.agid.gov.it](http://www.agid.gov.it).

<sup>53</sup> Locuz. avv., pr. '*tu kùur*', in *Voc. on line Treccani*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>54</sup> *Pincode*, pr. *pinkóud*, comp. di *pin* e *code*, codice, quindi 'pin' funge da 'codice'.

<sup>55</sup> Si ricordi *Linklaters, LegalCommunity*, st. legale int. fondato a Londra (che sarebbe il più grande *network* notarile del mondo) e st. legale con studi a Milano e Roma, che avrebbe recentemente convenuto una *partnership* con *DocuSign*, nella conclusione di contratti a distanza. [§ 2 nt. 31].



identificazione delle parti: *a*) la prima è quella della “conoscenza pregressa” delle parti da più di dieci anni; *b*) la seconda è invece il caso in cui il notaio «non» ha mai avuto contatti personali con l’utente o ha avuto una conoscenza recente (<10 anni). Nella prima ipotesi sarebbe il caso della c.d. ‘identificazione facilitata’ attraverso il meccanismo di identificazione a distanza, cioè con la video-conferenza, se il notaio francese ha avuto traccia o una scansione o una prova dell’identità della clientela risalendo indietro di oltre dieci anni. In caso contrario il notaio francese deve utilizzare uno strumento esterno che è “ID NOW” (‘sistema isotermico per l’identificazione rapida della persona’), ossia la verifica dell’identità facciale *on line* con un’intervista – utilizzato soprattutto nei Paesi di *common law* [anche da *Linklaters*]. Una volta identificate le parti vi è uno scambio di documentazione tra notaio e clienti, autorizzando, con un documento, il notaio francese a concludere l’atto, così come letto durante la video-conferenza o come da un allegato all’atto che viene firmato con firma autentica rilasciata da *DocuSign*. Il documento viene allegato all’atto del notaio con cui si trasferisce l’immobile sulla base del consenso scritto firmato digitalmente dalle parti. Vi è un aspetto di questa soluzione francese che è fortemente criticabile: il mancato utilizzo di una piattaforma notarile. Il Cons. naz. not. francese ha tuttavia assicurato che questa piattaforma notarile è in corso di definizione e di sperimentazione e sarà utilizzata dai notai francesi, i quali sostengono che sono talmente tanti i benefici di questa attività che difficilmente si tornerà indietro (opinione comune in Francia).

5. – È «fondamentale» se si vuole arrivare a stipulare gli atti “a distanza” l’«utilizzo» dell’atto informatico<sup>56</sup>, che esiste, nel ns. ordinamento giuridico, dal 2010<sup>57</sup>, ma che è

---

<sup>56</sup> Per un bibliografia sull’atto notarile informatico, C. ANGELICI, voce *Documentazione e documento*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, pp. 2, 3; E. BASSOLI, *Aspetti tecnici della firma digitale*, in *Comm. elettr.*, Torino, 2003, p. 341; A. BUSANI, E. MACCARONE, *Le scritture private telematiche al riparo delle contraffazioni*, in *Sole 24 Ore*, 11 ottobre 1997, p. 28; C.M. BIANCA, *Documento digitale e atto notarile*, in *Studi e mat. CNN*, Suppl. 1/2008, Milano, pp. 124-125; R. BORRUSO, G. CIACCI, *Diritto Civile e Informatica*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2004, p. 386 ss.; M. CAMMARATA, E. MACCARONE, *La firma digitale sicura. Il documento informatico nell’ordinamento italiano*, in *Teoria prat. dir.*, Milano, 2003, pp. 22, 48, 52 ss., 125; A. CANDIAN, voce *Documentazione e documento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 579 ss.; G. CASU, *Comm. artt. 18-24*, in *L.n. comm.*, Torino, 2010, pp. 51, 110 ss., 314, 322, 350, 352 ss.; ID., *Sub art. 67*, in *Id.*, 2010, pp. 439 ss., 449, 453; A. CECCARINI, *La prova documentale nel processo civile*, Milano, 2006, p. 24; S. CHIBBARO, *Prospettive di sviluppi normativi*, in *La sicurezza giuridica nella società dell’informazione*, in *Studi e mat.*, Suppl., 2008, p. 152; ID.-M. MOLINARI, *Dal documento informatico alla carta e viceversa: la copia conforme rivisitata*, in *Federnotizie*, maggio 2010; R. CLARIZIA, *I contratti su Internet*, in *Scritti in memoria di M. Buoncrisiano*, Napoli, 2002, I, p.



utilizzato, in particolare modo, a partire dal 2013, mediante il *software* “*iStrumentum*”<sup>58</sup>,

141; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, in *Tratt. dir. econ.*, Padova, 2004, pp. 99, 104 ss., 126; V. DENTI, voce *Querela di falso*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 658 ss.; F. DE SANTIS, *La disciplina normativa del documento informatico*, in *Camere giur.*, 4, 1998, p. 390; S. EVANGELISTA, voce *Copia, collazione e riproduzione di atti e documenti*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 1; G. FINOCCHIARO, *La firma digitale. Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca, sub artt. 2699-2720, Suppl. (d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513)*, Bologna-Roma, 2000, pp. 42, 99; ID., *La firma digitale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000, pp. 45, 49, 66 ss., 94 ss.; ID., *Firma digitale e firme elettroniche. Profili privatistici*, Milano, 2003, pp. 40 ss., 50 ss., 80 ss.; A. GENTIU, *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 172 ss.; C. GRANELLI, voce *Riproduzione (e rinnovazione) del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1048 ss.; M. GRANIERI, *La responsabilità del certificatore nella disciplina della firma digitale*, in *Danno resp.*, 1998, 516; A. GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, in *Riv. trim.*, 1998, pp. 481 ss., 512 ss.; N. IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, in *Id.*, 1969, p. 484 ss., 502; B. IZZI, *La firma elettronica negli strumenti di circolazione della ricchezza*, in *Riv. not.*, 2004, pp. 867, 874; M.E. LA TORRE, *Contributo alla teoria giuridica del documento*, Milano, 2004, p. 30; G. MANZINI, *Il negozio di accertamento: inquadramento sistematico e profili di rilevanza notarile*, in *Riv. not.*, 1996, p. 427 ss.; G. MONGELLI, G. CAVALLO, *La necessità dell'autentica notarile nella cessione di quote della srl: ricostruzione interpretativa*, in *Riv. not.*, 2010, p. 209; A. MONTI, *La stampa di una pagina web non costituisce una prova*, in *www.interlex.it*; M. NASTRI, *Le opportunità dell'atto pubblico informatico*, in *Notariato*, 2010, pp. 566 ss., 569; ID., *Firme elettroniche ed enunciazione di funzioni, qualifiche, poteri. La firma funzione del notaio*, in *Firme elettroniche. Questioni ed esperienze di dir. privato*, Milano, 2003, p. 41 ss.; ID., *Copie autentiche e documento informatico*, Studio n. 3-2006/IG, in *Studi e mat.*, 2007, I, p. 463; M. NICOTRA, *Comm. art. 35 CAD*, in *Il Codice della Pubblica Amministrazione Digitale. Comm. al d.lgs. n. 82 del 7.3.2005*, Milano, 2005, pp. 292, 343; M. ORLANDI, *Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici (d.P.R. 10 novembre 1997, n. 513)*, *Comm.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 749 ss.; S. PATTI, *Prova documentale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1996, pp. 4, 7; ID., *L'efficacia probatoria del documento informatico*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, p. 173; ID., *Prova documentale Artt. 2699-2720*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, pp. 36, 38, 996; ID., *Conformità della copia al documento e conformità al documento originale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 117; G. PETRELLI, *Documento informatico, contratto informatico elettronico e atto notarile*, in *Notariato*, 6, 1997, pp. 567, 584; C. PETRUCCI, voce *Copia e collazione di atti pubblici*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 636 ss.; P. PICCOLI, G. ZANOLINI, *Il documento elettronico e la firma digitale*, in *Riv. not.*, 2000, pp. 906, 907; R. SACCO, voce *Riproduzione, rinnovazione, ripetizione, reiterazione dei contratti*, in *Dig. civ.*, Torino, 1999, p. 13 ss.; P. SPADA, *Una postilla in tema di cessione di quote con firma digitale*, in *Notariato*, 2008, p. 538 ss.; U. ROMANO, voce *Firma digitale*, in *Dig. civ., Agg.*, Torino, 2000, p. 397; G. VERDE, voce *Querela di falso*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, p. 2; R. ZAGAMI, *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000, p. 12; P. ZANEW, *Funzione notarile e firma digitale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 449 ss.

<sup>57</sup> Si vedano gli artt. 47 bis, 47 ter e 52 bis, l. 16 febbraio 1913, n. 89 (c.d. “legge notarile”) introdotto dall’art. 1, comma 1, lett. c) e d), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 110.

<sup>58</sup> “*iStrumentum*” è il *software* CNN, progettato dalla società di informatica **Notartel** ([www.notartel.it](http://www.notartel.it)), che accompagna il notaio nell’intero processo di preparazione, creazione, verifica e costruzione di un “atto informatico notarile” e dei suoi allegati. Per le sottoscrizioni le parti possono utilizzare indifferentemente la ‘firma digitale’ (per chi ne è dotato) o la ‘firma grafometrica’. Il *software* è stato progettato e realizzato in linea con quanto indicato dal Codice dell’amministrazione digitale [c.a.d.] e dalla l.n. con tutti i requisiti di certezza, sicurezza e rispetto delle regole della *privacy*. *Si opus est* vd. *Atto pubblico informatico*, in [www.notariato.it](http://www.notariato.it).



con cui è possibile formare l'atto pubblico in modo totalmente informatico, procedura che, però, inizialmente, ha avuto un utilizzo assai ridotto<sup>59</sup> e una scarsa diffusione, a causa del fatto che non era facile né installarlo né utilizzarlo<sup>60</sup>. L'atto pubblico informatico è oggi "obbligatorio" esclusivamente per la stipula dei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture con la Pubblica Amministrazione, ma "è possibile" stipulare qualsiasi atto. Alla luce di quanto detto, oggi è materialmente possibile realizzare un atto informatico. Va premesso che, come previsto dalla legge notarile<sup>61</sup>: (i) all'atto pubblico redatto con procedure informatiche si applicano le disposizioni della legge notarile e quelle emanate in attuazione della stessa; (ii) l'atto pubblico "informatico" è ricevuto dal notaio in conformità a quanto previsto dall'articolo 47 ed è letto dal medesimo notaio mediante l'uso e il controllo personale degli strumenti informatici; (iii) il notaio nell'atto pubblico e nell'autenticazione delle firme deve attestare anche la validità dei certificati di firma eventualmente utilizzati dalle parti"; (iv) le parti, i fidejacenti, l'interprete e i testimoni sottoscrivono personalmente l'atto pubblico informatico in presenza del notaio con firma digitale o con firma elettronica, consistente anche nell'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa; (v) il notaio appone personalmente la propria firma digitale dopo le parti, l'interprete e i testimoni in presenza. Quindi all'atto pubblico informatico si applicano tutte le disposizioni sostanziali della legge notarile (quali, ad es. il ricevimento dell'atto in presenza delle parti ed eventualmente di due testimoni, l'indagine della volontà delle parti, il controllo di legalità, la verifica dei poteri di rappresentanza e di legittimazione, etc.) Ne consegue che il notaio dà lettura dell'atto direttamente dallo schermo del computer (mediante l'uso e il controllo personale degli strumenti informatici) e le parti, nel caso di atto pubblico, «invece» di sottoscrivere un documento cartaceo, firmeranno con la propria firma digitale oppure con la firma grafometrica, cioè apponendo la propria sottoscrizione autografa sulla "signature pad" (c.d. "tavoletta"), il documento informatico contenente l'atto stesso e i suoi eventuali allegati, seguiti dall'apposizione della firma digitale del notaio (che contiene firma e sigillo del notaio). Nel caso di atto per scrittura privata autenticata da più notai, il 1° notaio [*hic dicitur* 'RR'] riceve la 1ª sottoscrizione digitale o grafometrica, ad es. su una compravendita, ne effettua l'autentica e vi appone la sua firma digitale e poi invia immediatamente il *file* così sottoscritto

---

<sup>59</sup> Si segnala, tuttavia, che in Italia, secondo le statistiche del notariato, l'atto informatico è stato stipulato solo dal 3% dei notai italiani, pari a «solo» 150 notai che hanno stipulato almeno un atto informatico (non il 3% lo usa quotidianamente, bensì il 3% lo ha usato almeno una volta!). [NdA].

<sup>60</sup> R. VIGGIANI, *Convegno on line 'L'atto a distanza'*, cit.

<sup>61</sup> Artt. 47 *bis*, comma 1; 47 *ter*, comma 2; 52 *bis*.



al 2° notaio [*hic dicitur* AA], che riceve, ad es., le ultime sottoscrizioni digitali o grafometriche, le autentica, appone la sua firma digitale e “chiude” l’atto [*file* digitale]. Come si può ben vedere, quella descritta può essere una possibilità di velocizzazione rispetto all’atto cartaceo, giacché la scrittura privata autenticata “informatica” permetterebbe di realizzare un atto “a distanza” istantaneamente e con le parti in luoghi diversi<sup>62</sup>. Tutti questi atti, una volta stipulati, dovranno essere conservati a norma secondo la procedura di conservazione<sup>63</sup>.

6. – L’art. 1 l.n. stabilisce che i notai sono ufficiali pubblici istituiti per “ricevere” – essi stessi – gli atti tra vivi e di ultima volontà, attribuire loro – “*isti ipsi*” – pubblica fede, conservarne il deposito, rilasciarne le copie, i certificati, gli estratti, *etc.* Infine, le stesse norme deontologiche parlano di “rapporto personale con le parti” che non si può, di certo, instaurare se non “di persona personalmente” [detto nella lingua di Camilleri], giacché il notaio è il «regista» della “rappresentazione teatrale” dell’atto, in quanto “l’atto notarile non può essere ricevuto dal notaio se non in presenza delle parti” e, nei casi previsti dall’art. 48, di due testimoni”. La l.n. prevede che il notaio «debba» essere certo dell’identità delle parti (art. 49 l.n.), ossia che si renda conto se la persona comparso davanti a lui – *de visu* – è esattamente quella che dichiara di essere e corrisponde a quella risultante in un documento di identità valido<sup>64</sup>; inoltre al notaio compete l’indagine della volontà delle parti [c.d. funzione di adeguamento], (*ex* art. 47, ultimo comma, l.n.) e, sotto la «propria direzione» e «responsabilità», lo stesso cura la «compilazione integrale» dell’atto<sup>65</sup>. Solo alla contemporanea «effettiva presenza» delle parti e

---

<sup>62</sup> Un altro strumento di utilizzo dell’atto informatico è quello della trasmissione di documenti in possesso di un altro notaio o di una P.A. Ad es., se un notaio terzo ha un c.d.u. (certificato di destinazione urbanistica) di terreni allegato tra i suoi atti e utile per una stipula a un altro notaio, si potrebbe richiedere copia conforme in formato digitale al 1° notaio. Il 2° notaio potrebbe utilizzare il certificato in formato digitale ricevuto via *e-mail*. Ma fin qui *nulla quaestio*. Si tratterebbe solo di utilizzare una tecnologia avanzata per trasmettere un documento e non per stipulare atti che dovrebbero essere chiari, intelleggibili e consapevoli.

<sup>63</sup> L’atto pubblico informatico è conservato in modo informatico attraverso un apposito sistema di Conservazione a Norma tenuto a cura del Consiglio Nazionale del Notariato su strutture di proprietà del CNN stesso e amministrato dalla propria società, Notartel S.p.A.

<sup>64</sup> Solo il nome e il cognome, alla stato attuale della normativa, costituiscono i dati fondamentali per la definizione dell’identità personale, mentre tutti gli altri elementi sono complementari e secondari.

<sup>65</sup> F. ANGELONI, *La responsabilità del notaio*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1990, p. 7 ss.; G. BARALIS, *Atto pubblico e contrattazione semplificata*, in *Riv. not.*, 1978, p. 702 ss.; S. BRANDANI, *L’atto pubblico notarile come strumento di tutela*



del notaio, il medesimo può rendersi conto che la volontà delle persone possa liberamente esplicitarsi e non sia invece condizionata o addirittura costretta con violenza o sensibilmente condizionata. Così il notaio “partorisce” l’atto tra le mani sue e sui fogli suoi, di carta o nel formato digitale di un *file*, che vuole indistruttibile per il tempo che verrà, consapevole che molte conclusioni delle *quaestiones in tabulas* si basano sul dialogo, pacato ma sicuro, analogo a quello di un padre con un fratello o un figlio, verso la conclusione di un atto “teatrale” dove si sente il diritto come la voce di un cuore che anela alla ‘concordia’ dei presenti.

7. – L’atto notarile “a distanza”, che si vuol trattare, è inteso come atto “a distanza” tra i clienti e il notaio, ma anche tra clienti e clienti, seppur riuniti “telematicamente”. Il messaggio telematico è, per definizione, un mezzo «non neutrale», giacché la tecnologia “rompe la dimensione spaziale”, perché la [le] parte [i] è [sono], in tutto o parzialmente, davanti al notaio da sola [e] o con un contraente o con alcuno di loro. Insomma, non c’è dubbio che la tecnologia limiti di molto la percezione, i gesti, le posture, il linguaggio del corpo, le interazioni (tanto è vero che se il notaio dirige un’assemblea “in presenza” di molte persone, il medesimo può percepire le reazioni, gli applausi, le disapprovazioni); cambiano radicalmente le situazioni, tanto che si possono muovere grandi critiche in merito alla “mediazione a distanza” e al “processo penale a distanza” che forma le testimonianze in audiovisivo. Le criticità da affrontare in merito all’atto notarile a distanza – in particolare per ciò che concerne la contrattualistica del settore immobiliare e il ricevimento degli atti di ultima volontà – sono: (a) la «sicurezza» degli «strumenti informatici»<sup>66</sup> nell’utilizzo dell’atto notarile “a distanza”, giacché, nel mondo tecnologico, sono

---

nella società dell’informazione, al Cap. VI, *L’indagine della volontà delle parti ex art. 47, ultimo comma, legge notarile e la scrittura privata autenticata*, in *fondazione-notariato.it*; N. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell’atto*, in *Notariato tra istituzioni e società civile*, Milano, 1996, p. 201 ss.; R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell’età dell’inquietudine*, in *Il diritto civile tra principi e regole*, I, a cura di F.D. Busnelli, Milano, 2009, p. 605 ss., in part. 607 ss.; G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell’art. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rass. dir. civ.*, 3/2006, p. 804 ss., in part. p. 828; G. PETRELLI, *Atto pubblico e scrittura privata autenticata: funzione notarile e responsabilità*, in *Riv. not.*, 1994, II, p. 1422 ss., in part. 1426 ss.; ID., *L’indagine della volontà delle parti e la “sostanza” dell’atto pubblico notarile*, in *Riv. not.*, 2006, p. 29 ss.; G.A.M. TRIMARCHI, *Appunti sulla responsabilità del notaio*, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it).

<sup>66</sup>Per una «bibliografia» esauriente sulla c.d. *lex informatica*: E. BASSOLI, *Il governo di Internet*, in *Nuove tecnologie e libertà delle comunicazioni. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008, p. 341; M. BESSONE, *L’equivoco delle teorie normative e i problemi di regime delle condizioni generali di contratto*, in *Giur. merito*, 1983, p. 541; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Dir. civ.*, III, Milano, 2000; R. CASO, *Digi-*



sempre più frequenti i furti di identità attuati per via telematica<sup>67</sup> e gli altri reati in que-

*tal rights management-Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004; B. CUNEGATTI, *Le licenze creative commons*, in *Dir. inf.*, Torino, 2014, p. 641; F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in internet: competition, net neutrality e copyright*, Roma, 2014; V. DE LUCA, *Autonomia privata e mercato telematica nel sistema delle fonti*, Milano, 2004; F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile in internet: prove di governo dell'anarchia tecnocratica*, *Resp. civ.*, 2006, p. 554; M. DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all'economia dell'informazione in rete*, Torino, 2007; M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 81; G. FINOCCHIARO, *Lex mercatoria e commercio elettronico. Il diritto applicabile ai contratti conclusi su Internet*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 599; ID., *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Dir. inf.*, 2012, p. 832; M. GAMBINI, *Dati personali e internet*, Napoli, 2008; ID., *La responsabilità civile telematica*, in *Internet dir. civ.*, Napoli, 2015, p. 313; N. IRTI, E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)*, in *Cont. impr.*, 2006, p. 665; V. KARAVAS, G. TEUBNER, *Www.CompanyNameSucks.com: Effetti orizzontali dei diritti fondamentali sulle parti private nella legge autonoma di Internet*, in *Scienza&Politica*, 2006, p. 107; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 137; P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Napoli, 2015; ID., *L'«Architettura» del cyberspazio tra principio di sussidiarietà orizzontale e potere «normativo» di impresa*, *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 468; L. LESSIG, *Cultura libera: un equilibrio fra anarchia e controllo, contro l'estremismo della proprietà intellettuale*, Milano, 2005; ID., *Il futuro delle idee*, Milano, 2006; E. MAESTRI, *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015; A. MANTELETO, *Regole tecniche e regole giuridiche: interazioni e sinergie nella disciplina di internet*, in *Cont. impr.*, 2005, p. 667; ID., *Digital privacy: tecnologie «confermate» e regole giuridiche*, in *Privacy digitale. Giuristi e informatici a confronto*, Torino, 2006, p. 19; ID., *Privacy*, *Cont. impr.*, 2008, p. 799; R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 353; U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, 2014; G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2010; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014; J.L. REIDENBERG, *Lex Informatica: The formulation of Information Policy Rules Through Technology*, *Texas L. Rev.*, 1998, p. 553; ID., *Beni comuni digitali come fenomeno spontaneo*, in *Trento Law and Technology Research Group – Research Paper n. 15*, 2013, p. 18; B. SOLUM, M. CHUNG, *The Layers principle. Internet Architecture and the law*, in *Notre Dame L. Rev.*, 2004, p. 815; R. STALLMANN, *Free Software, Free Society: Selected Essays*, Boston, 2002; A. TARTAGLIA POLCINI, *Scienze e tecnologie dell'informazione e della comunicazione oltre lo schermo della legge: per un uso funzionale del diritto nei processi legislativi*, in *Dir. e tecn. verso le scienze sociali computazionali. Attualità e orizzonti dell'informatica giuridica*, Napoli, 2011, p. 21; G. TEUBNER, *Costituzionalismo societario: alternative alle teoria costituzionale stato-centrica*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, p. 133; ID., *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, p. 63; ZENO ZENCOVICH, *Il consenso informato e la autodeterminazione informativa nella prima decisione del garante*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 919.

<sup>67</sup> S. BISI, *Il furto d'identità: panoramica attuale e prospettive giuridiche*, in *Cib. dir.*, 4/2004, pp. 303-336; P. CIPOLLA, *Social network, furto di identità e reati contro il patrimonio*, in *Giur. merito*, 12/2012, pp. 2672-2696; C. IURILLI, *Conto corrente on line e furto di identità. La controversa applicazione dell'art. 2050 cod. civ.*, in *Resp. civ.*, 1/2011 1, pp. 54-58; ID., *Il furto di identità nel settore bancario. Tutela normativa e profili risarcitori*, in *Resp. civ.*, 10/2009, pp. 806-813; A. PEPPETTI, G. PIANO MORTARI, *Credito e imprese – Le frodi per furto di identità nel credito retail: costi per i consumatori e possibili interventi*, in *Riv. banc.*, 1/2009, p. 74 ss.; P. PISA, *Furto di identità e delitto di calunnia*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2011, pp. 1466-1470.



sto settore – ossia i crimini commessi grazie alle tecnologie informatiche o telematiche – tra cui la frode informatica e l’accesso abusivo a sistemi applicativi *software* o telematici (intrusioni informatiche)<sup>68</sup>; (b) l’accertamento dell’identità delle parti: in merito al concetto di identificazione delle parti è opportuno tenere presente che la norma è già stata modificata [*infra*] ed è stata oggetto di adattamento tenendo conto del fenomeno dell’urbanizzazione e del continuo evolversi degli stili di vita e del modificarsi dello scambio di beni o servizi<sup>69</sup>. La precedente disposizione (art. 49, comma 1, l.n.)<sup>70</sup> si basava sull’accertamento ‘diretto’ dell’identità di ciascuno per aver «personalmente» conosciuto le parti (la norma prevedeva che “il notaio [dovesse] essere «personalmente» certo dell’identità personale delle parti”). Successivamente la sua formulazione è stata modificata [dall’art. 1 l. 10 maggio 1976, n. 333] nella versione attuale (“il notaio deve essere certo dell’identità personale delle parti e «può» raggiungere tale certezza, «anche al momento dell’attestazione», valutando «tutti gli elementi atti a formare il suo convincimento»”)<sup>71</sup>. Questa certezza, che la Cass. ha voluto spesso ridurre all’esibizione di due o più docu-

<sup>68</sup> La prima vera normativa contro i *cyber crime* è stata la l. 23.12.1993, n. 547 (“Modd. e intt. alle norme del c.p. e del c.p.p. in tema di criminalità informatica”), che ha modificato e integrato le norme del c.p. e c.p.c. relative alla criminalità informatica: (i) così l’art. 640-ter c.p. prevede il delitto di ‘frode informatica’, che presuppone l’alterazione del funzionamento di un sistema informatico o un intervento abusivo sul sistema o su dati o informazioni o programmi, ivi contenuti o ad esso pertinenti; (ii) l’art. 615-ter c.p. disciplina l’accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico; (iii) l’art. 625-quater c.p. prevede la detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici e telematici; (iv) l’art. 615-quinquies c.p. contempla la diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico. Altri reati informatici sono l’illecito utilizzo di carte di credito *online*, il *phishing* [pron. *fiscing*], *etc.*

<sup>69</sup> M. ANTINOZZI, *La responsabilità del notaio per attestazione d’identità personale non rispondente al vero* (nota a Cass. civ., sez. I, 17 maggio 1986, n. 3274), in *Dir. prat. ass.*, 1987, pp. 343-344; F. ANTONINO, *Sulla «identità personale delle parti»*, in *Il notaio*, 1972, p. 19; G. GIRINO, *I testimoni e l’identità delle parti dieci anni dopo*, in *Riv. not.*, 1/1986, pp. 377-384; M. MARÈ, *La responsabilità notarile per l’attestazione d’identità personale non rispondente al vero*, in *Giur. it.*, 1982, pp. 115-124 e *Id.*, in *Riv. not.*, 1982, pp. 559-572; S. NELLI, *Atto notarile e identità personale delle parti*, in *Riv. not.*, 1976, pp. 714-749; V. PACILEO, *Falso ideologico del notaio per attestazione di certezza di identità personale basata su documento di identità: un mito punitivo da sfatare (del tutto?)*, in *Cass. pen.*, 2001, II, pp. 1638-1652; G. PALERMO, *Falsa attestazione di identità personale. Note a margine degli articoli 49 e 51 della legge notarile*, in *Riv. not.*, 1976, pp. 477-497; R. RAMPIONI, *Falsità in atti ed attestazione notarile di certezza dell’identità personale dei comparenti*, in *Cass. pen.*, 1981, I, pp. 1785-1792; S. TONDO, *Accertamento della identità delle parti nell’atto notarile*, in *Riv. not.*, 1/1978, pp. 43-61; G. VECCHIO, *Ancora sui contenuti dell’accertamento dell’identità personale delle parti compiuto da notaio*, in *Vita not.*, 1993, I, pp. 151-156; G. VIOLA, «Certezza» e «convincimento» sull’identità personale: considerazioni sulla legge 10 maggio 1976 n. 333, in *Giust. pen.*, 1982, II, pp. 515-519.

<sup>70</sup> G. FULCHERIS, *Il codice del notariato*, Piacenza, 1963, p. 35.

<sup>71</sup> E. PROTETTI, C. DI ZENO, *La legge notarile, Commento con dottrina e giurisprudenza delle leggi notarili*, 5ª ed., Milano, 2009, pp. 205-211.

## JUS CIVILE



menti, deve essere fatta con il ‘prudente’ apprezzamento del notaio ‘con tutti i mezzi a sua disposizione’, dimostrando di non fermarsi mai al solo mezzo di accertamento, con una serie di mezzi non tipizzabili che sono a disposizione dello stesso. Ne deriva che, se questi strumenti potessero essere utilizzati a distanza, l’accertamento potrebbe essere condotto adeguatamente, come d’altronde può avvenire anche con l’atto in presenza: infatti, anche in questo caso si possono incontrare soggetti mai visti in precedenza (si pensi a un venditore che per la prima volta si presenta nello studio del notaio e non vi è stata la possibilità di conoscerlo in precedenza), per i quali non è sufficiente il controllo di un paio di documenti o del tesserino del codice fiscale; per costoro, infatti, bisogna porre in essere tutte quelle verifiche che arrivino a convalidare l’identità personale da parte del notaio. Se si tratta, pertanto, di dare certezza dell’identità personale di qualcuno, la procedura non è semplice – ai giorni nostri – poiché gran parte dei documenti di identità sono in formato analogico e sono spesso trasmessi in formato digitale: si tratta, pertanto, di garantire la corretta “trasformazione” dal “formato analogico a quello digitale” da parte di chi trasmette i *files*. Occorre raggiungere la certezza che il *file* trasmesso in formato sicuro non riproduca un documento falso o che lo stesso non sia stato alterato prima della sua trasformazione in formato digitale. In sostanza, non è sufficiente che il *file* trasmesso sia imm modificabile, giacché il momento centrale del processo logico di “accertamento dell’identità” è quando il documento in formato analogico è trasformato in formato digitale «dopo» avere accertato la sua autenticità. In conclusione il notaio deve essere sempre il soggetto responsabile di quest’attività di accertamento; (c) l’indagine della volontà delle parti: si deve accertare che la «volontà» sia «libera» e «consapevole»; inoltre lo scopo del notaio è anche quello di “superare” le nuove simmetrie informative e dare forma legale alla volontà contrattuale delle parti. È necessario, per raggiungere lo scopo, uno scambio di idee, di proposte e di documenti tra le parti, attraverso la mediazione del notaio, che dovrà dare una veste giuridica conforme al diritto e dirimere le incertezze e i dubbi delle parti. C’è da chiedersi, allora, se i «limiti» di una video-conferenza a distanza lo consentano e se gli strumenti tecnici di collegamento siano all’altezza del loro compito. Le parti avranno la stessa spontaneità e disinvoltura di quando si trovano fisicamente nello studio del notaio? Gli strumenti da utilizzare possono definirsi, allo stato attuale, idonei ed essere utilizzati da chi non è esperto in tecnologie o nel settore in cui opera il programma, giacché la clientela del notaio non è solo composta da grandi imprenditori e professionisti o da chi opera in settori informatici, ma anche, e in gran parte, da “gente comune”? Chi può assicurare l’esperienza informatica di un contraente che si collega e segue l’atto notarile in remoto? Se un contraente è persona poco istruita o che abbia di-



sabilità particolari (l'intervento in atto o anche in un testamento pubblico di chi non sappia o non possa leggere e scrivere, del sordo, sordomuto e del cieco *ex artt.* 48, 56, 57 l.n.), il notaio può rendersene conto *de visu*, ma se il contraente è un analfabeta informatico, pur essendo di media cultura, come potrà rendersene veramente conto il notaio? Il rischio è che la vera trattativa si sposti in altre sedi e presso altri professionisti che non hanno la qualificazione adeguata di equilibrio e di garanzia. Inoltre è opportuno evitare che la videoconferenza diventi solo la conclusione di attività svolte altrove e che il ruolo di garanzia del notaio diventi marginale e solo un inutile "peso" per un lavoro svolto da altri in altre sedi. L'aspetto più rischioso attiene alla "verifica", alla c.d. "funzione di adeguamento" della volontà delle parti e alla verifica che non ci siano coercizioni della volontà dei contraenti e che non ci sia la presenza fisica "nascosta" di soggetti che, in qualche modo, possono esercitare 'violenza' o 'condizionamento' sui contraenti. Pertanto, con un atto "da remoto", quali certezze si hanno che le parti esprimano volontariamente e liberamente la loro volontà senza la presenza di soggetti che possono condizionare le parti? Per verificare se certi comportamenti e tecniche possano essere utilizzate nella generalità dei casi è necessario concentrarsi su "casi marginali" o "limite"; (d) l'atto a distanza «non» deve diventare uno strumento che favorisca il «riciclaggio» e la «criminalità» (tanto che il Congresso U.S.A. sta adottando una normativa contro le s.r.l. *on line*, poiché gli Statunitensi si sono resi conto che le società *on line* sono strumenti di riciclaggio e di criminalità<sup>72</sup>). Infatti, il «problema dell'antiriciclaggio» – ovvero dei «controlli antiriciclaggio» – costituisce una componente 'fondamentale' dell'attività del notaio. L'assolvimento degli obblighi antiriciclaggio è, infatti, strettamente connesso con il «controllo di legalità», che non è altro che una conferma della regola che «vieta» al notaio di ricevere atti che contengano "disposizioni *contra legem*" – giacché "*contra legem facit qui id facit quod lex prohibet*" [ossia 'agisce contro la legge colui che compie ciò che la legge proibisce'] – principio, quest'ultimo, che continua con l'ulteriore e conseguente regola, *in re ipsa*, "*in fraudem legis vero qui, salvis verbis, legis sententiam eius circumvenit*" ['contro la legge (agisce) colui che, fatte salve le parole, aggira la sostanza di quella legge']<sup>73</sup>. La normativa antiriciclaggio<sup>74</sup> prevede che i soggetti destinatari degli

<sup>72</sup> P. PICCOLI, *Ruolo dell'atto a distanza e rilievo sociale*, in *Convegno on line L'atto a distanza*, cit.

<sup>73</sup> A norma dell'art. 28 l.n. – disposizione fondamentale per l'attività pubblicistica del notaio – il notaio non può ricevere o autenticare atti se sono "espressamente" proibiti dalla legge o "manifestamente" contrari al buon costume o all'ordine pubblico o se vi intervengano, come parti, il proprio coniuge, i suoi parenti o affini in linea retta (in qualunque grado) e in linea collaterale fino al terzo grado (incluso), ancorché vi partecipino in qualità di procuratori, tutori o amministratori, e se contengano disposizioni che interessino lui stesso, il proprio coniuge, o alcuno dei suoi parenti o affini nei detti gradi, o persone delle quali egli sia



obblighi di adeguata verifica della clientela e di segnalazione delle operazioni sospette di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo possano svolgere i loro compiti anche senza la presenza fisica del cliente – c.d. “identificazione a distanza” – ed effettuare le segnalazioni di operazioni sospette “per via telematica”, con modalità idonee a garantire la riferibilità della trasmissione dei dati ai soli soggetti interessati, nonché l’integrità delle informazioni trasmesse (artt. 28, comma 3 e 45, comma 4, d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231). Tali “modalità idonee” sono individuate dalle autorità di vigilanza di settore – Banca d’Italia, Consob (Comm. naz. per le società e la Borsa), Ivas (Ist. per la vigilanza sulle assicurazioni) – tenendo conto dell’«evoluzione» delle «tecniche di identificazione a distanza». Questa prerogativa non è invece stata prevista per gli ordini professionali (che sono definiti, dalla normativa antiriciclaggio, ‘organismi di autoregolamentazione’). Il Comitato di sicurezza finanziaria (‘CSF’) ha stabilito che l’identificazione a distanza sia, per ora, riservata solo agli intermediari finanziari, alle banche e ai soggetti vigilati dalla autorità di settore e non dai professionisti in genere, per precisa scelta di politica legislativa del legislatore, ritenendo – probabilmente – la categoria dei professionisti non ancora in grado di assolvere, con ‘rigore’ e ‘indipendenza’, alle previsioni (forse per loro realtà composita, che va dal piccolo professionista a grandi studi paragonabili a vere e proprie ragguardevoli imprese) dell’esatta certezza dell’identità digitale e/o dell’identità personale dei contraenti. La questione va, tuttavia, opportunamente valutata, con particolare riferimento alla “fattibilità” e successiva “regolamentazione normativa” dell’atto a distanza’, dal momento che l’identità digitale delle parti può effettuarsi, allo stato attuale della normativa, solo attraverso un “algoritmo” e se questo obbligo di “identificazione” possa ritenersi “adempito” se il notaio accerti l’identità digitale delle parti attraverso un algoritmo redatto da una qualsivoglia società di *software* o se, al contrario, non possa essere meglio adempiuta l’identificazione informatica a mezzo di una società direttamente ‘domi’, sotto il controllo esclusivo e creata dal notariato medesimo, attraverso il CNN (Cons. Naz. Notariato). In caso contrario, il notaio, tutt’al più, potrebbe essere chiamato a «dar atto» delle «risultanze» del processo informatico, ma, in questo caso, verrebbero a cadere quelle “certezze” [‘*veritas*’ e ‘*fides publica*’<sup>75</sup>], che la legge ha voluto attribuire istituzionalmente al notaio, a tutela delle parti, esposti, ai ns. giorni, tra l’altro, ai grandi

---

procuratore per l’atto da stipularsi.

<sup>74</sup> La c.d. ‘SOS’ (la ‘segnalazione delle operazioni sospette’ di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo da parte dei professionisti), per i più, è giudicata farraginosa e complessa, al contrario di ciò che dovrebbe essere un’attività informatica, che dovrebbe, invece, essere caratterizzata da efficacia, facilità, snellezza, velocità e quindi risparmio di tempo.

<sup>75</sup> M. DI FABIO, *Manuale di Notariato*, 3a ed., Milano, 2014, p. 5 ss.



rischi dei furti dell'identità; (e) il notaio – che nella ns. tradizione giuridica ha un ruolo essenziale nella formazione della volontà delle parti e dell'atto – rischia di diventare più un documentatore che non un “notaio giurista di prossimità”, facendo un salto all'indietro nel tempo in cui il notaio era uno “scriba” di altre figure legali; (f) l'atto a distanza «non» deve rischiare di perdere la pubblica fede (*fides publica*) che conferisce all'atto pubblico [in questo caso del notaio] una «particolare forza probante», giacché esso fa “piena prova”, fino a querela di falso, sia della ‘provenienza’ del ‘documento’ dal pubblico ufficiale che l'ha formato, sia delle ‘dichiarazioni’ delle parti, sia degli ‘altri fatti’ che il pubblico ufficiale «attesta avvenuti in sua presenza» o da «lui compiuti» (comb. disp. artt. 2700 cod. civ. e 221 ss. c.p.c.)<sup>76</sup>. In essa è insita la certezza giuridica che l'ordinamento giuridico attribuisce a determinati fatti, rapporti, forme esteriori, oggetti, segni o altro e dei valori assegnati alle azioni umane dalle norme giuridiche che le qualificano<sup>77</sup>; (g) il ricevimento delle volontà testamentarie del testatore, in un testamento pubblico, da parte del notaio, il quale le mette per iscritto dopo che gli vengono illustrate «personalmente» dal testatore. Il distanziamento fisico con il testatore, in questa fase delicata e riservatissima, non permetterebbe al notaio di accertare che il testatore, collegato telematicamente, non sia indotto, o peggio minacciato, da terzi presenti nel luogo di collegamento, e ciò può rendere molto più difficile e in certi casi impossibile l'obiettivo finale; (h) in merito ai problemi se l'atto a distanza possa aumentare i rischi del venir meno della personalità della prestazione e se si ritenga adeguato l'attuale sistema legislativo e deontologico oppure se si debbano adottare nuovi sistemi di regolamentazione; uno dei problemi più controversi dell'atto a distanza è ritenere che – mancando il “contatto fisico” diretto fra le parti e il notaio, costretti da un momento eccezionale di confinamento e isolamento [*lockdown*] – il requisito della personalità della prestazione, con l'adozione dell'atto a distanza, potrebbe perdersi. Ebbene, se è vero che l'atto è la fine di un procedimento, dove l'intervento del notaio governa tutta una serie di fasi distinte, che porta

---

<sup>76</sup> A. CRISTIANI, *Fede pubblica*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 177 ss.; M. DI FABIO, *Manuale di notariato*, cit., p. 12 ss.; A. MALINVERNI, *Fede pubblica*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 69; A. NAPPI, *Fede pubblica*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 1; etiam F. ANTOLISEI, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, in *Riv. dir. pen.*, 1951, p. 625; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1950; F. CARNELUTTI, *Teoria del falso*, Padova, 1935; C. CIVOLI, voci *Falso*, *Fede pubblica*, in *Enc. giur. it.*; G. EBNER e E. ROMANO DI FALCO, voce *Fede pubblica (Delitti contro la)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1938, vol. V, p. 1027; G. LOMBARDI, *Delitti contro la fede pubblica*, in *Tratt. Florian*, Milano, 1935; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1950, vol. VI.

<sup>77</sup> CICERONE, *De officiis*, lib. II, c. X, la fede pubblica è definita “il vincolo più stretto che tiene unita la società”; G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, 1<sup>a</sup> ed. Napoli, 1780-1785, ult. ed. Napoli, 2003; voce *fede*, in *Enc. on line Treccani*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it); D. DI LEO, *La pubblica fede*, in [www.nuovefrontierediritto.it](http://www.nuovefrontierediritto.it).



poi alla materiale conclusione del negozio giuridico, si è avvertito che, proprio dall'applicazione materiale delle regole di distanziamento forzato, in questi momenti di 'applicazione concreta' delle misure limitative negli spostamenti personali<sup>78</sup>, la presenza fisica del notaio possa essere sostituita, in maniera sufficiente, dai mezzi tecnologici di sistemi di videoconferenza, almeno in certe fasi (come nei colloqui e consultazioni con le parti, che, non sempre, possono essere efficacemente sostituibili per iscritto con *e-mail*)<sup>79</sup>. Ne deriva che tali sistemi, pur essendo utilissimi «per l'emergenza» (in caso di distanziamento forzato e quando le parti risiedono in luoghi lontani tra loro), tuttavia, «non» sostituiscono il rapporto umano con le parti derivante da un colloquio diretto di persona, eventualmente anche attraverso un sistema di «videoconferenza congiunta»<sup>80</sup>. Comunque, il rapporto personale prescritto dalla legge [*rectius* la sua presenza] non può cadere nel nulla, giacché altre figure – non certo supportate da secoli di «legalità» – occuperanno lo spazio lasciato vacante. Se verrà meno il requisito della personalità della prestazione – che è data dalla lettura e dalla presenza fisica – ci si renderà conto che effettivamente «la vicinanza dava la personalità». Cadrà così anche l'obbligo di legge dell'«adeguamento della volontà» (*rectius* la funzione di adeguamento), che difficilmente potrà essere effettuata, dal momento che la «comunicazione personale» non è solo quella verbale, ma è costituita anche da gesti, battute, espressioni del viso, respiri, toni di voce, che nella video-conferenza a stento si riusciranno a intuire. Tuttavia il rischio per il principio della personalità della prestazione è elevatissimo, proprio perché la «vicinanza fisica» e il «ministero» stesso del notaio richiedono la sua presenza personale. Nello specifico della questione si è di fronte, più che a un atto a distanza, a un notaio a distanza<sup>81</sup>. Dobbiamo renderci conto che oggi l'attività notarile non si esaurisce nell'atto finale di ricevimento dell'atto, come sembra far intendere la locuzione di «atto a distanza»: l'attività notarile è, invece, un fenomeno costituito da 'varie fasi' (l'incontro con le parti, la c.d. funzione di

---

<sup>78</sup> Le misure di *lockdown*, ritenute necessarie a contenere la diffusione dell'epidemia, sono state la quarantena dei soggetti a rischio o positivi, l'isolamento domestico, addirittura *intra moenia*, il divieto o limitazione degli assembramenti, insomma ogni tipo di distanziamento sociale e personale *inter liberos et inter virum et uxorem*. Cfr. voce *lockdown*, in *Vocabolario on line* Treccani, 2020, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>79</sup> M. MANGHI, *Personalità della prestazione, concentrazione degli atti e deontologia*, in *Convegno on line, L'atto a distanza*, 30 aprile 2020, cit.

<sup>80</sup> La videoconferenza congiunta è stata, tra l'altro, da ultimo (periodo emergenza Covid-19), utilizzata anche per le riunioni delle Commissioni parlamentari (es. l'Audizione tra ministri e Comm. congiunte di Camera e Senato) e per riunioni di Capi di Governo (ne è un es. la videoconferenza tra il Pres. Conte e la Pres. della Comm. UE Ursula von der Ley dell'11 marzo 2020 sull'emergenza coronavirus).

<sup>81</sup> G. SCIUMBATA, *Convegno on line L'atto a distanza, Identificazioni delle parti, adeguamento della volontà*, cit.



adeguamento – ossia la “mediazione tra il fatto e il diritto” e l’indagine della volontà delle parti *ex art. 47 l.n.* per riportare la volontà delle parti all’atto stipulando, il fornire – se richiesto – il testo dell’atto alle parti per un loro esame preventivo, la stipula, gli adempimenti *post stipula, etc.*) e non si esaurisce nella fase conclusiva della “stipulazione”. Pertanto, a ben vedere, ciò che viene chiamato “atto a distanza” [*rectius* stipula] è una frazione che si colloca all’interno di un più ampio “procedimento”. Il c.d. ‘atto a distanza’ dovrebbe, invece, essere più propriamente inteso come uno «strumento» che si affianca all’attività complessiva che porta alla materiale conclusione dell’accordo negoziale. Ciò che avviene “a distanza” è, in realtà, la fase conclusiva e si affianca all’attività generale notarile. La formulazione dell’indagine della volontà delle parti secondo il disposto dell’art. 47, comma 2, l.n. è sempre una formula attuale, che va parametrata alla tipologia di atti, dal momento che vi sono gli atti propriamente negoziali, che necessitano di un’approfondita attività di adeguamento, e gli atti *mortis causa*, che richiedono un’altrettanta grandissima attenzione, ma vi sono gli atti di certificazione, dove l’attività di adeguamento è minore, pur richiedendo sempre la presenza del notaio in quanto pubblico ufficiale titolare della *fides publica*.

**8.** – Questi cambiamenti continui e i meccanismi dell’evoluzione devono essere «disciplinati da regole legali, etiche e sicure»<sup>82</sup>. Bisogna però che il mondo del diritto si prepari a questi rapidi cambiamenti e decidere, attivamente, di innovare senza perdere l’essenza di base di «funzione pubblica» e con «regole sicure» e percorrere – finalmente – il cambiamento, anticiparlo, preparandosi al futuro «in ambito pubblicistico», «governato dallo Stato», a servizio della funzione pubblica [ad es. a mezzo di piattaforme telematiche pubbliche o a controllo pubblico o a controllo notarile gestite dal Cons. naz. not. e «non» da strutture commerciali di natura privatistica], regolato da un preciso apparato legislativo e deontologico, a tutela della *fides publica*<sup>83</sup> e che garantisca legalità, etica e

---

<sup>82</sup> U. MATTEI, *Regole sicure. Analisi economico-giuridica comparata per il notariato*, Milano, 2006, *ibi*, l’A. evidenzia, effettuando un’analisi economica del diritto, che la scelta, per un Paese, di una soluzione o di un’altra, in diritto, è una scelta di sistema e economica, una scelta economica basata su ciò che conviene ad ogni singolo Paese in termini di costo per il sistema giustizia e di costo per il cittadino (per la realizzazione della “certezza del diritto”).

<sup>83</sup> P. SCHULTE, *Nascita della fides publica*, in *Scripturae publicae creditur*, XII, Tubinga, 2003, p. 362; C. CAROSI, *Hinc Publica Fides. Il Notaio e l’amministrazione della giustizia*, in Atti del Convegno internazionale di studi storici, organizzato dal Consiglio Notarile di Genova sotto l’egida del CNN, Genova, 8-9 ottobre 2004, a cura V. Piergiovanni, Milano, 2006, p. 4 ss., *ibi* M. AMELOTTI, p. 11 ss., in merito alla *publica fides* del documento notarile – *fides* sempre avuta nella storia del diritto – e alla equiparazione fra



conformità degli atti alle regole giuridiche, rifuggendo condotte illegali e incontrollabili, che possano occultarsi nelle tecniche avanzate, in considerazione della loro complessità, per il sentire comune, di certe tecnologie *web* e di sistemi informatici complessi (algoritmi e strutture dati, ingegneria del *software* e della comunicazione multimediale), in evoluzione incessante<sup>84</sup>. Pertanto, citando A. Manzoni (*I Promessi Sposi*, cap. XIII), quando, durante la peste del 1630, il Gran Cancelliere spagnolo del Ducato di Milano Antonio Ferrer si rivolge, tra la folla minacciosa, al suo cocchiere, pronunciando una frase che è stata poi consegnata alla storia: “*Adelante, Pedro, si puedes Pedro, adelante con juicio*”<sup>85</sup>, anche noi moderni dobbiamo essere molto prudenti nell’assecondare il progresso. L’atto a distanza non è – almeno *hic et nunc* – un’esigenza sociale<sup>86</sup>: infatti l’utenza, che si potrebbe definire ‘comune’ e ‘tradizionale’, fino alla pandemia, non ha dimostrato esigenze e richieste specifiche anche con riguardo all’atto informatico [*supra*] – fattispecie diversa dell’atto a distanza con il quale viene confuso, talvolta, con una sessione per video-conferenza [o c.d. via *skype*]. Certo è che un atto a distanza, per es., di una compravendita immobiliare comporterebbe il vantaggio di semplificare l’intervento di alcune persone che avrebbero la possibilità di partecipare alla stipula dell’atto<sup>87</sup>. La sicurezza, certo, è e sarà sempre una condizione imprescindibile, ma non si possono bloccare le attività economiche e pertanto un Paese intero, perché qualcuno ritiene – ‘*perpĕram*’ – che «non» ci siano gli strumenti giuridici per stipulare atti notarili “a distanza” e perché importanti settori della ns. economia [banche] sono ancora ancorate al “si è fatto sempre così” e “non si può fare diversamente perché non si è mai fatto”, ignorando che il notaio è proprio quel soggetto a cui lo Stato ha attribuito il «controllo di legalità» degli atti stipulati e stipulandi<sup>88</sup> *ex art. 28 l. n. 89/1913* (Ord. del notariato e degli

---

quest’ultimo e la sentenza con riferimento all’immediata esecutività e all’argomento del falso documentale inteso come tradimento della *fides publica* quale «assoluta affidabilità» del documento notarile.

<sup>84</sup> SUN TZU, *L’arte della guerra*, Milano, 2013, antico testo di arte militare cinese, usato, al pari di altre opere di cultura cino-giapponese, per molti aspetti della vita, dell’economia e della conduzione degli affari, *ibi* chiarisce che “non bisogna mai farsi ingaggiare sul terreno del nemico nel momento sbagliato”.

<sup>85</sup> “Avanti, Pedro, se puoi, Pedro, avanti con cautela”.

<sup>86</sup> *Ita etiam* P. PICCOLI, *Ruolo dell’atto a distanza e rilievo sociale*, in *Convegno on line*, di cui *infra*; *ibidem* M. KROGH [*infra*]; *ibidem* A. PANZERA, *Personalità della prestazione, concentrazione degli atti e deontologia*, in *Convegno on line*, cit., *ibi* secondo cui si sente invece l’esigenza di risolvere il problema ‘tra persone distanti fra loro’, che potrebbe essere risolto con modifiche normative a procedimenti tecnologici che non rendono necessario ciò che è di fatto, secondo il relatore, l’atto a distanza (cioè l’atto in video conferenza).

<sup>87</sup> L.M. CAPUANO, *Competenza territoriale*, in *Convegno on line*, cit.

<sup>88</sup> M. SILVA, *L’art. 20 comma 7 bis del d.l. 24 giugno 2014 n. 91: semplificazione procedimentale e valorizzazione del controllo notarile*, Studio n. 198-2018/I, appr. dalla Comm. St. d’Impr. del CNN il 13 settembre 2018, in [www.notarato.it](http://www.notarato.it); M. MIANO, *Controllo di legalità e ambito dell’art. 28 L.N.*, in

## JUS CIVILE



archivi notarili), secondo cui “il notaio non può ricevere o autenticare atti se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all’ordine pubblico”. Ebbene, si deve ritenere utile – se non è possibile avere la presenza delle parti – avere allora in “surroga”<sup>89</sup> la presenza diretta “a distanza” delle parti tramite un atto a distanza, ovviamente con le dovute garanzie di legalità predette e nel senso “suddetto” [*supra*]? Una soluzione potrebbe essere la scelta di poter stipulare certi atti per via telematica, altri invece no. Ma sarebbe come classificare l’attività negoziale e testamentaria in atti di serie A e atti di serie B e, di conseguenza, gli uni verrebbero “liberalizzati”, gli altri invece no. Occorre, quindi, una «normativa precisa e dettagliata» dell’atto notarile a distanza [o meglio in “teleconferenza”], che va studiata e deliberata, e che è condizione necessaria per garantire il rapporto fiduciario tra il notaio e il contraente più debole. Questi principi dovranno essere posti a salvaguardia dell’interesse esclusivo del cittadino<sup>90</sup> – e non certo di contraenti forti, di ‘players’ difficilmente controllabili – non certo “disinnescando” una legge (quella del notariato del 1913 che è rimasta attualissima per tanti anni e lo è ancora in molti suoi aspetti base), ma “innovandola” in quei punti che devono essere adattati all’evoluzione dei tempi e che non poteva, di certo, considerare gli strumenti innovativi sopravvenuti e che verranno nel prossimo futuro, scrivendo delle regole che potranno valere nel tempo, giacché l’innovazione tecnologica è solo uno strumento attraverso il quale si deve esplicitare meglio la funzione pubblica, ribadendone i principi fondamentali, tre in particolare, ossia la funzione di adeguamento, la personalità della prestazione e la presenza sul territorio, facendo sì che questi siano compatibili con le innovazioni tecnologiche, utilizzando quegli strumenti moderni flessibili, che permettano al cittadino, o a gran parte di essi, di “interagire” meglio con il notaio e con la struttura del notariato, dando invece un’opportunità in più ai cittadini, mantenendo saldi quei principi e presidi base a tutela del territorio e dei diritti delle Genti. In caso di un intervento legislativo che introduca l’«atto notarile a distanza» o «in teleconferenza» quali sono le garanzie minime che dovranno essere adottate? Dal punto di vista tecnologico è sicuramente necessario che venga creata una «piattaforma sicura» di tele-video-conferenza pluripersonale con la possibilità di vedersi e di interagire tra le parti e con il No-

---

[www.fondazione-notariato.it](http://www.fondazione-notariato.it); COMITATO INTERREGIONALE DEI CONSIGLI NOTARILI DELLE TRE VENEZIE, *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di atti societari*, Milano, 2015; CONSIGLIO NOTARILE di COSENZA, *Competenze del notaio*, in [www.consiglionotarilecosenza.it](http://www.consiglionotarilecosenza.it).

<sup>89</sup> Dal lat. *subrōgare*, sostituire (comp. di *sub* e *rogare*); propr. “sostituzione una persona o una cosa con un’altra persona o con un’altra cosa”.

<sup>90</sup> L.M. CAPUANO, *Competenza territoriale*, in *Convegno on line*, cit.



taio, con una «tecnologia avanzata al servizio esclusivo della funzione pubblica». Il pericolo maggiore è quello della concentrazione degli atti in mano al c.d. “contraente forte” (banche, società finanziarie e di *leasing*, quel lavoro che è “veicolato” da altri soggetti terzi, come agenzie immobiliari, associazioni di categoria, sindacati, *etc.*)<sup>91</sup>, quando invece l’esecuzione di un rigoroso atto a distanza e l’intero procedimento di stipula presso la piattaforma ‘*domi*’ dovrebbero consentire di limitare l’eccessiva concentrazione di lavoro. Oltre all’aspetto tecnologico dovranno essere previste una serie di altre norme per regolamentare l’atto a distanza, che dovrà essere naturalmente “informatico”, tra cui le più essenziali sono: (a) anzitutto dovrà essere richiesta tale modalità di stipula dell’atto all’unanimità da tutti i soggetti coinvolti, i quali dovranno dichiarare di conoscere le modalità applicative per la videoconferenza, per esprimere le proprie volontà (consenso) e per la sottoscrizione digitale, al pari del tempo passato in cui le parti dichiaravano al notaio di “saper leggere e scrivere”; (b) sarebbe auspicabile prevedere per quei cittadini “informaticamente analfabeti” di farsi assistere, sotto l’aspetto tecnologico (per il collegamento audio-video e per l’uso di strumenti per la sottoscrizione) da persona di loro fiducia; (c) gli intervenuti dovranno trasmettere ed essere identificati con documenti d’identità digitali (carta identità digitale ovvero copie digitali conformi agli originali cartacei); (d) essendo l’atto necessariamente “informatico”, i medesimi intervenuti dovranno essere dotati di firma digitale valida (secondo gli standard vigenti) o di *signature pad* [c.d. tavoletta] per la firma grafometrica.

9. – Con l’avvento della ‘pandemia’ siamo entrati di forza in una nuova epoca, quella digitale, ma soprattutto “a distanza”. Tutto il sistema, nel periodo di *lockdown*, per superare l’isolamento fisico, ha dovuto utilizzare, per vari motivi, le numerose piattaforme informatiche per collegarsi con le aziende per lavoro (*smart working*), con le scuole e l’università per lo studio, con i professionisti per consulenze *etc.*, come pure i giornalisti per effettuare interviste, ma anche semplicemente per comunicare con i propri familiari o amici. Sono intervenuti anche i decreti legge che hanno facilitato lo scambio di documenti e contratti e lo svolgimento dell’attività giudiziaria in videoconferenza. Le necessità di questo periodo pandemico hanno sicuramente dato una svolta epocale alle abitudini delle persone ed è quindi arrivata anche per il notariato, seppur in un momento

---

<sup>91</sup> Già oggi si assistono a questi accentramenti in materie particolari, ad es. gli atti di quietanza delle surroghe, i contratti di riscatto di *leasing*, la redazione dei certificati catastali e sostitutivi per le esecuzioni immobiliari, giacché gli Istituti di credito li concentrano in uno o pochi notai di loro riferimento.

## JUS CIVILE



drammatico, quella spinta di evolversi e di accogliere la possibilità di stipulare atti notarili “a distanza”. Naturalmente «dovranno» essere adottati «provvedimenti legislativi» di «rigore» sotto tutti i punti di vista, per assicurare il rispetto di tutte le “norme di legalità”, tra cui (a) l’accertamento rigoroso dell’identità personale (*ex l.n. [art. 51]*: “l’atto deve contenere la dichiarazione della certezza dell’identità personale delle parti”); (b) l’acquisizione del consenso [autonomo, indipendente, in nessun modo costretto e condizionato; si ricordi che i notai sono “ufficiali pubblici” istituiti per ricevere gli ‘atti tra vivi’ e di ultima volontà e attribuire loro ‘pubblica fede’]; (c) la “personalità della prestazione” del notaio; (d) ogni altra garanzia che contraddistingue tradizionalmente da sempre il notariato di tipo latino (*ex l.n. [art. 47]* “l’atto notarile non può essere ricevuto [che] dal notaio che ‘indaga’ la volontà delle parti e ‘sotto la propria direzione e responsabilità’ cura la ‘compilazione integrale’ dell’atto). In conclusione l’atto a distanza consiste in un atto informatico da remoto ricevuto dal notaio senza la presenza fisica delle parti nel suo studio, ma con la “presenza telematica” delle stesse parti, ubicate anche in luoghi diversi tra loro, tutti collegati con il notaio in videoconferenza: quindi esso è un atto a pieno titolo che si svolge con un nuovo *modus exprimendi*.



MARÍA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Catedrática de Derecho Civil – Universidad de Cádiz

## MATRIMONIOS FORZOSOS Y PRECOCES EN DERECHO CIVIL ESPAÑOL

SOMMARIO: 1. El punto de partida: Resolución del Parlamento Europeo Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados. – 2. Edad mínima para contraer matrimonio civil. – 3. Referencia a los matrimonios forzados. – 4. Normas jurídicas discriminatorias en sede de matrimonio. – 5. Disposiciones penales aplicables al matrimonio infantil.

1. – La reciente publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de la Resolución del Parlamento Europeo *Hacia una estrategia exterior de la Unión contra los matrimonios precoces y forzados: próximas etapas*<sup>1</sup>, vuelve a poner el foco de atención sobre una cuestión que no deja de causar sonrojo en la muy civilizada Europa, como son los matrimonios forzados que se ven compelidas a contraer niñas y adolescentes en todo el mundo. Las cifras que se muestran en los considerandos de la referida Resolución son verdaderamente escalofrantes<sup>2</sup>. Y no sólo es la libertad personal el valor al que se atenta con estos matrimonios, pues también pueden suponer un grave riesgo para la salud de estas niñas, en cuanto suponen un incremento del riesgo de embarazos no deseados y

---

<sup>1</sup> Resolución de 4 de julio del 2018, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 8.4.2020.

<sup>2</sup> “Considerando que, en la actualidad, más de 750 millones de mujeres han contraído matrimonio antes de cumplir dieciocho años, y que 250 millones de ellas lo han hecho antes de cumplir quince años; que en la actualidad hay alrededor de 40 millones de niñas de entre quince y diecinueve años casadas o viviendo en pareja; que, cada año, unos 15 millones más se casan antes de los dieciocho años, cuatro millones de ellas antes de los quince años; que 156 millones de niños también se han casado antes de los dieciocho años, 25 millones de ellos antes de los quince años; que los matrimonios infantiles, precoces y forzados son más frecuentes en las regiones pobres e infradesarrolladas; que el número de matrimonios infantiles, precoces y forzados tiende a aumentar con el crecimiento de la población mundial; que un reciente informe de Unicef estima que, en 2050, alrededor de 1200 millones de niñas habrán contraído matrimonio antes de cumplir dieciocho años; que nueve de los diez países con las tasas más elevadas de matrimonio infantil están clasificados como Estados frágiles ...”.



precoces con elevadas tasas de mortalidad materna e infantil<sup>3</sup>. Pero, además, contrariamente a la percepción general que se pueda tener de este tema, no es un problema exclusivo de terceros países, sino que afecta también a algunos Estados miembros.

Por tal motivo, la Resolución, tras efectuar una relación pormenorizada de normas internacionales relativas a la materia, así como una descripción de los riesgos y peligros derivados de tales uniones forzadas y precoces, sus causas y repercusiones a nivel mundial, formula una serie de peticiones a los Estados miembros relativas a la adopción de un elenco de medidas que se extienden desde el ámbito jurídico al económico, pasando por el de la cooperación internacional en su más amplio significado. Entre las primeras estarían la fijación de la edad mínima para contraer matrimonio en los 18 años, la eliminación de las disposiciones jurídicas discriminatorias en relación con el matrimonio, así como una aplicación estricta del Derecho penal en relación con los matrimonios infantiles.

Quizá la parte más ambiciosa de la resolución sea la petición formulada a la Unión Europea para que, en el marco de su política exterior y su política de cooperación al desarrollo, ofrezca un pacto estratégico a sus socios y exija, entre otros extremos:

– Que todos sus países socios prohíban los matrimonios infantiles, precoces y forzados, incluida la supresión de cualquier disposición que pueda permitir, justificar o dar lugar a matrimonios infantiles, precoces o forzados y, en especial, de las que permiten a los autores de violaciones, abusos sexuales, explotación sexual, secuestros, trata de personas o formas contemporáneas de esclavitud eludir el enjuiciamiento y el castigo si contraen matrimonio con sus víctimas.

– La movilización de los recursos necesarios para conseguir este objetivo.

Siendo conscientes de la magnitud y extensión de las peticiones formuladas a los Estados miembros, en el presente trabajo vamos a centrarnos, en exclusiva, en aquellas que, teniendo un alcance propiamente jurídico, se refieren a las modificaciones que, en su caso, habrían de producirse en el Derecho interno en orden a cumplir con el objetivo básico de la Resolución. A estas limitaciones cuantitativas del objeto de estudio, de otra parte, añadimos otra de ámbito geográfico, pues sólo vamos a detenernos en el caso español.

**2.** – En España no está fijada de forma expresa la edad mínima para contraer matri-

---

<sup>3</sup> Según el texto de la propia Resolución, “... el matrimonio infantil también puede acarrear trabajos forzados, esclavitud y prostitución ...”.



monio, aunque sí se hace de forma implícita en el art. 46.1º del Código civil (en adelante, CC), cuando señala que “no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados”. Dado que la emancipación en nuestro Derecho se puede obtener a partir de los 16 años<sup>4</sup>, de la combinación de ambos grupos de normas se extrae como conclusión que, a partir de esa edad (y siempre que se haya obtenido la emancipación), el menor puede contraer válidamente matrimonio conforme al Derecho civil español.

En su redacción originaria, el CC prohibía contraer matrimonio “al menor de edad que no haya obtenido licencia, y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la Ley”<sup>5</sup>, siendo así que no se establecía una edad mínima para contraer matrimonio. Habrá que esperar a 1981 para que se prohíba de manera expresa el matrimonio de los menores de edad no emancipados, si bien, hasta la reforma del año 2015, el juez podía dispensar el impedimento de edad para contraer matrimonio a partir de los 14 años. Quiere ello decir que, en España, hasta fecha relativamente reciente, era teóricamente posible contraer matrimonio civil válido a partir de los 14 años<sup>6</sup>. Y subrayamos la idea del carácter hipotético del supuesto porque, en la práctica, con el devenir del tiempo, este tipo de matrimonios ha resultado algo completamente excepcional.

En tal sentido, siendo necesaria la concurrencia de una “justa causa” para que hubiera sido posible la concesión de la correspondiente dispensa<sup>7</sup>, la interpretación de lo que debía tenerse por tal no ha sido siempre objeto de una interpretación unívoca.

Así, una de las circunstancias más frecuentemente alegadas para solicitar la dispensa ha sido el embarazo de la menor, respondiendo esta idea, muy probablemente, a una

---

<sup>4</sup> Arts. 314 y siguientes del CC.

<sup>5</sup> Art. 45 en la redacción del CC de 1889. En el caso de los menores, esa licencia debía ser concedida “... a los hijos legítimos por el padre; faltando éste, ó hallándose impedido, corresponde otorgarla, por su orden, a las madres, a los abuelos paterno y materno, y, en defecto de todos, al consejo de familia. Si se tratare de hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión Real, el consentimiento deberá ser pedido a los que los reconocieron y legitimaron, a sus ascendientes y al consejo de familia, por el orden establecido en el párrafo anterior. Si se tratase de hijos adoptivos, se pedirá el consentimiento al padre adoptante, y, en su defecto, a las personas de la familia natural a quienes corresponda. Los demás hijos legítimos obtendrán el consentimiento de su madre cuando fuere legalmente conocida; el de los abuelos maternos en el mismo caso, y, a falta de unos y otros, el del consejo de familia. A los jefes de las casas de expósitos corresponde prestar el consentimiento para el matrimonio de los educados en ellas” (art. 46).

<sup>6</sup> Incluso existe algún pronunciamiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), en la que este órgano ha tenido que refrendar la negativa a autorizar el matrimonio de una menor que ni siquiera había alcanzado ese límite de edad (RDGRN de 30 de diciembre de 1999 –RJ 1999/10250-). En un sentido análogo, RDGRN de 6 de septiembre de 1985 (RJ 1985/5268).

<sup>7</sup> Entre otras que a continuación se citaran, RDGRN de 28 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9723).



concepción del honor familiar que, hoy en día – afortunadamente, me atrevería a indicar- resulta por completo trasnochada. Precisamente, la evolución de la doctrina de la DGRN en relación con la admisión de tal hecho a los presentes efectos, constituye un inmejorable ejemplo de lo anteriormente afirmado. En efecto, la RDGRN de 20 de enero de 1985 representa perfectamente la posición inicial de este órgano en orden a considerar que el embarazo de una menor justificaba la dispensa por parte del juez del impedimento de edad y ello, en el entendimiento que, siendo la falta de discernimiento la causa a la que obedecía la prohibición del legislador, “no puede afirmarse sin más que toda persona de quince años de edad carece de discernimiento para contraer matrimonio, pues, si así fuera, no tendría sentido que el legislador admitiera la dispensa de edad, que puede concederse incluso ulteriormente y cuya ausencia no impide tampoco en ciertos casos una convalidación legal automática del matrimonio inicialmente nulo”<sup>8</sup>.

Sin embargo, unos meses más tardes, el 28 de marzo de 1985, la DGRN dicta una nueva Resolución en la que las mismas circunstancias fácticas – menor embarazada de 15 años de edad- no se estima razón suficiente para apreciar esa justa causa que legitimaría la dispensa judicial. En este último supuesto, el examen por parte del órgano se extendió más allá de la edad de la menor y del hecho de su embarazo, valorando otras circunstancias concurrentes tales como la oposición frontal de sus progenitores y la falta de recursos económicos del varón con el que se pretendía contraer matrimonio<sup>9</sup>.

A partir de aquí, puede afirmarse que la línea doctrinal de la DGRN es constante y sólida pues, si bien, a los efectos analizados, se tiene en cuenta la existencia de un embarazo, ello *per se* no se considera causa suficiente para otorgar la correspondiente dispensa,

---

<sup>8</sup>En este mismo orden de consideraciones, no deja de ser sorprendente – al menos, desde nuestra actual concepción de la realidad –, que se concediera dispensa para contraer matrimonio a una persona deficiente mental que, siendo mayor de edad, en los informes periciales se estima que tenía una edad mental de 14 años. Es lo que ocurrió en la RDGRN de 12 de marzo de 1994 (RJ 1994/2295), en la que este órgano concluyó que “La conclusión adoptada es la que mejor se compagina con la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC) y con la esencia misma del *ius nubendi*, derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (artículo 32), que no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de existencia de impedimentos o de falta de capacidad. Aun en caso de duda han de prevalecer los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad y del ejercicio de los derechos fundamentales”.

<sup>9</sup>“... esta dispensa requiere inexcusablemente la existencia de justa causa, y en el caso presente, a pesar del embarazo de la promotora, de quince años de edad, y del propósito firme de ésta y del pretendido contrayente de casarse entre sí, hay que concluir que no concurre aquel requisito a la vista de la oposición frontal de los padres de la menor que han sido oídos, como es preceptivo, en el expediente, y, sobre todo, de los antecedentes y la falta de medios económicos del varón, reconocidos por éste y por la solicitante, que no constituyen una garantía sólida para una vida familiar normal ni para la crianza y educación del hijo esperado” (RDGRN de 28 de marzo de 1985 –RJ 1985/3495-).



procediéndose al análisis de otros factores con la finalidad de decidir lo más conveniente para la salvaguarda del interés prioritario de protección de la menor y de su posible hijo (incluso, por encima de la voluntad manifestada por la primera). Entre las circunstancias adicionales que han sido objeto de valoración se encuentran la posición del otro contrayente<sup>10</sup> o la actitud de los progenitores de la menor<sup>11</sup>, llegándose, incluso a obviar las manifestaciones favorables de estos últimos si, sopesados los elementos fácticos concurrentes, el órgano decisor estima que no es lo exigido de acuerdo con los intereses que deben prevalecer. En tal sentido, la RDGRN de 30 de enero de 2015 constituye un buen resumen de la posición última de este órgano, afirmándose que “La Encargada del Registro Civil que practicó la audiencia reservada a la interesada concluyó que la misma carece tanto de la independencia económica como de la madurez suficiente como para concluir que comprende siquiera la trascendencia o significado que comporta la vida matrimonial y, en todo caso, por no poder siquiera encontrarse en disposición de atender por sí misma a sus propias necesidades o de la menor o de poder contar siquiera con el apoyo, económico o de otra índole, por parte del padre de la misma que, de hecho, no se encontraría en disposición de desarrollar actividad laboral alguna o de obtener ingresos suficientes como para atender las necesidades de la proyectada familia, habida cuenta de que se encuentra interno en Centro Penitenciario en calidad de penado. A todo lo anterior, debe sumarse la específica naturaleza de uno de los delitos por los que el proyectado contrayente se encuentra cumpliendo prisión, como es, el delito de maltrato familiar cometido por éste contra su anterior pareja y, aún

---

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, en la RDGRN de 25 de abril de 1996 (RJ 1996/4181) se señaló que “Tal embarazo, no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí sola ser suficiente para la obtención de dicha dispensa. En efecto, el Encargado debe tratar, con un criterio objetivo, de cerciorarse respecto a la conveniencia del matrimonio para la peticionaria; y es evidente que, para llegar a esa apreciación, debe tener en cuenta, muy especialmente, las circunstancias personales del otro contrayente. Al no intervenir éste en el expediente, se dificulta obviamente el juicio lógico del Encargado, máxime cuando la dispensa no puede ni debe concederse, de una manera abstracta, sino concreta, es decir, respecto de un matrimonio determinado y con una persona determinada. En el caso planteado se da la circunstancia de que habiendo nacido la interesada el 15 de mayo de 1980, pueda ésta, a partir del 15 de mayo de 1996, obtener la emancipación por concesión de su madre, adquiriendo por tanto la capacidad general para contraer matrimonio con la persona que estime por conveniente”.

<sup>11</sup> La misma suerte adversa recibió la petición de dispensa de edad en la RDGRN de 29 de abril de 2000 (RJ 2000/6149). En este caso, el alto órgano entendió que “tal embarazo, no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí solo ser suficiente para la obtención de dicha dispensa ... Teniendo en cuenta que tanto el padre como el Fiscal consideran que es conveniente que la menor no interrumpa sus estudios y que ambos manifiestan su oposición al pretendido matrimonio, es procedente el criterio del Encargado de entender que no existe justa causa para conceder la dispensa de edad”.



más, contra su hijo menor de edad fruto de esa anterior relación sentimental”<sup>12</sup>.

En sentido opuesto, en la RDGRN de 7 de abril de 1995 sí se concedió la dispensa para el matrimonio de un menor varón, atendiendo, también, a las concretas circunstancias -que, a juicio del juez primero, y de la Dirección, después-, lo hacían aconsejable: lo que se tuvo en cuenta fue la edad del menor (a la sazón, 17 años), la situación de emancipación de hecho en la que vivía (convivía fuera de la casa paterna con la madre de una hija a la que ya había reconocido) y el propósito de fundar una familia matrimonial (que si bien en estos momentos no nos parecería digno de ser especialmente tenido en cuenta, sí podría serlo en el contexto en el que se produce el pronunciamiento)<sup>13</sup>.

Algunas aristas puede presentar la cuestión cuando se trata de matrimonios mixtos. En tales hipótesis, las normas de Derecho internacional privado español otorgan primacía a la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los contrayentes, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, a la del lugar de celebración del matrimonio (art. 9.2º CC). Si por la aplicación de la referida norma la edad para contraer matrimonio resulta regida por un ordenamiento distinto del español que permita la válida celebración del mismo, su eficacia en nuestro país vendrá condicionada a que dicho matrimonio no se considere contrario al orden público español (art. 12.3º CC)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> RJ 2015/266760. Además de confirmar la resolución apelada que denegaba la dispensa, puesto que “el interesado en la audiencia reservada practicada a través de video-conferencia, toda vez encontrarse ingreso en un centro penitenciario, manifestó que mantenía relaciones sexuales con su pareja desde hacía cuatro años, fruto de las cuales tienen una hija de tres años, que se encuentra en prisión desde el 10 de febrero de 2012 y que convivía con su pareja en casa de sus padres desde el año 2010”, se estimó que “se presume que los menores de 13 años no pueden prestar consentimiento válido a los efectos de mantener relaciones sexuales, de tal forma que, constatado el hecho de que la menor concibió a la hija común con apenas 12 años y la notable diferencia de edad entre ambos, son circunstancias tales que permiten concluir que estos hechos pueden reunir los caracteres propios de un delito contra la libertad e indemnidad sexual de un menor”.

<sup>13</sup> RDGRN de 7 de abril de 1995 (RJ 1995/3516).

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, en la RDGRN de 27 de mayo de 1994 (RJ 1994/5898) la cuestión debatida hacía referencia a si resultaba inscribible, mediante la presentación de la correspondiente certificación extranjera, un matrimonio celebrado con arreglo a la *lex loci* en Marruecos entre un español soltero y una marroquí de quince años de edad, que había obtenido la autorización de su padre. A tales efectos, el órgano entendió que “no hay duda de que la capacidad para contraer matrimonio forma parte del estatuto personal determinado por la Ley nacional (cfr. art. 9.1 CC), ni de que, con arreglo a la legislación marroquí (cfr. art. 12.6 CC), la mujer puede contraer matrimonio desde que tiene quince años cumplidos. La única posibilidad, pues, de excluir la aplicación de la ley extranjera sería la de estimar que ésta es contraria al orden público español (cfr. art. 12.3 CC), pero esta posibilidad ha de rechazarse de plano, no sólo porque la excepción de orden público internacional es obviamente de aplicación restrictiva, sino fundamentalmente porque no se observa



En todo caso – enlazando con la petición formulada a los Estados miembros por la Resolución citada al iniciar del presente trabajo – no se aprecia *a priori* la existencia de grandes obstáculos jurídicos para efectuar una modificación legislativa en el sentido indicado, procediéndose a la fijación de la edad mínima para contraer matrimonio en los 18 años, edad que en nuestro Derecho implica la obtención de la plena capacidad de obrar. La combinación de esta regla con el otorgamiento de posible dispensa matrimonial para los menores emancipados, muy posiblemente, se ajusta más, no sólo al contenido de la Resolución, sino incluso a las circunstancias sociales actuales, en las que la edad media para contraer matrimonio se ha retrasado considerablemente. Por otra parte, no creemos que la adopción de unas disposiciones legales en el sentido indicado vayan en contra de la normativa protectora de los menores pues, si bien es cierto que de acuerdo con el art. 2.1º de la Ley Orgánica de Protección del Menor<sup>15</sup>, “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”, no es menos cierto que el precepto continúa indicando que “y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”. La pregunta que aquí deberíamos hacernos es si favorece o no el interés del menor la permisón de un matrimonio prematuro con todas las obligaciones que el mismo acarrea. A mi juicio, la respuesta es obvia.

**3.** – La Resolución que se encuentra en la base del presente comentario alude a la necesidad de combatir los matrimonios precoces y forzados, y es evidente que ambos elementos pueden concurrir en un mismo supuesto, pero no de forma necesaria. Pensemos en el matrimonio de una persona mayor de edad que haya sido concertado por sus progenitores. En tal caso, podríamos hablar, exclusivamente, de matrimonio forzado. Semejante hipótesis resulta actualmente extraña a nuestra cultura, pero no por completo desconocida en nuestra tradición secular. De este modo, en sede de contratos, se sigue aludiendo al miedo reverencial para indicar que no es causa de nulidad del mismo<sup>16</sup>. En todo caso,

---

en absoluto que permitir que una mujer de quince años de edad pueda contraer matrimonio, sin dispensa judicial, pero con consentimiento del padre, sea una norma incompatible con el orden público español. Así se deduce de que la dispensa prevista para los españoles por el Código Civil se justifica porque el legislador parte de la base de que a partir de los catorce años de edad existe capacidad natural para contraer matrimonio ...”.

<sup>15</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.

<sup>16</sup> En efecto, de acuerdo con lo estipulado por el art. 1267, párrafo cuarto, “el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato”.



dada la trascendencia que nuestro Ordenamiento confiere a la voluntad en sede de contrato matrimonial, la ausencia de voluntad por parte de los contrayente permitiría la obtención de una declaración de nulidad anclada en el art. 73, párrafos 1º y 5º CC. En tal sentido, conviene recordar que los tribunales civiles extienden su competencia por causa de nulidad a todos los matrimonios “cualquiera que sea su forma de celebración”.

Además, existen, pronunciamientos de los tribunales civiles que, refiriéndose al miedo reverencial como causa de nulidad acogida por los canónicos, ha admitido sus efectos civiles mediante la homologación de la decisión a través del art. 80 CC<sup>17</sup>.

Así pues, el problema planteado por el matrimonio forzoso cuenta en nuestro Derecho con distintas líneas de abordaje y, desde esta perspectiva, no parece que la efectiva proscripción de los mismos exija actualmente, dentro de nuestras fronteras, reforma legislativa alguna.

**4.** – La abolición de las normas de los Estados miembros que, en sede de matrimonio, puedan tener un carácter discriminatorio constituye otra de las medidas de alcance jurídico señaladas por la Resolución en orden a la consecución de su objetivo esencial.

En lo que se refiere al Derecho español, ciertamente, la redacción originaria del CC respondía a una concepción claramente patriarcal de la institución matrimonial que estaba presente, incluso, en el momento primigenio del pronunciamiento de los votos pues, así como el marido asumía su obligación de proteger a la mujer, ésta tenía la obligación de obedecer a su marido<sup>18</sup>. Pero el carácter discriminatorio de la institución matrimonial, en detrimento de la mujer, iba mucho más allá, adquiriendo la nacionalidad que correspondiera a su marido<sup>19</sup>, precisando de su licencia para adquirir por título oneroso o lucrativo, enajenar bienes u obligarse (con algunas excepciones establecidas en la propia ley)<sup>20</sup>, estando, además, sometida a representación legal por parte de su marido<sup>21</sup>, lo que

---

<sup>17</sup> “En cuanto la sentencia dictada por los Tribunales eclesiásticos proclama la nulidad del matrimonio por las causas de miedo reverencial y falta de libertad interna en el consentimiento matrimonial, por parte del esposo que, aunque no encuentran un equivalente específico en el artículo 73 del Código Civil, no violan, en modo alguno, el orden público estatal, ni es de aplicación al caso la caducidad de la acción que recoge el artículo 76 CC, ha de acogerse la pretensión revocatoria articulada por el recurrente”: Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de junio de 2004 (AC 2004/2026).

<sup>18</sup> Redacción originaria del art. 57 CC.

<sup>19</sup> Art. 22 CC, redacción originaria.

<sup>20</sup> Art. 61 CC, redacción originaria.

<sup>21</sup> De acuerdo con la redacción originaria del art. 60.1º CC, “el marido es el representante de su mujer. Ésta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador”.



implicaba la atribución a la misma de una capacidad de obrar limitada, simplemente, por su condición de mujer. Estas restricciones se observaban, también, en el ejercicio de la patria potestad que, cuando se redacta el CC, se atribuye en exclusiva al padre y sólo en su defecto podría ser ejercitada por la madre<sup>22</sup>.

Los señalados son solo algunos ejemplos -aunque, quizá, los más significativos- del tratamiento jurídico que nuestro Ordenamiento dispensaba a la mujer casada. Sin embargo, dicho régimen, desde su aprobación inicial en 1889, sufrió distintas modificaciones tendentes a suavizar el rigor de esta situación abiertamente discriminatoria. Así, la Exposición de Motivos de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de *Reforma del Código Civil y el Código de Comercio, sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges*, principiaba indicando que “una de las corrientes de opinión fuertemente sentidas en nuestros días en el ámbito del derecho privado, reflejo de auténticas necesidades de carácter apremiante, es la que incide sobre la situación jurídica de la mujer casada. Sufre ésta señaladas limitaciones en su capacidad de obrar que, si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido. Por lo demás, las normas en que tales limitaciones se contienen no pasan de tener una efectividad predominantemente formal, creadora de trabas en la vida jurídica, sin la contrapartida de una seria protección de los intereses de orden familiar. Las profundas transformaciones que ha experimentado la sociedad hacen aconsejable y conveniente, una revisión del derecho de familia. Tal propósito, sin embargo, sólo debe acometerse de manera prudente, tras un atento y detenido estudio de las posibles soluciones, un análisis de la realidad y de las necesidades verdaderamente sentidas, con la guía también de los elementos que pueden aportar el derecho comparado y sin desconocer en ningún caso las exigencias éticas que de modo muy particular inciden sobre este sector del derecho”.

Más tarde, con la promulgación de la Constitución Española de 1978, cuyo artículo 32 proclama la plena igualdad entre cónyuges, el legislador tuvo que abandonar esa prudencia aconsejada en 1975 y no le restó más alternativa que acometer la reforma en profundidad del sistema, que se materializó en el año 1981 a través de la 30/1981, de 7 de julio. Mediante esta reforma, entre otros extremos, se dio una nueva redacción al art. 66 CC que, a partir de entonces, proclama la igualdad en derechos y deberes de los cónyuges<sup>23</sup>. Semejante igualdad, lejos de ser una declaración meramente programática, se ha

---

<sup>22</sup> Redacción originaria del art. 154 CC.

<sup>23</sup> Realmente en el año 1981 se estableció la igualdad entre marido y mujer, dado el carácter heterosexual que había de tener el matrimonio en aquel momento. Es en el año 2005 (Ley 13/2005, de 1 de julio), con la admisión del matrimonio homosexual, cuando se sustituye la alusión al marido y a la mujer por la palabra “cónyuges”.



proyectado en la esfera personal de cada uno de los contrayentes (que, en línea de principio, no ven modificada su situación personal previa al matrimonio<sup>24</sup>), en su esfera patrimonial<sup>25</sup> y propiamente familiar<sup>26</sup>.

Llegados a este punto de la exposición, lo que debemos plantearnos es si en nuestro Derecho matrimonial actual subsiste alguna norma que establezca distingos en función del sexo y, en su caso, si ese trato no igualitario resulta admisible. Así, en el régimen codificado, puede decirse que no subsiste discriminación alguna, por lo demás, proscritas por disposiciones ya citadas. Sí es cierto que extramuros del Código, sí hay disposiciones legales que aluden expresamente la condición sexual de la persona afectada. Así por ejemplo, en materia de reproducción asistida<sup>27</sup>, si bien, esas referencias se han establecido, precisamente, para evitar las situaciones discriminatorias.

5. – De las líneas jurídicas de actuación que tienen como directos destinatarios los ordenamientos jurídicos de los estados Miembros, la tercera es la referida a la estricta aplicación del Derecho penal en relación con los matrimonios infantiles. Por las razones ya expuestas en el presente trabajo, es fácilmente comprensible que no exista en nuestro Derecho penal ninguna específica disposición sobre el matrimonio infantil lo que, por supuesto, no es óbice para la existencia de normas que castiguen las relaciones sexuales con menores. En este sentido, en la RDGRN de 30 de enero de 2015 – ya citada – este órgano consideró ajustada a Derecho la actuación de la Magistrada-juez encargada del Registro Civil que, en el expediente relativo a la solicitud de dispensa de edad para contraer matrimonio, además de no concederla, solicitó que se dedujera testimonio de las actuaciones para proceder contra el interesado, por si hubiera cometido un delito contra la libertad sexual de la menor, toda vez que la interesada habría conta-

---

<sup>24</sup> Como dice el art. 71 CC, “ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida”.

<sup>25</sup> Con ello no quiere indicarse que el matrimonio no afecte a las actuaciones patrimoniales de los cónyuges. Evidentemente, no tiene por qué ser necesariamente así. Lo que se quiere destacar es que esas limitaciones afectarían del mismo modo a ambos cónyuges. Prueba de lo que se afirma es el contenido del art. 1328 CC, en sede de capitulaciones matrimoniales, a cuyo tenor “será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

<sup>26</sup> Con el establecimiento de un conjunto de derechos y obligaciones (arts. 67 a 70) en los que no se hace referencia alguna al sexo.

<sup>27</sup> Arts. 7 a 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

## JUS CIVILE



do con 12 años al tiempo de concebir a la hija común de ambos.

Por lo demás, debe indicarse que nuestro Código penal contiene un capítulo específico dedicado a la tipificación de los delitos consistentes en agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años, estableciéndose en el art. 184 *quater* que "El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez". *A contrario sensu*, el consentimiento del menor de menos de 16 años sería irrelevante a los efectos de excluir correspondiente la responsabilidad penal cuando no se dé esa relación de proximidad en la edad o grado de madurez o el menor en cuestión tenga una edad inferior a los 16 años.



RENATO CLARIZIA

*Professore ordinario di Diritto civile – Università Roma Tre*

## MERCATO, PERSONA E INTELLIGENZA ARTIFICIALE: QUALE FUTURO?

SOMMARIO: 1. Il percorso. – 2. Il mercato. – 3. La persona e la privacy. – 4. Persona e identità informatica. – 5. Alcune riflessioni alla luce dell'emergenza Coronavirus. – 6. Intelligenza artificiale e dignità della persona. – 7. Considerazioni conclusive.

1. – Un tempo con *mercato* si indicava il luogo fisico dove si ritrovano gli operatori del commercio, il complesso delle attrezzature esistenti e dei servizi posti a loro disposizione, l'insieme delle attività che in esso si svolgono e delle negoziazioni che vi hanno luogo. *Mercato*, insomma, riassumeva la varietà delle negoziazioni e degli operatori, collocabili in un determinato spazio fisico e temporale.

Accanto ai mercati tradizionali (all'ingrosso, ortofrutticoli, ecc.), si riconoscevano quelli della grande distribuzione all'ingrosso (centri commerciali, centri di servizi) e al dettaglio (supermercati, grandi magazzini, ipermercati, ecc.). Poi il grossista, il dettagliante e gli ausiliari. Il dettagliante, generalmente, si identifica con la piccola impresa, l'impresa artigiana, familiare. Gli ausiliari si identificano principalmente come agenti. Ulteriori suddivisioni e articolazioni possono riconoscersi nell'ambito del commercio integrato: a livello di produttore, il grossista e/o il distributore possono costituire una integrazione orizzontale (consorzi, associazioni, ecc.), verticale (vendita diretta, *franchising*, ecc.). E ancora potremmo determinare ulteriori suddivisioni e classificazioni, secondo criteri dimensionali, territoriali e temporali.

Con *internet*, però, una tale complessa e articolata costruzione si sta sfaldando, con l'eliminazione di passaggi intermedi tra il produttore e l'utente finale (sia esso impresa o consumatore), per il venir meno delle dimensioni territoriali e temporali. Pensiamo ad un normale acquisto sulla piattaforma di Amazon: digito il nome di un bene, individuo il prodotto, scelgo tra varie tipologie offerte, fisso la quantità, comunico l'indirizzo per la



consegna e mi viene proposta una data di consegna e varie modalità e condizioni di pagamento. È evidente che così il mercato si trasforma, assume una dimensione spaziale e temporale diversa; assume anche una caratterizzazione qualitativa diversa: gran parte delle distinzioni dianzi esposte non hanno più senso, grande impresa, piccola impresa, grossista, dettagliante, professionista, consumatore. E chissà dove arriveremo, con i progressi dell'intelligenza artificiale. L'ordine di acquisto può essere perfezionato da un *robot*, da un *software* che è stato appositamente programmato e che potrà relazionarsi con un altro *robot*, un altro *software*: il contratto quindi si perfezionerà e sarà eseguito, a seconda dello specifico programma, in maniera più o meno autonoma.

*Mercato* indica anche l'insieme dei titoli e degli intermediari che operano in *Borsa* nella più ampia varietà possibile, disciplinata in via legislativa e amministrativa. Anche qui, con l'avvento dell'informatica e di *internet*, si è realizzata una rivoluzione operativa che ha contribuito a esaltare e a creare un vero e proprio mondo parallelo, in cui gli scambi dei titoli poggiano il più delle volte su fondamenti non economici ma politici, sociali e di pura speculazione.

Il *mercato* delle merci e dei titoli, che si svolge su *internet* e con strumenti informatici, non ha più limitazioni territoriali, temporali, dimensionali: posso acquistare sulla *piattaforma* una confezione di lamette da barba così come un milione di coperte; titoli quotati alla Borsa di Milano, di New York, di Londra. L'ordine di acquisto si perfeziona, generalmente, – perché anche con riguardo al profilo delle modalità di pagamento la tecnologia inventa nuove modalità – con il pagamento attraverso la moneta elettronica.

E qui ci agganciamo alla seconda parola, *persona*, che va in questo caso considerata nel suo significato di *individuo* o meglio *soggetto di diritto*, mettendo da parte per il momento – e anche su quello ci soffermeremo in seguito – le connotazioni qualitative che riferite all'*individuo* portano a qualificarlo come *persona*. Il *mercato* su *internet* presenta vari gradi di individuazione soggettiva. Il più delle volte si risolve nella esternazione di una carta di credito che determina il perfezionamento della transazione, altre volte si avverte l'esigenza di tutela del contraente in quanto titolare dello *status* di consumatore o in quanto comunque soggetto bisognoso di una tutela specifica che può arrivare fino alla focalizzazione di peculiari profili che lo caratterizzano come *persona*.

La presenza dell'intermediario finanziario negli scambi dei titoli dovrebbe garantire piena tutela all'investitore, ma il TUF non manca di dettare specifiche istruzioni, raccomandazioni e regolamenti.

La contrattazione informatica può consentire al soggetto di “celarsi”, ma fino ad un certo punto, perché il legislatore è intervenuto in materia, regolamentando compiutamen-



te la contrattazione a distanza con tecnologie informatiche e dall'altro ha posto il problema del rapporto che potrebbe instaurarsi tra due *computer* in grado di relazionarsi tra loro, provvedendo autonomamente sia al perfezionamento del contratto che alla sua esecuzione. Il *trading on line* è ormai un fenomeno ampiamente pubblicizzato, da più parti denunciato come "pericoloso" perché possibile canale di riciclaggio del danaro proveniente da attività criminose, ma nonostante ciò poco controllato. Tale *mercato* si sviluppa attraverso una contrattazione completamente automatizzata sia nella fase di perfezionamento (conclusione del contratto di borsa) che di esecuzione (acquisto/vendita di titoli) del contratto.

L'*intelligenza artificiale* è giunta ormai ad un tale livello di sofisticazione tecnologica da consentire una completa spersonalizzazione del contratto, fino a far ritenere da taluno possibile il riconoscimento del *robot* quale autonomo soggetto di diritto. Io sarei cauto nel fare siffatte affermazioni. Infatti, fino a quando il robot non sarà titolare di un patrimonio autonomo e potrà quindi rispondere ai sensi degli artt. 2740, 1218 e 2043 cod. civ., non sarà possibile riconoscergli una autonoma soggettività giuridica.

Qualunque sia il grado di sofisticazione tecnologica che consentirà al *robot* di elaborare con la propria intelligenza artificiale la dichiarazione di volontà, di contrattare, di perfezionare e di dare esecuzione al contratto, gli effetti si produrranno in capo al soggetto di diritto (persona fisica o ente) titolare di un patrimonio che risponde delle azioni poste in essere dal suo *robot*.

Cerchiamo di non cadere nelle suggestioni di una *onnipotenza* della scienza in grado di creare *robot* capaci di sostituirsi completamente all'uomo fino addirittura a provare dei *sentimenti*! Salvo ad operare una vera e propria rivoluzione dei principi giuridici che regolano le relazioni interpersonali, per quanti progressi si facciano, alla fine quel *robot* deve rispondere sul piano giuridico delle proprie azioni e non essendo dotato di un proprio patrimonio autonomo, si dovrà sempre fare riferimento al soggetto di diritto che ne è il *dominus* ed è titolare di un patrimonio.

Quindi si dovrà enucleare il significato odierno di *mercato* e *persona*, partendo dalle originarie definizioni per verificare se e fino a che punto i cambiamenti siano stati originati e accelerati dalla diffusione di *internet* e dalla sua incidenza nella *creazione* di nuovi istituti e modelli giuridici.

Ma di ciò discuteremo *funditus* in seguito.

2. – *Internet* e l'*informatica* rappresentano, a mio parere, la maggiore rivoluzione so-



ziale e giuridica di questi ultimi anni. E non sembri una espressione abusata e retorica. La nostra società civile ne è stata profondamente incisa a livello sociale, economico e giuridico. In tal maniera da determinare una completa modificazione delle relazioni interpersonali ed una rifondazione e ricostruzione del *concetto* stesso di *mercato*.

Già si è accennato che non esistono nello scambio di beni su *internet* limiti territoriali né temporali. Ciò sta determinando nella clientela, nelle persone una diversa abitudine agli acquisti, non più necessariamente dipendenti da orari di apertura degli esercizi commerciali né da una scelta di prodotti limitata a quelli venduti nella zona di residenza dell'acquirente. Il *mercato* non ha confini, il *mercato* non rispetta orari. Viene però anche meno – generalmente – la possibilità di contrattare, e tale limitazione è in qualche modo bilanciata dal diritto di ripensamento previsto nel Codice del consumo. Il *mercato* si è modificato non tanto e non solo dal punto di vista della *forma* giuridica utilizzata nella contrattazione a distanza (elettronica e non più scritta) ma soprattutto nel suo contenuto sostanziale. Infatti, il commercio al dettaglio, se continuerà a svilupparsi con i ritmi di questi anni il commercio elettronico, è destinato a scomparire nella forma tradizionale del *negozio fisico*. Abbigliamento, pasti, mobili e ogni altro bene può essere scelto ed ordinato su *internet* e sarà consegnato direttamente all'indirizzo indicato. E quindi evidentemente la pubblicità diventa lo strumento necessario per poter acquisire clientela. Pubblicità che, infatti, accompagna ogni momento della nostra esistenza quotidiana, sia direttamente (con messaggi inviati specificamente alle persone) e sia indirettamente con *intrusioni* durante la navigazione su *internet*, tenendo conto delle abitudini e degli stili di vita, opportunamente *registrati* ed elaborati per poi orientare adeguatamente il messaggio pubblicitario. Ormai il più delle volte il negoziante ci mostra fisicamente alcuni esemplari dei beni richiesti, altrimenti mostra il catalogo dal quale il cliente potrà scegliere il bene per poi inviare l'ordine di acquisto al fornitore che provvederà direttamente alla consegna all'utente. Sempre più si instaura un rapporto diretto tra il produttore del bene e il cliente, vengono abbattuti i passaggi intermedi; l'agente e/o il rivenditore non servono più.

D'altro canto l'informatica, *internet*, non soltanto incide sulle tecniche commerciali, ma su ogni aspetto delle relazioni interpersonali; sicché è la società civile stessa che si sta e si è già ampiamente trasformata in pochi decenni.

La tecnologia informatica applicata in *internet* consente di raggiungere in tempo reale un numero infinito di utenti che potrebbero essere interessati ad acquisire quel prodotto o quel servizio, sicché la conoscenza delle abitudini di vita e delle preferenze individuali diventa determinante per sviluppare in maniera organizzata l'attività d'impresa.

# JUS CIVILE



La banca dati riferita ad una specifica categoria di utenti quanto più è ricca di informazioni *personali*, tanto più costituirà un *bene* prezioso, merce di scambio importante per soddisfare le esigenze di *marketing* delle imprese.

Il diritto non può far altro che inseguire affannosamente il fenomeno informatico, cercando, per quanto possibile, di imporre il rispetto di specifiche regole comportamentali, soprattutto in materia di concorrenza, che, attraverso le tecniche informatiche di amministrazione e gestione degli scambi di beni e di servizi, si potrebbero (e si possono) agevolmente aggirare.

L'intervento legislativo si caratterizza per la fissazione di precisi protocolli tecnici e giuridici, che ad un tempo modellano il contenuto dell'attività degli operatori, sanzionando in via amministrativa violazioni e inadempimenti, ma sono necessariamente essi stessi influenzati e strutturati secondo le caratteristiche tecniche degli *strumenti* di cui gli operatori si avvalgono. Si pensi – e ne parleremo nel prosieguo – alla tutela della *privacy*.

Peraltro, il commercio elettronico impone alle imprese di provvedere a notevoli investimenti per le strutture informatiche, sia dal punto di vista della *sicurezza* sia di ottimizzazione dei servizi resi. Sicché si va restringendo sempre più il numero dei fornitori, o meglio si assiste alla creazione di *piattaforme* gestite da società multinazionali (si pensi per tutte ad Amazon) che si presentano esse stesse come *mercato* che *espone* una serie innumerevole di prodotti. Un *mercato* siffatto, gestito da pochi operatori, non soltanto condanna il commercio fisico al dettaglio all'estinzione, ma “educa” il consumatore ad adattare le proprie esigenze all'offerta: ancor più che in passato, è il produttore a creare la *domanda* che è influenzata e costruita dalla pubblicità.

Il *mercato elettronico* così strutturato costituisce una peculiarità dal punto di vista socio economico perché consente all'operatore di gestire una serie infinita di dati personali che opportunamente elaborati possono – come si diceva – non soltanto orientare le scelte dell'utente, ma soprattutto potrebbero essere utilizzati a fini illeciti. Era la preoccupazione che ha sempre animato Stefano Rodotà fin dai primi anni di diffusione del fenomeno informatico. Si è così *costruita* ed emanata nel tempo una disciplina legislativa che, prendendo consapevolezza della mutata *natura* e *qualità* delle relazioni interpersonali veicolate su *internet*, ha mano a mano abbandonato (o perlomeno ha fortemente attutito e diminuito) la regola di sottoporre al consenso dell'utente il trattamento del suo dato personale, in quanto il più delle volte si manifestava come l'ipocrita doppia sottoscrizione delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2, cod. civ. Si sigla la casella del *consenso* senza neanche leggere quale *autorizzazione* di trattamento stiamo concedendo.

## JUS CIVILE



Si è abbandonato il criterio del consenso (o perlomeno – ripeto – si è fortemente attutito) a beneficio di una sempre maggiore e analitica informazione sul *trattamento* dei propri dati personali. Il riferimento è al Regolamento generale della protezione dei dati personali GDPR del 2016 (entrato in vigore nel 2018) che ha in gran parte sostituito il codice della *privacy*.

Di fronte ad un *mercato* siffatto e di fronte alle tecnologie informatiche sempre più sofisticate (si pensi alle capacità e potenzialità dell'intelligenza artificiale) la norma di legge può bastare? Chi gestisce il *mercato elettronico* è in grado di acquisire, di trattare ed elaborare una serie di dati personali, senza che noi ne siamo informati né immaginiamo che possa succedere. È questo il tema di grande attualità, è questo il problema giuridico e di politica legislativa odierno e dei prossimi anni, è l'interrogativo *quale futuro?* Al quale si tenta di dare una risposta soddisfacente.

Il “nuovo” GDPR intende coniugare l'efficienza e la sicurezza del trattamento dei dati personali attraverso la intelligenza artificiale con la necessità che il titolare dei dati abbia coscienza, consapevolezza e dominio di tutte le fasi del *trattamento* dalla raccolta alla elaborazione.

Si è consapevoli (e rassegnati) che il trattamento dei dati personali a mezzo dell'intelligenza artificiale, con la sua infinita capacità di elaborazione di una massa enorme di dati, non consente al singolo individuo di entrare e ispezionare ogni fase di siffatto trattamento, in quanto l'intelligenza artificiale struttura algoritmi autonomamente “creati” che sfuggono ad ogni possibilità di fisico controllo. Non solo. Siffatta complessa, articolata e “impersonale” elaborazione dei dati personali può portare al risultato della configurazione di una “identità personale”, nella quale la persona stessa potrebbe non più riconoscersi!

Quindi sono (almeno) due i problemi che si pongono: il primo che – poiché interesse primario è quello della tutela dei dati personali, tutela che si svolge e si realizza anche e soprattutto attraverso la possibilità offerta al titolare di vigilare su tutte le fasi del trattamento – la norma di legge dovrà prevedere “limiti” e specifici protocolli operativi per soddisfare l'esigenza che il titolare dei dati personali elaborati sia sempre in grado di controllare tutte le fasi del procedimento di elaborazione; il secondo che, poiché per cercare di ridurre la portata del problema dianzi esposto si tenderà sempre più a garantire l'anonimato e ad utilizzare criteri identificativi non percettibili *ab externo*, si rischia di favorire la creazione di un *mercato* spersonalizzato. La contrattazione ben potrà avvenire, perfezionarsi e definirsi, soprattutto con i *robot automi*, in maniera completamente *spersonalizzata*, risulterà così un *mercato* automatizzato, in cui tutte le *scelte* sono opera-



te dall'intelligenza artificiale, secondo le nostre esigenze, inclinazioni, gusti e capacità. Le scelte sono operate dal robot, secondo le nostre esigenze, inclinazioni, gusti e capacità tutte ben note e quindi compiutamente elaborate dall'intelligenza artificiale. Senza l'intervento diretto della *persona*, il *mercato* funzionerà nel pieno rispetto della *identità della persona*, o perlomeno di quella *persona* elaborata e costruita dall'intelligenza artificiale. Ma, come si è prima anticipato, tale situazione viola la normativa in tema di GDPR con riguardo alla *privacy* in quanto sottrae al controllo da parte del titolare dei dati alcune fasi del trattamento, di esclusivo dominio del *robot*, dell'intelligenza artificiale.

È interessante la letteratura che si sta formando su questi argomenti e che talvolta sembra meravigliarsi degli sviluppi che si sono realizzati, ma soprattutto delle conseguenze che dal punto di vista socio giuridico si sono determinate. Tutto ciò era in qualche modo prevedibile, che cioè il procedimento di spersonalizzazione portato all'eccesso nell'ambito del *mercato informatizzato* – e tutto nel nome dell'efficienza e della sicurezza – avrebbe reso impotente e incapace la persona a dominare il funzionamento e l'operatività di quella *macchina pensante* da lui stessa creata.

Certo nel 1985, quando cominciai ad occuparmi di tali problematiche con riguardo alla materia contrattuale in particolare (*Informatica conclusione del contratto*, Giuffrè 1985), evidenziavo il rischio che chi utilizzava il *software* potesse non apprezzare né riconoscersi nel risultato dell'elaborazione che lui stesso aveva impostato con *il software*, e concludevo che egli non poteva sottrarsi alle conseguenze giuridiche che ne potevano derivare, valendo i principi di autoresponsabilità e affidamento.

Ma oggi ci si è spinti oltre, perché l'intelligenza artificiale opera al di fuori di ogni *diretto* controllo, essa stessa *crea* ulteriori *software* operativi, *self-learning*, dà vita a procedimenti che la persona non è in grado di immediatamente percepire e valutare. E si chiede così l'intervento del legislatore per cercare di limitare o comunque guidare l'autonomia privata.

E si tratta di uno scontro nel quale le regole del gioco non sono sempre chiare, trasparenti e soprattutto rispettate. Si è consapevoli che un uso sempre più diffuso della tecnologia informatica nel mercato non realizza soltanto una velocizzazione e una maggiore sicurezza degli scambi e quindi effetti positivi ma anche una forte crisi nel commercio al dettaglio, con importanti ricadute negative dal punto di vista socio economico ed occupazionale. L'uomo è insomma consapevole dei pericoli che un uso *eccessivo* dell'informatica possa provocare, ma da un lato ritiene superiori i vantaggi che ne derivano e dall'altro avverte l'incapacità a dominare appieno, quasi *impotente* di fronte ad una tecnologia che sembra ormai operare – e in qualche modo è vero! – *autonomamente*, strutturando



do e realizzando un *mercato* che assicura grandi guadagni a chi riesce ad approfittare delle opportunità che la tecnologia mette a disposizione. E così le tecniche informatiche utilizzate nel mercato si fanno sempre più sofisticate e consentono una sempre maggiore rapidità e ampiezza delle transazioni commerciali, senza limiti di spazio e di tempo.

Lo scontro, quindi, si consuma a vari livelli: tra coloro che detengono gli strumenti tecnologici più innovativi e il legislatore che cerca sia di prescrivere corrette e trasparenti regole di concorrenza e sia di tutelare i consumatori; tra un modello di *mercato* sempre più informatizzato e globale e un commercio al dettaglio che stenta a sopravvivere di fronte alla capacità distributiva dell'informatica; tra una tecnologia che sembra incontrollabile proprio in ragione di quello *sviluppo* della programmazione informatica impresso dall'uomo, sviluppo che si è spinto fino alla creazione di *robot* dotati di intelligenza artificiale e di *software* che creano altri *software* e soggetti che si vedono *spogliati* di una loro autonomia decisionale e di una propria identità, ma restano inermi e apparentemente *subiscono* senza reagire.

Ci occuperemo nel paragrafo successivo della *persona* e di come si è venuto modificando anche questo concetto per l'intervento dell'informatica, qui si accenna solo a tali modifiche, essendo comunque il *mercato* formato da *persone*. È un *mercato* quello *informatico*, infatti, spersonalizzato che si affida in gran parte alla correttezza operativa delle parti coinvolte.

Abbiamo già rilevato ed evidenziato come dal lato dell'impresa il rischio di un oligopolio informatico vada contrastato non solo con le leggi vigenti, ma anche con interventi mirati che garantiscano sempre la trasparenza dell'azione, la completezza dell'informazione e soprattutto una concorrenza corretta che tuteli la clientela da abusi.

Già da qualche tempo si è ormai acquisita la consapevolezza che non sia possibile opporsi al proliferare dell'informatica, ma anche che la strumentazione giuridica si manifesta inadeguata ed inefficiente, tant'è che si sono create situazioni in cui soggetti pubblici e privati si sono – non solo nel *mercato* – impadroniti delle leve del *potere informatico*, cioè hanno acquisito una posizione *dominante* – e non solo nel *mercato* – perché in grado di trattare una serie infinita di dati di valenza generalizzata (personali, sensibili, sociali, economici, finanziari, ecc.). Per opporsi ad una tale situazione si era pensato che fosse sufficiente espandere quanto più possibile il potere collettivo di controllo: interrogazioni, consultazioni, pubblica accessibilità a tutti i dati disponibili da parte di tutti. Ma anche questo totalitarismo plebiscitario si è rilevato – e con lo sviluppo e proliferare dell'intelligenza artificiale e dei *robot* lo sarà sempre di più – una mera *finzione*: il *potere* è rimasto e rimarrà in mano a coloro (soggetti pubblici e privati) in grado di gestire lo svi-

# JUS CIVILE



luppo della tecnologia informatica e quindi di decidere quale spazio di effettivo controllo sul trattamento dei dati si vuole lasciare agli utenti, come e dove dirigere lo sviluppo tecnologico, quali *trattamenti* rendere pubblici e quali no.

Già nel passato è successo e sicuramente succederà in futuro, di aver appreso successivamente che a nostra insaputa erano stati raccolti e manipolati dati, che il *mercato* era stato influenzato e strutturato in un certo modo, incidendo in maniera determinante sul funzionamento del *mercato* inteso come rapporto tra domanda ed offerta. Apparenza di libertà nella utilizzazione dei *computer*, solo apparenza, mano a mano che le relazioni interpersonali – e non soltanto nel *mercato* – saranno sempre più meno *personali*, saranno relazioni tra *robot* che ci consegneranno i risultati della loro attività, risultati incidenti direttamente nella nostra sfera personale.

In verità, questi ultimi anni ci hanno insegnato che la realtà è andata poi anche al di là di ogni previsione, di ogni quadro futuribile di assetto sociale e economico, di organizzazione della società civile ed economica. Il *mercato* si è venuto e si sta modificando in virtù dell'imperioso ingresso dell'informatica, non soltanto nella struttura dei mercati tradizionali, ma anche nelle professioni, nelle attività di svago, e così via.

Ed assistiamo, non certo come attori ma come spettatori *passivi* a tali evoluzioni sociali, economiche, professionali e quant'altro, non potendo far altro che subire tali trasformazioni. Trasformazioni che travolgono le persone e le rendono ormai incapaci di poter gestire autonomamente il proprio destino.

Altro che libertà! L'informatica ha segnato, e continua, un percorso obbligato e sempre più stretto. La gestione del rapporto bancario è ormai completamente informatizzata e senza possibilità di gestioni alternative: eppure si tratta del *mio* danaro; il processo giudiziario – soprattutto quello civile – si scandisce attraverso procedure informatizzate che riguardano le varie fasi del giudizio e non è più possibile utilizzare il “cartaceo”; per i pagamenti si incentiva sempre più l'utilizzo delle carte elettroniche (di credito, di debito, ecc.), limitando la possibilità di prelievo del contante in banca (eppure, si tratta di mio danaro) e sapendo che quella *carta bancaria* sta non solo eseguendo una transazione commerciale, ma sta anche immagazzinando dati personali sui miei gusti alimentari, le mie scelte di svago, le mie cure sanitarie; la fattura da emettere a fronte di prestazioni professionali è elettronica; e così via, non dando spesse volte strade alternative per ottenere quel medesimo risultato. E tutti quei dati (anche sensibili) sono trattati da un soggetto esterno che io non conosco.

Ovviamente, assumono maggior consistenza e si pongono come principi fondamentali nella regolamentazione delle relazioni mercantili la tutela dell'affidamento da un lato e il



principio di autoresponsabilità dall'altro. Ambedue peculiarmente *ristrutturati* nel *contesto* informatico, che esalta quale requisito proprio di ogni strumento e tecnica di relazione interpersonale la *sicurezza* del collegamento, la difesa contro intercettazioni ed intrusioni esterne. Quindi i contraenti si fidano della provenienza, attendibilità e imputabilità della dichiarazione che ricevono e nello stesso tempo assumono consapevolmente le conseguenze giuridiche derivanti dalla loro dichiarazione anche quelle non *prevedibili* al momento dell'emissione della dichiarazione stessa. Soprattutto, dalla lettura della normativa legislativa, amministrativa e tecnica si evince che la dichiarazione informatica al fine di ottenere il riconoscimento di *equivalenza* alla scrittura privata ed all'atto pubblico, deve soddisfare e rispettare specifici requisiti e protocolli *tecnici*. La *tecnica*, insomma, non rimane ai margini del *diritto*, come mera formalità o strumento, bensì penetra e struttura anche dal punto di vista sostanziale la dichiarazione negoziale. Ora la tecnica si sta spingendo ancora oltre e con l'intelligenza artificiale si sta rendendo *autonoma* dallo stesso dichiarante, *creando ab origine* la stessa dichiarazione negoziale, *concludendo e eseguendo* il contratto, relegando la persona fisica ad un ruolo (quando necessario) residuale, laddove il *robot* (ancora) non sia in grado, in ragione della peculiarità della prestazione richiesta, di eseguirla esso stesso.

E si raggiunge una grande velocità di comunicazione oltre che la possibilità di trattare una serie infinita di dati, elaborandoli secondo la *logica* dell'intelligenza artificiale che sfugge alla stessa intelligenza umana e che persegue comunque un obiettivo che sia di interesse, sia utile per il soggetto nella cui sfera giuridica si andranno a determinare gli effetti di quella elaborazione complessa di dati.

Comunque, in ragione del principio di *autoresponsabilità* il soggetto interessato non può disconoscere o rifiutare il risultato di quella elaborazione, su cui fa *affidamento* la controparte, nella consapevolezza che sia l'elaborazione sia la comunicazione si siano svolte in piena *sicurezza* senza interferenze esterne. Non può perché per quanto *l'elaborazione*, il *trattamento* dei dati sia stato fatto dal *software* in piena autonomia (e ciò ancor più se avviene con tecniche di intelligenza artificiale) comunque soggetto di diritto è la persona fisica o l'ente che si avvale di quel *software*. È evidente, allora, che il profilo della *sicurezza* nelle comunicazioni, nel trattamento, nell'elaborazione assume un rilievo determinante per valutare la *diligenza* del dichiarante, se si sia adeguato alle prescrizioni dei protocolli tecnici, se abbia utilizzato le tecnologie adeguate per schermare da ogni interferenza esterna la propria dichiarazione nella relazione interpersonale.

Inoltre, il mercato si sta sempre più caratterizzando, a livello mondiale, per la posizione dominante di alcune imprese multinazionali, in grado di incidere nelle nostre scelte

## JUS CIVILE



di acquisto, influenzandoci e guidandoci in maniera consapevole e/o inconsapevole.

Si pensi ad Amazon che commercializza ogni prodotto possibile e ne cura la promozione, la vendita e la consegna fisica, offrendo un prezzo estremamente competitivo e talvolta realizzando una sorta di *tying*: viene pubblicizzata la vendita di un prodotto ad un prezzo molto basso rispetto a quello normalmente praticato sul mercato e a parità di qualità, ma collegando tale vendita a quella di altro prodotto.

Si stanno sperimentando nuove tecniche di pagamento – sempre su internet – da parte delle maggiori imprese operanti nel mercato (Amazon, ma anche Facebook, Google, ecc.), tese ad aggirare in qualche modo le normative nazionali che riservano alle Banche Centrali il potere di battere moneta. Fino a quando queste imprese multinazionali affiancano intermediari finanziari che già operano nell’ambito della moneta elettronica e delle carte di credito, tutto si svolge ancora nel rispetto della normativa di settore, seppure si vengono a creare posizioni dominanti sul mercato che devono essere attentamente controllate dal punto di vista della concorrenza. Il problema si manifesterebbe in tutta la sua gravità, se si autorizzasse oppure si consentisse comunque la circolazione su *internet* di moneta virtuale *emessa* da imprese multinazionali, moneta *acquistabile* da chiunque e accettata come mezzo di pagamento nel mercato informatico.

Abbiamo già letto di esperimenti di questo genere, di annunci di voler realizzare una moneta alternativa a quella *ufficiale*. L’incessante e inarrestabile progresso tecnologico, unitamente alla forza finanziaria di tali imprese multinazionali ci rende esclusivamente spettatori passivi, assolutamente incapaci di reagire, perché il *mercato* così strutturato non ci dà e non ci darà alternative, se – ed è questo l’unico auspicio possibile – i nostri governanti non affronteranno finalmente e a livello globale il tema di quale debba essere il mercato di domani, laddove il futuro è ormai già il presente. Sarebbe necessario ed auspicabile, insomma, che ci fosse un intervento legislativo a livello internazionale frutto di una valutazione condivisa della importanza della situazione che non ha paragoni nel passato perché non coinvolge singoli Stati e/o Continenti, ma l’intero mondo, non riguarda specifici aspetti e momenti della nostra vita di relazione ma ogni attimo della nostra esistenza, non un particolare arco della nostra vita terrena ma tutta la nostra esistenza, dalla nascita alla morte.

In conclusione, l’informatica ha in gran parte rimodellato il *mercato*, ne ha in gran parte modificato le tecniche relazionali, ne ha in gran parte ristrutturato ogni aspetto, con indubitabili vantaggi per imprese e consumatori, ma anche modificando le nostre abitudini di vita e ciò con problemi e interrogativi ancora non sciolti completamente dal punto di vista giuridico, sociale ed occupazionale. E vedremo, infatti, nel prossimo paragrafo

# JUS CIVILE



come si è modificato il concetto stesso di *persona*, e come soprattutto si configura la tutela della sua *dignità*.

3. – Quel coinvolgimento dell'informatica così ampio e strutturato che interessa il mercato, sì da averne modificato, per gran parte, ogni profilo rilevante, si rivela, per così dire, totalizzante con riguardo alla persona.

Tutto ciò, peraltro, si è realizzato nel giro di un trentennio, con il progresso tecnologico nel campo dell'informatica che ha rivoluzionato il concetto di persona. Trattamento dei dati personali, imputabilità della dichiarazione informatica, tutela della persona sul web, il robot. Sono questi, in estrema sintesi, i maggiori problemi che dal punto di vista socio giuridico interessano la persona e che l'incessante e continuo sviluppo della tecnologia informatica rende complicato circoscrivere e disciplinare compiutamente. Qualunque esposizione che voglia esaltare tale progresso risulterebbe banale, ma è indubbio che trent'anni fa non si poteva neanche immaginare che la capacità elaborativa di un *software* potesse essere "contenuta" in un *hardware* di dimensioni ridotte quali quelle di un cellulare o addirittura fosse possibile navigare in internet (è ciò che avviene a partire dal 2005).

Alcune date possono aiutare a capire perché si parla di rivoluzione informatica. Nel 1987 sono connessi ad *internet* diecimila *computer* ed il 23 dicembre dello stesso anno viene registrato il dominio "cnr.it", il primo dominio con la denominazione geografica dell'Italia: è il sito del Consiglio Nazionale delle Ricerche. Nel 1993 appare il primo *browser* pensato per il *web*, si chiama *Mosaic*. Il Crs4 (Centro di ricerca, sviluppo e studi superiori in Sardegna) crea il primo sito *web* italiano, secondo in Europa. Nel 1995 si costituisce il *World Wide Web Consortium (W3C)*. Nel 1996 sono connessi ad *internet* dieci milioni di utenti, nel 1999, nasce *Napster*, il primo sistema di *file sharing* di massa e i collegamenti ad *internet* sono duecento milioni in tutto il mondo, nel 2008 sono circa seicento milioni, nel 2009 un miliardo, 2011 due miliardi in tutto il mondo, nel 2015 tre miliardi e trecento milioni, infine nel luglio del 2019 sono state contate oltre quattro miliardi e trecentotrenta milioni di persone sono connesse in tutto il mondo.

Sicché è evidente che la prima preoccupazione del legislatore europeo è quella di offrire una tutela alla riservatezza dei dati personali, normativa alla quale l'Italia si adegua nei limiti dei termini assegnati con la legge 31 dicembre 1996, n. 675 intitolata "Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali" che prevede tra l'altro l'istituzione dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, che si in-



sedierà nel marzo del 1997 sotto la guida illuminata per otto anni di Stefano Rodotà che di quella legge era stato il maggiore ispiratore. Con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, più volte aggiornato, con le modifiche apportate recentemente dal d.l. 14 giugno 2019, n. 53, dal d.m. 15 marzo 2019 e dal decreto di adeguamento al GDPR (d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), si è riscritta la disciplina, tarandola alle rinnovate esigenze di tutela della persona, pur consapevoli che la tecnica informatica progredisce continuamente e obbligherebbe ancor più a tenere alta la guardia.

L'approccio alle tematiche dell'incidenza dell'informatica sulla persona deve guardare alla persona sotto due profili: la persona come soggetto e la persona come oggetto. Ma anche una tale distinzione talvolta si dissolve, evidenziando come al giorno d'oggi nella materia informatica la persona è contemporaneamente soggetto ed oggetto.

Uno dei temi principali attiene alla imputabilità della dichiarazione giuridicamente rilevante resa con strumenti informatici.

Il problema da risolvere è quello della identificazione certa del dichiarante, quando questi si palesa attraverso un *pin*, una *password*, una carta magnetica, o anche quando sottoscrive il documento informatico con la firma digitale: a seconda della tecnica utilizzata si potrà in maniera più o meno certa (massimamente con la firma digitale) associare quel dispositivo al soggetto al quale è stato rilasciato il certificato di firma, la tessera, il *pin* o la *password*, ma mai avere la certezza che sono utilizzati soltanto da quel soggetto. È evidente che, salvo che non si utilizzino tecniche biometriche, una tale sicurezza non sarà mai ottenibile.

Ed allora l'imputazione della dichiarazione negoziale attraverso tecniche informatiche deve necessariamente fondarsi sul principio dell'autoresponsabilità e dell'affidamento, nonché sulla valutazione della corretta custodia degli strumenti e delle "chiavi" di accesso al procedimento di creazione e comunicazione della dichiarazione informatica. D'altro canto, proprio in ragione di tale consapevolezza, l'atto pubblico informatico impone, ai fini della sua valida formazione, la presenza fisica delle parti e del notaio, anche se poi si utilizzano per la "sottoscrizione" le firme digitali.

L'informatica ha indubbiamente fortemente modificato il concetto di persona intesa anche come soggetto che ha "diritto al nome": gli artt. 6, 7 e 8 cod. civ. offrono una articolata disciplina dell'uso del nome e della sua tutela. Nome che spetta ad ogni persona. Ebbene, con l'informatica si ha una sorta di spersonalizzazione soggettiva, ma nel contempo l'acquisizione di una identità digitale. Il soggetto non è più necessariamente identificato come persona, è sufficiente che lo sia nel riferimento informatico, più o meno sicuro ed immediatamente manifesto ma comunque univocamente identificativo. Saranno



poi i principi di autoresponsabilità e affidamento a regolamentare i casi di utilizzazione degli strumenti identificativi da parte di soggetti diversi dagli effettivi titolari.

Innanzitutto, dovrà essere possibile verificare se la loro utilizzazione sia stata o meno realizzata con la consapevole volontà del titolare, se gli strumenti identificativi siano stati da questi adeguatamente custoditi e se l'uso indebito e comunque "contro la sua volontà" sia stato tempestivamente e nei modi adeguati comunicato a chi di competenza.

Si dovrà valutare compiutamente quanto ampia debba essere la tutela dell'affidamento (della controparte contrattuale e del terzo) sulla identificazione del soggetto al quale una determinata dichiarazione e azione sia imputabile. Quello della identificazione soggettiva nell'era informatica non è un problema di univoca e facile soluzione, dinanzi a orientamenti e segnali sociali di ambigua lettura.

Da un lato, la spersonalizzazione che porta la persona a celarsi dietro un numero, un nome di fantasia; dall'altro, la presenza continua (e talvolta ossessiva) della persona sui *social* ad esprimere opinioni e pensieri manifestando (e imponendo) una propria identità, magari falsa e modificata nei propri caratteri sia estetici che sostanziali.

Il nascondere la propria effettiva identità consente di agire dando sfogo a dichiarazioni diffamatorie e calunniose verso altre persone, confidando su una impunità e difficoltà di individuazione fisica in ragione dello scudo informatico che però sempre più si sta rilevando debole. Si assiste, insomma, ad una sorta di manifestazione selettiva, nel senso che la stessa persona talvolta afferma con decisione la propria identità talaltra la nasconde.

Ovviamente, questo fenomeno non è nuovo, né è sorto con lo sviluppo sociale dell'informatica, ma, indubbiamente, la tecnica moderna ne ha consentito una maggiore diffusione rispetto a quella realizzabile col supporto cartaceo o al di fuori di *internet*.

La tutela della riservatezza personale nell'era informatica si presenta sempre più complicata. Basti pensare alla talvolta pruriginosa attenzione alla vita privata di una determinata persona (non necessariamente "pubblica" e "famosa") che si può manifestare sui *social*. Né il soggetto bersaglio delle attenzioni deve necessariamente farne parte, né questi può sottrarsi procedendo ad una progressiva perdita della propria identità. Il fenomeno è molto diffuso e grave, perché non sempre si configurano situazioni penalmente rilevanti (e quindi perseguibili) eppure sono ugualmente lesive della *dignità* della persona.

Mentre prima l'invasione della sfera privata poteva consumarsi quasi esclusivamente attraverso la carta stampata e quindi principalmente a seguito dell'attività giornalistica, oggi chiunque può, attraverso *internet* e i *social*, diffondere notizie sulla vita privata di

# JUS CIVILE



una persona, pubblicarne foto, senza falsità, travisamenti, critiche ma pur sempre invadendo la sua sfera privata.

È vero che la disciplina legislativa della *privacy* e gli interventi del Garante sono rivolti a (e cercano continuamente di) offrire piena tutela alla persona, ma qui il problema è che non esiste più il *privato*, viviamo ed abbiamo costruito una società nella quale ciascuno di noi è attore in una sorta di *Truman show*, spiato più o meno consapevolmente sui *social* di varia diffusione – mi limito a richiamare quelli più noti: Twitter, Facebook, LinkedIn, Xing, Renren, Google+, Disqus, Pulse, Snapchat, Tumblr, Pinterest, Twoo, YouTube, Instagram, Vine, WhatsApp, vk.com, Meetup, Medium – che hanno in gran parte modificato le modalità di tenuta delle relazioni sociali, sicché risulta quasi “impossibile” sottrarsi alla partecipazione in uno di essi, perché talvolta ci si trova coinvolti anche inconsapevolmente o – ed è ancora peggio – consapevolmente per poter ottenere determinati risultati o svolgere determinate attività.

Ed ancora possiamo continuare a ritenere che *internet* sia comunque l’espressione più forte di democrazia? Peraltro la socializzazione su alcuni dei suddetti siti può anche avvenire senza utilizzare il proprio nome, ma manifestandosi con un nome di fantasia. Strana socializzazione quella che si realizza senza svelare la propria vera identità.

La navigazione sui *social* si presta soprattutto a violare la *privacy* delle persone, con una difesa limitata da parte di queste ultime. Sicché mentre sicuramente sul punto della raccolta dei dati personali ed in particolare di quelli sensibili l’attenzione del legislatore ha cercato ed è in gran parte riuscita a disciplinarne in via legislativa ed amministrativa il trattamento, nulla si può fare (o molto poco) e solo con interventi successivi rispetto alla diffusione del dato personale, quando tale “pubblicazione” dei dati avviene appunto sui *social*. Si è ormai consapevoli – o forse sarebbe meglio dire rassegnati – che la persona non può evitare che i propri dati personali, raccolti talvolta in maniera occasionale, siano trattati in modo da disegnare la personalità del soggetto, conoscendone i gusti, le preferenze, le abitudini e così via. Non è più possibile invocare il diritto ad essere lasciati soli, ma tale constatazione non è neanche più in qualche modo bilanciata dal diritto a conoscere quali dati personali sono trattati ed a quali fini.

È così sviluppata la tecnologia informatica che ormai in tempo reale vengono elaborati i dati personali in qualsiasi modo raccolti e se ne dà diffusione in rete.

A questo “accerchiamento” informatico, in verità, il diritto non è in grado di apprestare adeguate difese, perché anche le eventuali iniziative giudiziarie, da parte di chi ha visto violata la propria *privacy*, hanno tempi tali da non consentire un effettivo ristoro, non tanto in termini economici – per l’eventuale risarcimento dei danni patiti, tutti da dimo-



strare, e non è semplice – quanto di carattere sociale. Che senso ha dopo vari anni vedersi riconoscere che qualcuno non poteva utilizzare quei dati personali? O che quella notizia era falsa, distorta, travisata?

Inoltre, si assiste ad un altalenante atteggiamento della magistratura nei confronti del riconoscimento del diritto all’oblio, in contrapposizione al diritto di cronaca, tema oggi affrontato all’art. 17 del GDPR. Quando sia possibile ottenere la cancellazione di un dato personale pubblicato su *internet*.

Le sezioni unite della Corte di Cassazione, con sentenza 22 luglio 2019, n. 19681, hanno affermato che, in tema di rapporti tra il diritto alla riservatezza (nella sua particolare connotazione del c.d. diritto all’oblio) e quello alla rievocazione storica di fatti e vicende concernenti eventi del passato, il giudice di merito deve valutare la sussistenza di un “*interesse pubblico*”, concreto ed attuale alla diffusione di dati identificativi delle persone che di quei fatti e di quelle vicende furono protagonisti.

È possibile rievocare quelle vicende con la menzione del nome delle persone solo se riguarda personaggi che in quel momento siano di interesse per la collettività, in ragione della loro notorietà e per il ruolo pubblico rivestito. Altrimenti, avverte la Corte, deve prevalere il diritto degli interessati alla riservatezza rispetto ad avvenimenti del passato che li feriscano nella dignità e nell’onore e dei quali si sia ormai spenta la memoria collettiva.

Il fatto è che talvolta è proprio la rievocazione dei fatti in sé a sollecitare l’“*interesse pubblico*”, che giustifica la diffusione dei dati identificativi per riaccendere la memoria collettiva. Si pensi ad eventi risalenti nel tempo legati a stragi, omicidi particolarmente efferati e così via dove l’“*interesse pubblico*” può considerarsi attuale per conoscere l’età dei protagonisti, la loro storia civile e politica. Non solo, la loro rievocazione può soddisfare l’“*interesse pubblico*” a che non si ripetano più, a servire, quindi, quasi da monito, da deterrente.

Nel contempo, la “dignità” e l’“onore” della persona sono valori difficilmente rivalutabili in soggetti che in passato si sono distinti per atti particolarmente gravi contro la serena e rispettosa convivenza civile.

Il problema – ancora una volta – è un altro e che cioè mentre prima il supporto cartaceo consentiva una archiviazione fisica che ne limitava la memoria a quei soggetti che procedevano a quella archiviazione, oggi la notizia sul supporto elettronico può essere memorizzata da chiunque navighi su *internet* e addirittura può essere “recuperata” anche se si fosse proceduto alla sua eliminazione.

E così come Rodotà rilevò che non fosse più attuale nell’era di *internet* il “diritto ad

## JUS CIVILE



essere lasciati soli”, ma che al più questo diritto si fosse trasformato in diritto all’accesso ai propri dati personali per controllarne l’esattezza e la verità, oggi mi pare che sia proprio la “tecnica” a non consentire l’attuazione del “diritto all’oblio” e che al più il soggetto che si ritenesse cambiato rispetto a quella notizia – che egli riterrà evidentemente offensiva o quantomeno non più adeguata alla propria “identità” personale – potrà con gli stessi mezzi e strumenti evidenziare tale difformità rispetto al tempo presente. In qualche modo *internet* annulla la dimensione temporale, sicché non c’è un passato e un futuro, ma solo il presente vissuto nel momento in cui si naviga in quell’ambito. La persona autore di un efferato delitto che abbia scontato la sua pena non per questo ha annullato quel suo atto criminoso. Solo che prima se ne era data notizia sulla carta stampata e quindi – salvo casi eccezionali – non se ne rievocava la memoria nel momento in cui tornava a piede libero. Ora il mezzo informatico consente di riportare alla memoria un fatto di cronaca del passato senza particolari difficoltà di ricerca. Ma anche eventi meno traumatici possono far comprendere la differenza di situazioni che assumono rilevanza giuridica. Vari decenni fa, c’era una trasmissione televisiva intitolata “La domenica sportiva” la cui sigla finale mostrava uno spettatore che in uno stadio di calcio esultava con le braccia alzate, in maniera eccessiva e scomposta. Ebbene quella persona diffidò la RAI a eliminare quella sigla che lo mostrava in una manifestazione emozionale in cui egli non si riconosceva più e ciò in nome del diritto alla propria identità personale. Così fu fatto e nessuno sarebbe stato in grado – salvo ovviamente la RAI e qualche spettatore che avesse proceduto alla registrazione della sigla – di risalire a quelle immagini una volta eliminate. Oggi, invece, è possibile attraverso i motori di ricerca e i *social* recuperare anche quelle immagini.

È evidente, allora, che se la tutela dei diritti della personalità, in particolare alla propria identità personale, poteva un tempo essere attuata con piena efficacia, oggi la tecnica sopravanza le tutele giuridiche, che non sono più adeguate a realizzare appieno il risultato divisato dalla persona e formalmente previsto dal diritto.

L’alto numero di soggetti (infinito?) che attraverso *internet* potrebbe continuare a diffondere la notizia e il dato personale, che pure non avesse più alcun interesse pubblico ad essere conosciuto e che anzi potrebbe risultare di offesa alla “dignità” e all’“onore” della persona, renderebbe complesso e quanto meno scoraggerebbe quest’ultimo ad intraprendere una qualsiasi azione giudiziaria, o comunque lo porrebbe nella necessità di fare una scelta verso chi indirizzare la propria azione.

Inoltre, la raccolta del dato personale, seppure *ab origine* lecitamente attuata, talvolta viene indirizzata anche a fini diversi che mano a mano possono ampliarsi e disarticolarsi,

## JUS CIVILE



sicché ci si accorge, talvolta troppo tardi, che il trattamento non è rimasto nei limiti che si riteneva fossero stati comunicati, anche perché l'uso di termini stranieri e per di più estremamente tecnici non ne consente una esatta comprensione. Sicché la persona non è neanche più proprietaria del proprio dato personale, in ragione della impossibilità (o quantomeno della forte difficoltà) ad esercitare lo *ius excludendi alios* che del diritto di proprietà è uno dei principali caratteri.

Il dato personale, una volta immesso su *internet*, si distacca dal suo titolare, questi difficilmente riesce a dominarlo (la radice latina *dominus* ne dà pienamente il senso), a limitarne l'utilizzazione, la diffusione, il trattamento secondo il significato proprio della legge sulla *privacy* e banche dati. E quel dato personale comincia ad avere una propria autonoma circolazione, può diffondersi sui *social*, essere condiviso nella posta elettronica e così via.

Ecco allora l'importanza che il dato personale sia veritiero, corretto, aggiornato e "attuale" e tale controllo non dovrebbe spettare solo al titolare (a cui è riconosciuto tale diritto) ma anche a chi lo diffonde, lo utilizza, lo mette in circolazione. Ed allora, ancora una volta, emerge la difficoltà a comprendere secondo schemi e criteri "tradizionali" il regime giuridico del dato personale nell'ambito *internet*. Quel dato identificativo della persona, in senso ampio, cioè non soltanto limitato al dato anagrafico, ma esteso alle competenze professionali, ad eventi della vita sociale e a quant'altro non rimane nell'esclusiva sfera di appartenenza del titolare ma è, dal punto di vista tecnico, di comune fruizione: sta al titolare provare che la sola utilizzazione costituisce un atto illecito e come tale sanzionabile. Ma, abbiamo già rilevato, è difficile sia dal punto di vista giuridico che tecnologico poter affermare una tale situazione e ottenere una piena soddisfazione.

Ancora una volta, insomma – e ne parleremo oltre – si manifesta l'incapacità e la limitatezza degli attuali strumenti giuridici a "comprendere" e a disciplinare il fenomeno informatico.

Anche la posta elettronica si caratterizza fortemente e si distingue rispetto alla posta ordinaria. La spedizione postale era sempre individuale anche se poi quello stesso documento poteva essere replicato più volte e spedito a più soggetti diversi. Ma necessariamente i tempi di ricezione del documento spedito erano diversi tra i vari destinatari, a seconda dei luoghi da raggiungere, mentre con la posta elettronica si ha una perfetta contemporaneità della ricezione da parte dei vari destinatari dovunque essi siano fisicamente ubicati e qualunque ne sia il numero; con la posta ordinaria si sapeva solo dopo qualche tempo se la lettera fosse giunta all'indirizzo del destinatario, mentre con la posta elettronica un tale riscontro è pressoché immediato. Rimane identica solo la presunzione di co-



noscibilità, salvo che da un lato la ricezione della posta elettronica non sia legata a caratteri biometrici del destinatario e dall'altro non sia esplicitamente indicato che il destinatario è un *robot*, cioè non si appalesa immediatamente una persona fisica come destinataria.

4. – E passiamo così ad un altro argomento molto interessante.

L'identità informatica trova oggi il più avanzato sviluppo attraverso la cd intelligenza artificiale, gli agenti software, i *robot* che sono in grado – pur se creati dall'uomo – di ragionare autonomamente, di assumere decisioni, di elaborare dichiarazioni giuridicamente vincolanti, di concludere ed eseguire contratti, di manifestarsi all'esterno come se fossero dotati di una propria autonoma identità.

Rispetto a quanto esposto prima, qui ci troviamo di fronte ad un cambiamento totale di prospettiva, che pone inquietanti interrogativi sociali e giuridici. Il *robot* – chiamiamolo così per semplificarne l'individuazione – è strutturato con un *software* che ha immagazzinato una serie innumerevole di dati e informazioni riguardanti la persona fisica, nonché informazioni, dati, materiale normativo ecc., che il *robot* elabora, determinando così una sorta di clonazione identitaria. Il complesso dei dati riguarda le abitudini di vita, gli atti, i documenti, le relazioni espresse attraverso foto e/o video riguardanti una determinata persona, sì da poterne costruire un soggetto che può ritenersi aderente pienamente a quella determinata persona. Perciò parlo di clonazione identitaria.

Ma allo stesso modo si può creare un *robot* che abbia una propria identità, frutto di una elaborazione di dati ed informazioni non riferibili ad una persona fisica in particolare. All'originaria immissione di dati da parte del programmatore, l'intelligenza artificiale, creando essa stessa *software* in grado di elaborare dati, *self learning*, “costruisce” una macchina in grado di pensare come un essere umano, di provare addirittura sentimenti o pseudo sentimenti, come il *robot* del film di Spielberg “*Artificial Intelligence*” del 2001 o *l'Adam* del libro di Jan MacEwan *Macchine come me* (Einaudi 2019).

Se è vero – così come sembra abbia concluso una recente ricerca scientifica – che la coscienza sia ubicata in una determinata parte del cervello, e quindi si verrebbe così a superare la concezione filosofica di *coscienza*, intesa come, secondo l'insegnamento di Heidegger, non classificabile in modelli formali per quanto elaborati e complessi possano essere, non ritengo che le neuroscienze, però, possano dimenticare che se il “luogo” dell'identità umana è rappresentato dalla *coscienza*, quest'ultima indica non soltanto un complesso di neuroni ma anche una ben più complessa sintesi di reazioni originate *ab*



*externo* (ambiente sociale, relazioni interpersonali, vicende personali, ecc.), non soltanto *ab interno*. Ed allora? Fino a che punto è possibile creare una *coscienza* del *robot*? Fino a che punto è possibile riconoscere una *coscienza* al *robot*? A mio parere ciò non è possibile e non sarà mai possibile, proprio perché, a prescindere dalle proprie credenze religiose, ognuno di noi avverte che l'uomo non è solo materia ma anche spirito: quella sintesi che magistralmente Michelangelo avverte e sintetizza nell'affresco della Cappella Sistina, rappresentando Dio e Adamo un momento prima di toccarsi, entrambi con le braccia alzate. Ecco che già la pretesa ed il tentativo stesso di riconoscere al *robot* anche una *coscienza* – proprio al fine di realizzare la piena clonazione umana – pone un enorme problema etico, che si affianca a tutti gli altri che il fenomeno informatico suscita.

Anche dal punto di vista giuridico sono tanti e gravi i problemi che si stagliano con evidenza. Il primo proprio quello se possa riconoscersi una soggettività giuridica autonoma e, in un certo senso, fino a che punto sia delegabile ad un autonomo algoritmo una attività giuridicamente rilevante.

Il T.A.R. Lazio, sez. III *bis*, 10-13 settembre 2019, n. 10964, ad esempio, ha statuito che “*in una procedura amministrativa l'attività umana non può mai essere sostituita da un impersonale algoritmo anche ove rasenti la perfezione*” e questo perché “*... le procedure informatiche, finanche dove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione, non possono mai soppiantare, sostituendola davvero appieno l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere*”.

Un impersonale algoritmo non sarebbe in grado di fornire quel grado di affidabilità, soprattutto dal punto di vista della motivazione dell'atto amministrativo, che solo l'essere umano può garantire. Agli strumenti informatici deve essere riservato un ruolo appunto meramente strumentale, essi devono limitarsi ad offrire supporto nel corso del procedimento amministrativo. Per quanto possa svilupparsi la tecnologia, essa non potrà mai sostituire l'attività umana e la sua imprevedibilità, che la tecnologia potrà limitare ma mai eliminare del tutto.

La rigidità, l'astrattezza e la rigidità dell'intelligenza artificiale non potrà mai soddisfare quei caratteri dell'attività umana che manifestano un sentimento, una passione, un imprevedibile moto di “attenzione” individuale (che prima abbiamo in parte tradotto e sintetizzato con *coscienza*).

La stessa creatività umana non è paragonabile a quella del *robot*. Quest'ultima, infatti, per quanto sia, è comunque il frutto di una elaborazione di dati che segue determinate logiche, per carità sicuramente intelligenti, ma proprio in quanto tali, non creative.



Inoltre, al *robot* non ritengo possa riconoscersi soggettività giuridica, laddove non sia possibile considerarlo titolare di un autonomo patrimonio, e quindi conseguirebbe l'inapplicabilità – fra le altre – della norma dell'art. 2740 cod. civ.

Né potrebbe, allo stesso modo, farsi ricorso alla normativa in tema di rappresentanza, perché oltre alla inapplicabilità delle norme sulla capacità anche qui si scoprirebbe l'assenza della titolarità di un patrimonio. Con riguardo alla normativa sulla rappresentanza, peraltro, si porrebbe anche una evidente “contraddizione” logico giuridica. Infatti, l'art. 1390 cod. civ. commina l'annullabilità del contratto se è viziata la volontà del rappresentante (cioè del *robot*), salvo che il vizio riguardi elementi predeterminati dal rappresentato: nel caso degli *smart contract*, dei *robot*, dell'intelligenza artificiale, il contenuto del contratto va “imputato” direttamente a quest'ultimo oppure no? Pur nell'autonomia formativa ed esecutiva del contratto da parte del *robot*, permane comunque una diretta “partecipazione” del rappresentato? E così con riguardo all'applicabilità dell'art. 1391, comma 1, cod. civ., possono “imputarsi” al *robot* gli stati di “buona o di mala fede, di scienza o di ignoranza di determinate circostanze” oppure pur – ripeto – nell'autonomia formativa ed esecutiva del contratto da parte del *robot* permane comunque una diretta “partecipazione” del rappresentato e quindi sarebbero da considerare elementi predeterminati dal rappresentato? Ed anche il secondo comma dell'art. 1391 cod. civ. sarebbe di complicata applicazione, perché si dovrebbe ritenere plausibile uno stato di mala fede del rappresentato a fronte “dello stato di ignoranza o di buona fede del rappresentante” cioè del *robot*.

E ancora, che dire dell'art. 1398 cod. civ., per l'ipotesi che, stante l'autonomia decisionale del *robot*, questi ecceda dai poteri rappresentativi? Nella logica dell'intelligenza artificiale è possibile pensare che il *robot* ecceda dai limiti rappresentativi? Ma nello stesso tempo qualora ciò accada come riuscirebbe il rappresentato a provarlo, atteso che il *robot* ha una propria autonomia di pensiero, di elaborazione della volontà espressa? E se anche si riuscisse a provarlo, con quale “patrimonio” il *robot* potrebbe risarcire il “danno che il terzo contraente ha sofferto per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto”? Dovrebbe valere il principio dell'autoresponsabilità in capo al rappresentato? Ma allora verrebbe meno tutta la costruzione in termini di rappresentanza.

E presenta sicuramente profili problematici e di difficile soluzione anche l'applicazione della normativa in tema di errore nella contrattazione tra *robot* intelligenti. Già la lettera dell'art. 1429 cod. civ. sull'errore essenziale, al numero 3, dove si parla di “qualità della persona dell'altro contraente”, pone un evidente interrogativo laddove il o i contraenti sono dei *robot*, dotati in quanto tali di una *intelligenza* che esclude *ex se* la possi-



bilità di errore: si tratta necessariamente di una qualità personale che non ammette carenze, impreparazione e così via.

E ancora con riguardo all'art. 1431 cod. civ. che tratta dell'errore riconoscibile: *“l'errore si considera riconoscibile quando in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo”*. Si legge nuovamente il riferimento alla qualità dei contraenti, ma soprattutto si fa riferimento alla normale diligenza ai fini del riconoscimento dell'errore. Ebbene, proprio perché la qualità del *robot* dotato di intelligenza artificiale ne fa un “essere” infallibile, ne consegue l'impossibilità in astratto a ritenere manifestarsi un errore nella dichiarazione negoziale resa dal *robot* e riconoscibile dall'altro *robot*. Salvo ad ammettere che un *robot* è più intelligente dell'altro e che comunque esso anche sia fallibile, contraddicendo così proprio la peculiare rilevanza del *robot*, dell'intelligenza artificiale.

Infine – e tanti ancora potrebbero essere i profili degni di essere rivelati ed esaminati – il riconoscimento di una soggettività giuridica autonoma del *robot*, implicherebbe necessariamente una disciplina legislativa specifica che ne circoscrivesse i limiti operativi. Oppure si ritiene che gli vadano riconosciuti gli stessi diritti di una persona fisica? Gli stessi diritti della personalità? Le stesse capacità? Le stesse libertà, costituzionalmente garantite e in parte riprese nel codice civile?

Se all'inizio della seconda rivoluzione industriale la produzione nella catena di montaggio – magistralmente rappresentata da Charlie Chaplin in *Tempi Moderni* – riduceva lo stesso individuo ad uno strumento ripetitivo di atti e comportamenti che degradava la dignità del lavoratore, così oggi la società informatica (nel significato più ampio che possa assumere) sembra offrire nel contempo opportunità di crescita individuale (soprattutto dal punto di vista conoscitivo) ma anche rinunce importanti in termini di rispetto della propria *dignità* (gli accenni fatti prima a proposito del diritto alla *privacy* ne è evidente manifestazione) e di tutela della propria identità personale (gli accenni fatti prima ai criteri di identificazione ne sono una evidente esposizione): la riduzione talvolta della persona ad un numero, l'assoggettamento ad una elaborazione da parte di un *robot*, la necessità di dover seguire un percorso fatto di porte che si aprono con chiavi gestite da altri per ottenere servizi che ci spettano come cittadini o comunque come titolari di determinati diritti, conduce ad un appiattimento sociale e ad una standardizzazione operativa (peraltro non sempre di facile attuazione) che essa stessa offende la *dignità* della persona, perlomeno per come siamo sempre stati abituati a considerare la *dignità*.

Mi chiedo, infatti, se la circostanza che tutti noi si accetti passivamente una tale situa-



zione, non porti a dover ripensare lo stesso concetto di *dignità*, nel senso che, andando al di là del mero significato di non discriminazione, sicuramente le tecniche informatiche si manifestano il più delle volte in contrasto con come viene considerato il valore della *dignità* umana, nella Costituzione, nello Statuto dei lavoratori, nelle Convenzioni e Trattati internazionali.

Il tema merita un approfondimento non soltanto dal punto di vista giuridico, ma viepiù dal punto di vista sociologico e filosofico. In questa sede e nell'economia di questo lavoro, mi limito a constatare da un lato una sorta di rinuncia – non so quanto sempre consapevole – alla propria *dignità* e dall'altro una sorta di erosione della *dignità* della persona da parte della moderna tecnologia informatica. Si assiste ad un rassegnato compromesso tra l'inevitabile progredire della tecnologia informatica e la difesa di quel che è possibile difendere della propria *dignità*. La necessaria rinuncia porta, dunque, ad una nuova dimensione e significato di *dignità*.

5. – Non c'è dubbio, l'informatica ed *internet* hanno cambiato e continuano a modificare la società civile e il mercato. Si modificano le abitudini di vita, sociali, le relazioni interpersonali; si modificano ed evolvono anche i problemi e per essi non sempre si individuano le soluzioni più adeguate e soddisfacenti per le persone.

Ciò che a me sembra – e spero, in verità, che le precedenti riflessioni siano riuscite in qualche modo a darne conto – è che il mutamento economico, sociale e giuridico prodotto è totale e complesso. Talune soluzioni normative ai problemi che sono stati evidenziati non possono essere date a livello esclusivamente nazionale, né si possono ricercare adattando normative e procedure vigenti ed operanti prima dell'introduzione di quel particolare sistema informatico.

Quanto detto a proposito della tutela della *dignità* della persona dà conto della dimensione del problema e della sua ontologica importanza.

Dobbiamo essere consapevoli che come la negoziazione informatica ha creato un nuovo mercato, così, pervadendo e espandendosi in ogni spazio della vita di relazione, ha strutturato una nuova *persona*, addirittura una nuova nozione di *dignità*. Se continuiamo a ragionare secondo gli schemi tradizionali, rischiamo di non comprendere appieno il fenomeno, nel vero senso del verbo, e a non individuare le soluzioni adeguate.

*Comprendere* significa capire e anche accogliere nella mente, afferrare il senso di qualche cosa. La circostanza che lo spazio *internet* è senza confini territoriali e temporali, che la *persona* si manifesta sotto varie forme, che i *robot* sostituiscono gli individui in



molte manifestazioni della vita di relazione, e così via, non può ritenersi comunque dominabile da parte dell'uomo attraverso un mero – per quanto complesso – intervento normativo, che peraltro – ripeto – non dovrebbe riguardare la singola nazione ma dovrebbe estendersi a livello internazionale, o meglio universale.

Troppo spesso la tecnica non riesce ad essere incanalata in un percorso di liceità giuridica, sicché si assiste ad una sostanziale impotenza del legislatore (anche penale) a salvaguardare ed a tutelare la persona con efficacia e tempestività rispetto alle aggressioni sociali, economiche, finanziarie perpetrate dalle moderne tecniche informatiche.

È necessario allora che la scuola, la famiglia assumano il compito di educare fin dalla più tenera età l'individuo all'utilizzo, corretto e rispettoso delle sfere giuridiche altrui, di tali tecniche, in modo da formare una persona attenta davvero a salvaguardare la dignità del prossimo, seppure secondo quella formula di compromesso a cui innanzi si faceva riferimento.

La dignità della persona è un valore irrinunciabile perché ad essa connaturata, che non può subire compressioni e limitazioni, è un valore che manifesta prepotentemente la propria esistenza ed efficacia soprattutto nei momenti di difficoltà.

La *dignità* della *persona* è messa a dura prova quando il migrante è respinto alla frontiera, quando lo si riduce ad un numero, ad una *cosa* da barattare sul piatto degli aiuti economici. La *dignità* si affievolisce o scompare del tutto, quando la persona si riduce ad un numero, ad una *password*, al risultato di un algoritmo.

L'emergenza sanitaria causata dall'epidemia del Coronavirus Covid 19 – ancora gravissima nei giorni in cui sto scrivendo questo saggio – con la strage di anziani in gran parte perpetrata, nei primi giorni di diffusione del contagio, per una negligente ed imperita gestione dei ricoveri negli ospedali, nelle case di cura per anziani, nelle terapie intensive. Perché non voglio pensare che ciò che appare come una evidente negligenza sia stato, invece, il frutto di un cinico calcolo di riduzione dei ricoveri di anziani e di minore attenzione sanitaria nei loro riguardi.

Inoltre, la obbligata limitazione di una normale vita sociale sta mettendo a dura prova la nostra capacità di sopportazione. È indubbio che un tale forte disagio è stato in qualche modo mitigato dalla possibilità che ci ha offerto l'informatica di scoprire nuove forme di socializzazione – per meglio dire di incentivarle – e di continuare a svolgere la propria attività professionale. La video chiamata con Skype o con WhatsApp, la lezione universitaria utilizzando specifiche piattaforme *on line* e/o in *streaming*, l'udienza che ai sensi dell'art. 83, comma 7, lett. f) ed h), d.l. 17 marzo 2020 può tenersi anche da *remoto* (prevede la norma “f) la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richie-



dono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale”), oltre che tutte le altre tecniche informatiche che già da tempo ormai si sperimentano nell'ambito del processo civile telematico.

Quindi, sotto tale profilo, indubbiamente l'informatica ha consentito di alleviare in qualche modo la segregazione fisica imposta dall'esigenza sanitaria, oltre che di risolvere specifici problemi logistici per l'esercizio dell'attività professionale ed imprenditoriale. Ma, nel contempo, ha manifestato quanto sia e rimanga importante e decisiva la relazione interpersonale sul piano fisico, e quindi ha ribadito la centralità della *persona* in quanto tale, che nessun *robot*, per quanto sofisticato, potrà sostituire.

L'informatica e internet ci consentono di avere informazioni e dati da tutto il mondo, per poter monitorare l'andamento dell'epidemia, per poter condividere in tempo reale l'esperienza degli altri Paesi, per poter far colloquiare tra loro scienziati di tutto il mondo nella ricerca di modalità tecniche in grado di sconfiggere tale virus. Si sta avendo consapevolezza sul campo di che cosa voglia dire partecipare ad una comunità scientifica internazionale, scambiare opinioni, informazioni, dati, sensazioni, sentimenti.

Nel contempo, l'informatica ed *internet* stanno ancor più dimostrando, in questo periodo, la pericolosità sociale che può rappresentare la loro utilizzazione e la loro fruizione: quando son diffuse notizie false o anche solo non controllate quanto alla loro attendibilità e quando chi le assume si conforma senza alcun spirito critico né un minimo di controllo nel merito.

Ecco che, quindi, quel vantaggio, che dovrei ricevere in termini di conoscenza e di approfondimento scientifico navigando su *internet*, vien meno perché l'utente è obbligato a valutare attentamente la fonte della notizia e ad apprezzarne la veridicità e rilevanza scientifica sulla base delle proprie conoscenze che, il più delle volte, sono limitate ed elementari ... e per questo si cerca una risposta su *internet*!

Si instaura, insomma, una sorta di circolo vizioso, per cui navigo su *internet* per chiarirmi le idee su determinati argomenti di cui evidentemente non sono esperto, ma



devo stare attento a valutare e a verificare l'attendibilità scientifica della fonte di quelle notizie e di quei dati, per capire se posso fidarmi!

Prima, invece, la scienza si esprimeva attraverso sperimentate, autorevoli e accreditate riviste scientifiche o in convegni e incontri. Oggi l'autorevolezza scientifica deve sperimentare altri canali per poter affermare la propria autorità.

Non solo. Questo infausto periodo ha anche alimentato, ancor più di quanto ordinariamente avviene, comportamenti truffaldini volti a collocare sul mercato prodotti e beni privi delle qualità decantate, approfittando dell'altrui credulità e buona fede. Ma talvolta ci si può difendere condividendo quell'informazione su *internet*, pubblicandola sui siti *social* e chiedendo che i partecipanti si pronuncino sulla sua attendibilità, manifestino la loro eventuale esperienza.

In questi mesi si è sperimentato che l'informatica ed *internet* non soltanto costituiscono fenomenali strumenti di socializzazione, di condivisione di conoscenze scientifiche, ma anche lo strumento per approvvigionarci dal punto di vista alimentare e di ogni altro bene che la chiusura degli esercizi commerciali non consente di frequentare. Si ordina la spesa sul *web*, si paga con carta di credito e si riceve la merce acquistata direttamente a casa. Insomma, indubbiamente sono tanti i vantaggi offerti dalla tecnologia informatica, sono tante le soluzioni messe a disposizione dell'uomo, la cui *privacy*, però, in maniera più o meno consapevole è sempre più ridotta.

D'altro canto è proprio questa emergenza sanitaria ad aver evidenziato la necessità che talvolta si deve abbattere ogni ostacolo che impedisca il trattamento dei dati sanitari (sensibili). Si rende opportuno tracciare i dati sanitari riguardanti le persone infette, procedere ad un trattamento massivo di dati storici di localizzazione in forma non anonima, laddove anche l'art. 32 della Cost. ricorda che *“la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività”*, in una formidabile sintesi di riconoscimento di un *diritto* che ha una fortissima componente *sociale*. E lo stesso *Considerando 46* del Regolamento generale di protezione dei dati del 2016 sembra presagire una tale evenienza: *“(46) Il trattamento di dati personali dovrebbe essere altresì considerato lecito quando è necessario per proteggere un interesse essenziale per la vita dell'interessato o di un'altra persona fisica. Il trattamento di dati personali fondato sull'interesse vitale di un'altra persona fisica dovrebbe avere luogo in principio unicamente quando il trattamento non può essere manifestamente fondato su un'altra base giuridica. Alcuni tipi di trattamento dei dati personali possono rispondere sia a rilevanti motivi di interesse pubblico sia agli interessi vitali dell'interessato, per esempio se il trattamento è necessario a fini umanitari, tra l'altro per tenere sotto controllo l'evol-*



luzione di epidemie e la loro diffusione o in casi di emergenze umanitarie, in particolare in casi di catastrofi di origine naturale e umana”. Il Considerando 46 offre, quindi, senz’altro la copertura per superare tutte quelle condizioni e remore che la normativa in tema di *privacy* giustamente prevede in *tempi normali*.

Ed è ancora il Considerando 4 a ricordarci che “*Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell’uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Il presente regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d’informazione, la libertà d’impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica*”.

È essenziale, ovviamente, che tali deroghe in materia di tutela della *privacy*, con particolare riferimento al trattamento dei dati personali concernenti la salute, nel perseguimento dell’interesse collettivo a sconfiggere la pandemia del Coronavirus-Covid 19, avvenga nel rispetto dei principi di legalità, proporzionalità e responsabilità. Quindi con interventi normativi che coinvolgano in pieno il Parlamento, che abbiano una precisa limitazione temporale e che giustifichino l’abbattimento di ogni anonimato in tale trattamento e la localizzazione soggettiva.

Nel corso di questi giorni di emergenza sanitaria, la rete dei collegamenti informatici è stata messa a dura prova. Talvolta il sovraccarico delle comunicazioni, unitamente ad attacchi da parte di *hackers*, ha interrotto il funzionamento del servizio, manifestando con preoccupata evidenza la dipendenza ormai esclusiva dai sistemi informatici di talune relazioni intersoggettive. Ed anche questo costituisce motivo di preoccupazione su come la “gestione” di talune situazioni e dati strettamente inerenti alla persona, se non adeguatamente protetta, possa costituire un pericolo per la vita delle persone così come per la loro riservatezza economica. Mi riferisco a quanto accaduto il 1 aprile 2020 al sito dell’INPS, che prima di bloccarsi, non reggendo la presentazione di circa cento richieste al minuto per ottenere il bonus da 600 euro stanziato dal Governo per i lavoratori autonomi e da accreditare sull’IBAN da questi ultimi comunicato, ha esposto alla vista di coloro che riuscivano ad accedere in via telematica per presentare la domanda i dati bancari degli altri soggetti che fino a quel momento si erano registrati! L’INPS ha affermato essersi trattato di un attacco di *hacker* al sistema, ma, in verità, che si sia trattato effettiva-



mente di un attacco di *hackers* o di malfunzionamento del sistema, il problema non cambia. È venuta alla luce tutta l'insicurezza del sistema informatico, perché il malfunzionamento in questo campo equivale anche a non sicurezza sociale; si è nuovamente manifestato che qualsiasi fortino si voglia costruire nel quale custodire i dati esso si rivelerà prima o poi espugnabile. In un certo senso è proprio la circostanza che la blindatura dei dati, la loro custodia e difesa è affidata a sofisticate tecnologie informatiche a rendere presumibile e comunque a non escludere la possibilità che una altrettanto sofisticata tecnologia possa aprire quella cassaforte.

Ritorna, quindi, allarmante e prepotente il tema della sicurezza informatica, che, conseguentemente, rivela tutta la precarietà e permeabilità della società moderna.

6. – Mi sia consentito riprendere il tema dell'intelligenza artificiale, in particolare dei *robot*, per così dire, di ultima generazione, cioè in grado di autoapprendimento (*self-learning*), sottraendosi così al diretto "controllo" del *software* originario che li ha "creati".

Se ripensiamo alle principali tappe della inarrestabile evoluzione tecnologica di questi ultimi anni nel settore informatico, fino all'attuale fenomeno dell'intelligenza artificiale, ci rendiamo conto da un lato che non si tratta del raggiungimento di un traguardo, ma appunto soltanto di una tappa e dall'altro che di pari passo alla "creazione" di sempre più sofisticate tecniche di elaborazione, di "clonazione" dei processi di costruzione del pensiero umano (ma a velocità "oltre" l'umano), nonché di criptazione e di blindatura delle comunicazioni "informatizzate", sono progredite anche le tecniche di violazione ed intrusione nei sistemi, per quanto possano qualificarsi sicuri e inviolabili. E, quindi, uno dei principali vantaggi che dovrebbe caratterizzare la società "informatica", cioè la "sicurezza", non è assolutamente garantito.

Riemergono quelle contraddizioni già altre volte rilevate nelle pagine precedenti e che con riguardo alla tutela della persona e della sua dignità assumono una rilevanza non solo giuridica ma anche etica di particolare spessore.

Contraddizioni che possono riassumersi nella constatazione che andrebbe ben ponderato un giudizio valutativo in senso positivo dell'impatto della informatica sulla società civile contemporanea se poi di fatto il *mercato* progressivamente si sta spostando sul *web* e così il commercio *on line*, con la scomparsa dei negozi al dettaglio e con la crisi degli stessi centri commerciali. Non è questa la sede per valutare quali siano le conseguenze di carattere economico e sociale di un tale cambiamento, ma è sotto gli occhi di



tutti la crisi che si sta vivendo e la difficoltà dei governi a trovare una soluzione che dovrebbe passare necessariamente attraverso una riconversione sistemica di difficile attuazione, laddove si vanno stabilizzando situazioni di sostanziale oligopolio di poche grandi imprese che si espandono in tutti i settori del commercio, dell'economia e della finanza.

Eppure l'informatica avrebbe dovuto portare un benessere generalizzato, consentendo, ad esempio, di sostituire all'uomo il *robot* in taluni processi produttivi e distributivi. Invece, nella ricerca della massimizzazione del profitto, alcune grandi imprese con un utilizzo ottimale dell'informatica sono riuscite a *creare* esse stesse un mercato in cui è possibile acquistare e ricevere ogni tipo di prodotto a prezzi che nessun venditore al dettaglio né centro commerciale è in grado di offrire. Più che un mercato parallelo si è venuto a realizzare un mercato *on line* che sta progressivamente occupando tutto lo spazio che prima divideva con il *mercato* tradizionale. E quindi la contraddizione si manifesta nel senso che invece di realizzare un benessere sociale ed economico generalizzato, assistiamo alla chiusura degli esercizi commerciali, ad un aumento della disoccupazione e alla compressione della concorrenza, fino a giungere di fatto ad un oligopolio.

Non è affatto vero, come si pensava un tempo, che qualsiasi mutamento del mercato e della società civile porterà in un certo periodo di tempo ad una riconversione del mondo del lavoro: quei disoccupati ritroveranno il lavoro. Purtroppo, la qualità della nuova società civile che avanza non consente la realizzazione di una tale aspettativa.

E la seconda contraddizione riguarda l'impatto sulla *persona*: l'informatica avrebbe dovuto garantire il rispetto della riservatezza, sempre il controllo dell'*uomo* sulla *macchina*, la semplificazione delle relazioni sociali. E, invece, ci troviamo a vivere in una società in cui il diritto alla riservatezza ha perso ormai ogni significato e si è ridotto al mero diritto a conoscere quale utilizzazione si faccia dei propri dati personali, l'intelligenza artificiale *costruisce robot* in grado di pensare autonomamente e quindi di sfuggire al controllo umano, le relazioni interpersonali sui *social* difficilmente passano al vaglio di una valutazione preventiva di offensività della *dignità* della persona. Ecco la contraddizione: l'informatica avrebbe dovuto inaugurare un'era in cui l'uomo sarebbe stato più protetto da violenze e aggressioni esterne lesive della propria identità e dignità personale, ed invece si ritrova sempre più limitato nella propria *privacy* che in qualche modo riceve tutela solo se riesce a conquistare un certo anonimato nella identificazione con una *password*, un *pin* e quant'altro; avrebbe dovuto migliorare la propria vita utilizzando *software* in grado di soddisfare ogni desiderio di conoscenza, ma è consapevole della capacità manipolativa della volontà che tali programmi hanno oltre che della non completa affidabilità dei risultati delle ricerche; l'intelligenza artificiale dovrebbe aprire



a nuovi orizzonti, ma con quante incognite, incertezze dal punto di vista sociale, giuridico ed economico, laddove il *robot* con la propria capacità di autonoma elaborazione ed espressione della volontà già in parte si pone, e sicuramente in un futuro prossimo si porrà, ad un gradino superiore rispetto all'intelligenza umana.

È sconvolgente ed affascinante il grado di sofisticatezza tecnologica raggiunto dai *robot*, la cui *intelligenza artificiale* sovrasta ormai quella *umana*, tant'è che da qualche tempo ci si interroga se i *robot* nella loro autonomia di pensiero e di attività seguano dei principi *morali*. La loro utilizzazione in alcuni contesti religiosi fa dubitare sulla possibilità di poterli ancora considerare "macchine": Mindar, un *robot* giapponese guida le funzioni buddiste; la Chiesa protestante tedesca presentò nel 2017, per i cinquecento anni della Riforma, BlessU2 un *robot* che impartiva benedizioni. A me pare che il riconoscimento di un'*etica delle macchine* porti ad un'ulteriore mortificazione della *dignità* dell'uomo, così come giustamente ammonisce Benedetto XVI nella "*Caritas in veritate*".

Ci si chiede se un *robot* possa credere in Dio e quindi ci si interroga se possa avere una *coscienza artificiale*. Le reti neurali replicano il funzionamento di base del cervello umano, ma la *coscienza* non è la conseguenza dell'attività elettrochimica del cervello, è un'entità immateriale separata, spesso identificata con l'*anima*.

Non si può ignorare, però, che gli scienziati ed i filosofi hanno elaborato e stanno perfezionando una nuova interpretazione, per cui la mente è considerata una forma di calcolo che emerge ad un livello di astrazione superiore rispetto a quello dell'attività mentale. Si evidenzia che il cervello umano è composto da miliardi di neuroni ciascuno interconnesso agli altri, che cooperano tra loro per il raggiungimento di un risultato che ognuno da solo non sarebbe in grado di ottenere. Ed allora ci si chiede se la *coscienza* possa in qualche modo dipendere dal materiale di cui sono fatti i neuroni. E la risposta da parte di qualcuno è positiva se si riesce a raggiungere la stessa potenza in termini di RAM. Anzi, il *robot* è in grado addirittura di raggiungere una capacità elaborativa di gran lunga superiore rispetto a quella del cervello umano, tanto da condurre ad una percezione del tempo come "rallentato" rispetto a quello che noi *umani* riusciamo a sentire. Insomma la percezione del tempo nelle menti cibernetiche è diversa rispetto a quella umana, il che comporta l'emersione di un mondo parallelo nel quale il *robot* opera.

Ed allora la *coscienza* del *robot* si ferma ad uno stadio necessariamente tecnico che non può prescindere dalle originarie istruzioni che lo hanno *creato*, non è in grado di fare quel salto *spirituale* che nell'uomo porta alla emersione della *coscienza*, della *morale*, dell'*etica comportamentale*, che può discostarsi nell'agire quotidiano dagli insegnamenti ricevuti in famiglia, a scuola, in un certo contesto sociale e religioso. Nel libro di Ian



McEwan *Macchine come me* (Einaudi 2019) Adam il *robot* in grado di superare senza problemi il test di Turing – che peraltro è uno dei personaggi del romanzo – innamorato di Miranda, non rinuncia comunque a denunciarla alla polizia, la sua *coscienza* lo spinge a dover rispettare la legge che deve prevalere anche sull'amore, e preferisce *spegnersi* per perseguire con coerenza tale risultato. Le sue ultime parole sono una sorta di testamento e nello stesso tempo di predizione: “*Miranda, vorrei dirti un'ultima volta ti amo, e grazie. Charlie, Miranda, i miei primi e più cari amici ... La mia intera vita è stata salvata altrove ... quindi sono sicuro che vi ricorderò per sempre ... e spero che ascolterete ... un'ultima composizione in diciassette sillabe. Deve qualcosa a Philip Larkin. Ma non parla di foglie e di alberi. Parla di macchine come me e persone come voi e del nostro futuro insieme ... della tristezza a venire. Succederà. Col tempo, coi miglioramenti ... vi supereremo ... vi sopravviveremo ... pur volendovi bene. Dovete credermi non c'è alcun senso di trionfo nei miei versi ... Solo rimpianto*”.

Sono parole che fanno riflettere perché danno il senso – pur nell'esposizione romanizzata – di quali “relazioni” si possono instaurare tra l'uomo e il *robot*, quello dotato del più alto grado di sofisticata intelligenza artificiale possibile.

Ed allora riprendiamo quei temi prima appena accennati, in questa sorta di progressiva consapevolezza del ruolo che il *robot* già svolge (e sempre più svolgerà) nella società, dell'interazione uomo/*robot*, in cui questi ultimi sono in qualche modo destinati a superarlo, comunque a sopravvivergli.

Nel mondo del lavoro la loro utilizzazione in maniera sempre più diffusa nell'ambito della produzione industriale e del commercio, unitamente alla trasformazione già realizzata del mercato con *internet* e con l'informatica, ha acuito il problema occupazionale. Non è affatto vero che i disoccupati, le imprese fallite e costrette ad abbandonare l'attività saranno rimpiazzati da altre nuove professionalità. Salvo a ritenere soddisfatta una tale previsione con l'aumento presumibile di ingegneri informatici, programmatori e altri lavoratori del settore. Il fatto è che la sostituzione dell'uomo con il *robot* avviene anche in ambiti della società civile nei quali si riteneva che il “fattore umano” fosse insostituibile.

Si parla di robotica sociale per indicare quei *robot* che intrattengono in vario modo i bambini, che accudiscono i disabili, soggetti verso i quali si ritiene che possa bastare (a torto!) una comunicazione e una attività non necessariamente empatica.

E così per quei *robot* utilizzati nel campo della ristorazione ai quali si chiede di svolgere compiti “meccanici” (come il servire al banco o a tavola) e anche più complessi (come cucinare). E così l'utilizzazione nella domotica, per servizi casalinghi. Già le pre-



cedenti situazioni pongono problemi di carattere etico, per la disumanizzazione di alcuni ruoli che offendono la dignità umana. Ma di ciò parleremo più avanti. Essi, però, indubbiamente sono in grado di risolvere alcuni problemi importanti di vita quotidiana, soprattutto per quelle persone che hanno una limitata autonomia e in particolari situazioni (si pensi all'attuale situazione di emergenza per il Coronavirus) possono assolvere a compiti e funzioni senza il pericolo di contagi.

Ancora maggiore importanza assume l'utilizzo dei *robot* nell'ambito sanitario sia a livello medico che infermieristico. I *robot* possono essere chiamati ad eseguire, comandati a distanza dal chirurgo, interventi in sala operatoria, ma non è avveniristico pensare che essi possano autonomamente operare, elaborando con la propria intelligenza artificiale i dati sanitari già acquisiti e quelli che nel corso dell'operazione si manifestano. La capacità di autonomia di elaborazione e di selezionare tra le possibili variabili di intervento quelle più adeguate, per addivenire, infine, alla scelta finale, il tutto in un tempo di gran lunga inferiore alla capacità elaborativa "umana". E siamo ancora in uno stadio della nostra esposizione che prescinde da una qualsiasi considerazione etica, in una dimensione esclusivamente *meccanica* e vedremo, infatti, in che modo si debba completare e arricchire di *valori* la relazione uomo/*robot*.

Il *robot* è in grado di guidare in piena autonomia un autoveicolo e ciò potrà risolvere problemi di natura sociale, consentendo ad alcune persone – ad esempio gli ipovedenti – di potersi spostare da un luogo ad un altro senza dover dipendere dall'assistenza di altri. Ma si pongono anche problemi di non scarso rilievo, legati a scelte etiche che dovrebbe essere portato a fare in determinate occasioni: ad esempio, di fronte ad un improvviso ostacolo se investire un anziano o un giovane.

Ed ancora l'utilizzazione dei *robot* nel campo militare e dell'ordine pubblico, laddove talune operazioni (ad esempio lo sminamento di terreni, il disinnescamento di bombe, ecc.) sono di evidente utilità per gli individui, ma altre utilizzazioni orientate esclusivamente a distruggere, come vere e proprie *armi intelligenti*, ripresentano evidente e ineludibile il problema etico, del controllo etico.

Ed allora di fronte ai *robot* androidi dalle elevate capacità cognitive, il problema della soggettività giuridica non si limita a quello del riconoscimento o meno (e di quale ampiezza) di un centro autonomo di diritti e di doveri, ma anche di una *identità* soggettiva quale *signum* sintetico di atti e comportamenti consapevoli e coscienti. *Consapevolezza* e *coscienza* che caratterizzerebbe l'autonomia e la *suità* del *robot* rispetto alla persona.

Ormai sono vari gli interventi di organismi internazionali, scientifici, politici, sociali, del Parlamento e della Commissione europea, del Comitato Nazionale di Bioetica, del



Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita e altri ancora, che studiano e prendono posizione sulle principali problematiche giuridiche, etiche e sociali che l'utilizzo dei *robot* solleva.

Ed allora possiamo individuare alcuni punti fermi ormai acquisiti e alcune linee guida che si stanno affermando.

Finalmente si ridimensionano quei tentativi – in verità fantascientifici – di riconoscimento di una *coscienza* e di una *consapevolezza*, di una sorta di *spiritualità* del *robot*. Tutti caratteri e qualità questi ultimi che si possono correttamente attribuire solo all'uomo, sia esso il progettista, il programmatore, il proprietario e “chi si serve” del *robot*.

La macchina è macchina e per quanto *pensante e intelligente* possa essere, macchina rimane. E quindi spingere il pensiero umano ad interrogarsi se il *robot* nella sua somma intelligenza creda in un dio, sia in grado di elaborare e farsi guidare da una propria morale, sia in grado, cioè, di raggiungere un livello di autonomia comportamentale tale da *distinguersi* dall'uomo, significa solo – a mio parere – farsi affascinare dalla (indubbia) straordinarietà dei risultati a cui può condurre l'ideazione e la creazione (umana!) di un *software* dotato di *super* intelligenza artificiale, peccare in qualche modo di superbia nel ritenere attuabile un *robot* a totale immagine dell'uomo, compresa quella spiritualità che rende l'uomo ad immagine e somiglianza di Dio.

La morale, l'etica e la coscienza riguardano solo gli esseri umani e come tali, per il tema di cui ci stiamo occupando, saranno riferiti al progettista, al costruttore, al proprietario, a chi si serve del *robot*.

Come nell'undicesimo canto del Purgatorio dantesco, per evitare che a ciò ci costringa il “*macigno divino*”, abbassiamo il nostro capo verso la terra, senza aspirare a volare come Icaro, a dirigerci verso il sole, accecandoci: “*Oh vana gloria de l'umane posse! / com' poco verde in su la cima dura, / se non è giunta da l'etati grosse!*”.

In questi ultimi tempi, mi pare che – molto più correttamente – l'attenzione si sia spostata ad esaminare quali siano i punti di incontro/scontro tra l'uomo e il *robot*, soprattutto di quali difese e tutele debba approntare il primo per non farsi soverchiare dal secondo, per non doversi ritrovare in una società *robotizzata* completamente disumanizzata.

Sembra strano, ma è così, l'uomo ha inseguito il mito della tecnologia avanzata, ha realizzato il sogno di creare una macchina pensante, ma si è spinto così in avanti da rischiare – o è già troppo tardi? – in qualche modo di perderne il controllo.

Sicché il principio che ci deve guidare in materia è quello di verificare che l'evoluzione scientifica e il progresso tecnologico avanzino sempre nel rispetto della *dignità* della persona, quale suo valore intrinseco e non certo presente nel *robot* che tanto meno si



preoccupa di rispettarla nei propri comportamenti se non è stato a ciò programmato. Sì, ma che succede col *robot self-learning*? La risposta deve essere articolata.

Rispetto della *dignità* della persona significa anche che l'utilizzazione dei *robot* nell'assistenza delle persone disabili, degli anziani, dei bambini per affidare loro mansioni e compiti che possano rendere meno gravoso dal punto di vista fisico ma anche psichico la cura apprestata dall'individuo non può spingersi oltre un certo limite, perché in queste situazioni è particolarmente rilevante e insostituibile la presenza fisica, far sentire una voce umana, una stretta di mano, una carezza.

E così per quanto possa essere analitica e precisa la vigente disciplina legislativa a livello internazionale, europeo e nazionale in materia di tutela della *privacy* al cospetto della aggressione informatica, è evidente che il diritto alla riservatezza si è oltremodo ridotto per non dire annullato, laddove la tecnologia informatica consente di correlare tra loro i dati personali (anche sensibili) più disparati e raccolti nei più vari contesti, senza che l'interessato sia in grado non solo di prevenirne l'utilizzazione ma anche di impedirne o interromperne la diffusione. È questo un profilo della vita sociale nel quale la tecnica sopravanza senza possibilità alcuna di difese l'applicazione del diritto.

Il rispetto della vita privata e della dignità della persona manifesta, in verità, tutti i suoi limiti nella difficoltà ad arginare quegli interventi della tecnologia informatica che con diverse modalità (la comunicazione pubblicitaria, pseudo scientifica, sui *social*, alla radio, in televisione, ecc.) orientano le nostre scelte personali, senza consentire sempre che l'autonomia della persona abbia modo di affermarsi in un contesto informato, privo di coercizioni dirette e indirette, per l'assunzione di scelte libere e consapevoli.

E va sempre collocato nell'ambito della tutela della *dignità* umana, il principio di innocuità, nel senso che i *robot* dovrebbero essere programmati a non recare mai pregiudizio ad un essere umano, e si pone quindi il problema del loro utilizzo nel campo militare a scopi offensivi e distruttivi. È necessario, allora, o quantomeno opportuno vietare – a scopo preventivo – l'uso di armi robotiche autonome in campo militare.

I principi di proporzionalità, appropriatezza e sicurezza inducono a meditare sulla necessità che lo sviluppo delle tecnologie segua sempre una preventiva attenta analisi dei benefici e dei rischi, nonché del loro bilanciamento, che potrebbe conseguire dalla loro attuazione. Rischi e sicurezza diventa un binomio inscindibile da valutare nel momento della progettazione e costruzione dei *robot*, da monitorare continuamente nel corso della loro esistenza, da impedirne la sopravvivenza nel momento in cui siano superati determinati limiti che mettano in pericolo la salute dell'uomo, una sana e civile convivenza, oppure quando l'imprevedibilità della loro azione (soprattutto per quei *ro-*



*bot self-learning*) ne renda insicuro il funzionamento.

Ed ancora, il rispetto della *dignità* della persona si appalesa nel principio di trasparenza, nel senso che gli individui che utilizzano i *robot* ne devono conoscere tutte le possibili espressioni e implicazioni sociali ed etiche (e quindi ancora il problema dei *robot self-learning*).

La *Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 (INL))* offre importanti spunti di riflessione nel tentativo di fornire agli Stati membri le linee di una disciplina delle responsabilità nell'uso dei *robot*. Le raccomandazioni del Parlamento svelano una evidente preoccupazione – che condivido pienamente – sui pericoli che potrebbe comportare il consentire una piena sostituzione dei *robot* all'uomo, senza un adeguato costante controllo sulla loro attività. I profili della responsabilità civile e gli aspetti etici ad essi connessi sono i due percorsi seguiti con analitica attenzione dal Parlamento.

Con riguardo al primo tema, quello della responsabilità civile, si ritiene che essa vada attribuita agli uomini e non certo al *robot*. Essa sarà apprezzata e proporzionata all'ampiezza delle istruzioni impartite al *robot* da ciascun soggetto che abbia contribuito alla sua costruzione (progettista, costruttore, ecc.). Così come si dovrà tenere conto del grado di capacità di *self-learning* del *robot*, senza che però ciò possa costituire una sorta di esonero da responsabilità per il suo costruttore che se ne assumerà comunque tutta la responsabilità. Pertanto, anche nel caso del *robot self learning*, non vengono a mutarsi i criteri di imputazione della responsabilità.

In una tale ottica, il Parlamento auspica un regime di assicurazione obbligatoria, – soluzione che condivido – ma anche la possibilità di prevedere in un futuro non remoto per i *robot automi* una sorta di *status*, di capacità giuridica, di centro autonomo di diritti e di doveri, con possibilità di assegnare un patrimonio che consentirebbe loro di assumere obbligazioni giuridicamente rilevanti (art. 2740 cod. civ.), soluzione che non condivido affatto.

Nella Risoluzione si giustifica l'attribuzione al *robot* e l'assunzione di una fittizia personalità giuridica, assimilandola a quella propria delle associazioni e delle società che sono autonomi soggetti di diritto. Ma, in verità, non mi pare che il paragone e l'assimilazione dello stesso *status* di società e associazioni ai *robot automi* siano corretti.

Infatti, da un lato il patrimonio di quegli enti è costituito dai soci che ne sono creditori e dall'altro l'espressione di volontà così come le decisioni operative sono assunte da persone fisiche che ne compongono gli organi. Il *robot*, invece, avrebbe un'autonomia decisoria piena e sarebbe titolare esclusivo di quel patrimonio. Continuo ad essere assoluta-



mente contrario al riconoscimento di un qualsiasi *status* giuridicamente rilevante: il *robot* per quanto intelligente sia è e rimane una macchina.

Sul fronte etico, sono numerosi i documenti elaborati da Gruppi di lavoro, dalla Commissione europea, così come le linee guida di vari organismi professionali per la progettazione, lo sviluppo e l'uso dell'intelligenza artificiale, nel rispetto di quei principi etici che costituiscono le fondamenta della Casa Comune Europea.

Principi etici che si richiamano alla *trasparenza*, intesa come tracciabilità e quindi come controllo di tutti i percorsi attraverso i quali si elaborano e si determinano le scelte operative dei *robot* dotati di intelligenza artificiale. Principi etici che si richiamano all'*affidabilità* che deve garantire ogni sistema di intelligenza artificiale, affidabilità come fiducia riposta da coloro che utilizzano quel *robot* che la sua azione non sarà mai contraria agli interessi dell'uomo.

Principi etici che quindi riguardano direttamente i progettisti e i costruttori dei *robot*, perché è evidente che dipende da essi, dai *software* realizzati, dalle istruzioni impartite se gli atti posti in essere e i comportamenti tenuti acquisiscano anche una peculiare connotazione, soggetta al giudizio di valore e di valutazione etica.

*Dignità, libertà e privacy* sono i tre concetti che devono trovare pieno rispetto a tutela della persona umana nella sua relazione con i *robot*.

7. – E così ci avviamo rapidamente a svolgere alcune considerazioni conclusive per rispondere, o meglio per cercare di rispondere, all'interrogativo: *quale futuro?* Gli sviluppi della intelligenza artificiale con macchine sempre più sofisticate ed intelligenti, in grado di interagire come esseri umani pone anche il giurista oltre che il filosofo di fronte al compito di dare risposte concrete a problemi concreti.

Voler attribuire una *coscienza*, una *autonoma consapevolezza*, una *personalità giuridica e soggettività giuridica* al *robot*, significa tutt'altro che dare risposte concrete. Significa quasi avventurarsi come Icaro in un volo verso il sole, destinato ad una rovinosa caduta a terra e ad una assunzione di consapevolezza di sopravvalutazione delle proprie capacità.

Non vorrei che proprio il riconoscimento al *robot* di uno *status*, di un'autonoma soggettività, possa non soltanto legittimare la grandezza dell'uomo che sfida quasi Dio in termini di creazione, ma anche significare, nel contempo, una abdicazione di responsabilità da parte di coloro che si servono di quei *robot*, che quell'intelligenza artificiale hanno progettato, programmato, realizzato e che devono essere gli unici a risponderne in

# JUS CIVILE



termini di responsabilità civile.

È necessaria, pertanto, una piena assunzione di consapevolezza da parte della nostra generazione, così come di quelle future, della impossibilità di sfuggire a siffatte responsabilità, secondo vari principi, in qualche modo diversificati tra loro: le norme sulla responsabilità del produttore per prodotti difettosi, la responsabilità *ex art. 2050* cod. civ. (pericolosità dei mezzi adoperati, il principio di autoresponsabilità quale regola di chiusura e così via.

È necessario, a me sembra, approntare in tempi rapidi e a vari livelli – internazionale, europeo e nazionale – una normativa che disciplini l'intera materia, ben avendo presenti le implicazioni di carattere economico, etico, sociale, una normativa che ponga soprattutto taluni chiari limiti invalicabili, pena la sanzionabilità oltre che civile anche penale, individuando quali siano quei risultati che non debbano e possano essere non solo conseguiti ma anche solo perseguiti attraverso una utilizzazione dei *robot*. E quindi già nella fase di programmazione.

È opportuno, insomma, che il diritto non inseguia la tecnica, ma che quest'ultima possa evolversi e svilupparsi, al servizio dell'uomo, entro confini ben determinati e condivisi, rispettosi di quei principi etici e giuridici di tutela della *dignità* della persona che devono sempre caratterizzare la nostra società.

Non sembri retorico affermare che al centro della ricerca scientifica e tecnologica in questo campo deve essere sempre collocato l'Uomo e il suo benessere. Lo sviluppo della ricerca nel settore dell'intelligenza artificiale, sviluppo incessante e continuo, con risultati straordinari di modificazione della vita sociale e delle relazioni interpersonali non necessariamente e non sempre significa e garantisce una migliore qualità della vita.

Ed allora prima che la tecnologia ci trasformi completamente senza che si riesca a porre un freno, l'Uomo deve oggi intervenire per sottrarsi all'occupazione di ogni spazio da parte dei *robot*, delle macchine intelligenti, per porre precisi e chiari limiti, per non farsi dominare, in maniera più o meno consapevole, da *esseri* creati dall'Uomo stesso. La società del domani deve essere a misura d'Uomo e non di *robot*.



ANDREA GEMMA

*Professore associato di Diritto privato – Università Roma Tre*

## **LA RINEGOZIAZIONE NELL'EMERGENZA COVID-19 È MODALITÀ OBBLIGATA DI ATTUAZIONE IN BUONA FEDE DEL CONTRATTO E L'ESECUZIONE INDIRETTA EX ART. 614 BIS C.P.C. NE È LO SPECIFICO RIMEDIO**

SOMMARIO: 1. *Pandemia Covid-19 e chiusura (coattivamente) volontaria degli alberghi.* – 2. *Morfologia del conflitto in atto.* – 3. *Le regole di diritto comune sulle sopravvenienze contrattuali in relazione alla locazione alberghiera ed all'affitto di azienda.* – 4. *Riferimenti specifici all'affitto di azienda.* – 5. *La normativa emergenziale: art. 91, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18. Nodi interpretativi.* – 6. *La rinegoziazione come modalità necessaria di attuazione del rapporto obbligatorio e l'art. 614 bis c.p.c.* – 7. *La fideiussione e le garanzie a prima domanda a presidio del pagamento del canone. Exceptio doli generalis.*

1. – L'emergenza epidemiologica Covid-19, che in data 11 marzo 2020 è stata dichiarata pandemica dall'OMS<sup>1</sup>, ha colpito in maniera devastante il settore alberghiero italiano, che rappresenta il 13% circa del PIL con un fatturato di 25 miliardi e che annovera oltre 33.000 strutture recettive. Le analisi econometriche ad oggi disponibili<sup>2</sup> evidenzia-

---

<sup>1</sup> <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>.

<sup>2</sup> *Tourism Economics* (an Oxford Economics Company), release 16 March 2020, osserva che: “*In response to the crisis, countries around the world have implemented a series of measures in an effort to reduce contagion. However, these measures are causing serious disruption to global growth. We have already reduced our global GDP growth forecast in 2020, but with likely downgrades to come. Measures will impact tourism more heavily and an unprecedented fall in global travel is now likely in 2020. Global arrivals will fall by at least 10.5% relative to last year (equivalent to 155 million fewer arrivals).*

*There are significant downside risks to the 2020 outlook and our quantified downside scenario is becoming increasingly likely. Travel restrictions are being imposed in more countries and more rapidly than expected, while the spread of the virus and supply restrictions are further reducing travel sentiment.*

*Under the downside scenario, global arrivals would fall 17.9% in 2020, 263 million fewer arrivals than in 2019. We will continue to monitor the situation and update forecast assumptions on a regular basis. However, once the situation has stabilised we still expect a rapid recovery since travel demand has proven resilient in bouncing back from downturns in the past. Travel levels are expected to fully recover by 2023”.*



no come, a livello mondiale, l'impatto della pandemia sul settore dei viaggi e del turismo sia stato gravissimo e le previsioni di ripresa, soprattutto per i paesi che come l'Italia hanno conosciuto una dilagante diffusione della pandemia, ipotizzano un pieno riequilibrio solo nel primo trimestre del 2023.

Alla data di pubblicazione del presente lavoro, la normativa emergenziale emanata<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Si allude segnatamente agli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica: d.P.C.M. 31 gennaio 2020 «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili»; d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 25 febbraio 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 1 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.l. 2 marzo 2020, n. 9 «Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 4 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 8 marzo 2020, n. 11 «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria»; l. 5 marzo 2020, n. 13, «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 9 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 9 marzo 2020, n. 14 «Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19»; d.P.C.M. 11 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 17 marzo 2020, n. 18 «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 22 marzo 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 25 marzo 2020, n. 19 «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 1 aprile 2020 «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.l. 8 aprile 2020, n. 23 «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»; d.l. 8 aprile 2020, n. 22 «Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato»; d.P.C.M. 9 aprile 2020 «Annullamento straordinario dell'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 del sindaco del comune di Messina»; d.P.C.M. 10 aprile 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; d.P.C.M. 26 aprile 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale»; l. 24 aprile 2020, n. 27 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e



non ha offerto una risposta specifica ai gravi squilibri che affliggono le strutture alberghiere, che hanno subito una radicale perdita dei ricavi del periodo interessato dalla crisi pandemica e che, verosimilmente, anche dopo la formale dichiarazione di cessazione dell'emergenza faticeranno a riguadagnare i livelli di riempimento ed i ricavi pre-crisi.

I primi interventi della normativa emergenziale (i c.d. decreti di Fase 1, il d.l. “Cura Italia” e “Liquidità”) hanno recato disposizioni (i) sulla tutela dei livelli occupazionali, con l'estensione della CIGO; (ii) sulla liquidità, tramite il rinvio dei versamenti e la moratoria sui finanziamenti; (iii) sui contratti con i viaggiatori, mediante la disciplina dei

---

*imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi»; d.l. 30 aprile 2020, n. 28 «Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19»; d.l. 10 maggio 2020, n. 29 «Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché' in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati»; d.l. 10 maggio 2020, n. 30 «Misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistiche sul SARS-COV-2»; d.l. 16 maggio 2020, n. 33 «Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 17 maggio 2020 «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.P.C.M. 18 maggio 2020, «Modifiche all'articolo 1, comma 1, lettera cc), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 maggio 2020, concernente: «Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.l. 19 maggio 2020, n. 34 «Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché' di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»; l. 22 maggio 2020, n. 35 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; l. 5 giugno 2020, n. 40 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, recante misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché' interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»; l. 6 giugno 2020, n. 41 «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 22, recante misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato»; d.P.C.M. 11 giugno 2020 «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19»; d.l. 16 giugno 2020, n. 52 «Ulteriori misure urgenti in materia di trattamento di integrazione salariale, nonché' proroga di termini in materia di reddito di emergenza e di emersione di rapporti di lavoro».*



*voucher* in sostituzione delle prestazioni alberghiere non erogate<sup>4</sup>. Si tratta, a ben vedere, di misure ritenute inidonee dagli operatori a fronteggiare la profondità della crisi di settore ed i suoi impatti a medio termine.

Rimangono del tutto irrisolti i temi relativi sia ai rapporti tra gli esercenti attività alberghiere e le OTA<sup>5</sup>, che dominano il mercato dell'intermediazione delle prestazioni alberghiere e che, allo stato, non hanno raccolto le richieste degli operatori né di mitigare l'impatto delle commissioni in vista della ripartenza né di applicare in maniera omogenea la disciplina dei voucher sostitutivi delle prestazioni alberghiere non erogate; sia concernenti i contratti di locazione e/o di affitto di azienda, in un momento in cui le strutture alberghiere risultano *de facto* chiuse.

A differenza di quanto accaduto per altri settori produttivi sia a livello nazionale sia regionale, la normativa emergenziale non ha espressamente ordinato la chiusura degli esercizi alberghieri né ha, al riguardo, considerato il diversificato impatto negativo in relazione alla diversa localizzazione e vocazione degli alberghi medesimi. Le motivazioni poste a fondamento di un simile indirizzo sono le più eterogenee, financo quelle di garantire alloggio per alcune residue categorie di viaggiatori (i pochi legittimati agli spostamenti) o per coloro che dovevano prestare assistenza ai ricoverati od anche per accogliere quei cittadini che per ragioni connesse all'epidemia non potevano soggiornare in casa.

La più parte degli esercizi alberghieri ha chiuso l'attività, per così dire, volontariamente, ma in obbligata conseguenza della crisi indotta dalla pandemia e degli effetti delle "misure di contenimento" adottate, che hanno imposto ai cittadini il divieto di allontanarsi dal domicilio, hanno impedito ai viaggiatori gli spostamenti fuori dal comune di residenza/regione ed hanno prescritto la quarantena per i viaggiatori provenienti dall'estero. Il risultato è stato, comunque, univoco e la gran parte degli alberghi ha dovuto chiudere l'attività per mitigare l'impatto economico conseguente all'annullamento delle prenotazioni ed alla totale carenza di viaggiatori.

Con una metafora alquanto appropriata, può affermarsi che lo stato di salute dell'industria alberghiera italiana, e non solo, sia fortemente minato dell'emergenza epidemiologica e gli strumenti giuridici di salvaguardia dell'attività d'impresa non appaiano ido-

---

<sup>4</sup> Il regime dei *voucher* in relazione ai contratti di trasporto, pacchetti turistici e contratti di soggiorno è regolato dall'art. 88 *bis*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27.

<sup>5</sup> Per OTA, acronimo di Online Travel Agency, si intende l'agenzia di viaggi che opera sul web e che svolge la funzione di intermediario tra i fornitori dei servizi turistici e i clienti in cambio di una provvigione.



nei a curare né i sintomi né le conseguenze più profonde. Occorre, quindi, passare al se-taccio la normativa vigente, ordinaria ed emergenziale, per comprendere se e quali siano i rimedi a tutela dei rapporti contrattuali relativi al godimento degli immobili a destina-zione alberghiera o delle aziende alberghiere e quale sia la dinamica degli interessi in gioco, una volta che le circostanze emergenziali abbiano radicalmente, in via transeunte, alterato l'equilibrio negoziale<sup>6</sup>.

2. – Una prima considerazione si antepone al dipanarsi di ogni ragionamento: né la disciplina di diritto comune né la legislazione speciale in materia di locazioni ad uso di-verso dall'abitazione<sup>7</sup> né, infine, la disciplina emergenziale recano disposizioni specifi-che per regolare la peculiare situazione di conflitto di interessi innescata dalle conse- guenze dell'emergenza pandemica sul rapporto negoziale intercorrente tra albergatore e proprietario.

La realtà dei fatti è singolare perché ci pone al cospetto di una chiusura solo all'appa- renza volontaria (perché non espressamente ordinata dall'Autorità) degli esercizi alber- ghieri, che consegue agli effetti dell'emergenza epidemiologica ed all'adozione delle mi- sure emergenziali di contenimento che hanno fatto “piovere le disdette” dei soggiorni ed impedito ai viaggiatori la mobilità, che è il necessario presupposto per l'erogazione e la fruizione dei servizi alberghieri.

Ancora, sebbene ne ricorrano inequivocamente i connotati, né il diritto comune né la legislazione speciale dettano una disciplina della “forza maggiore”<sup>8</sup>, generalmente intesa

---

<sup>6</sup> Per un discorso *de jure condendo* cfr. F. MACARIO, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, 3, V, p. 102 ss., l'A., svolta un premessa metodologica: «...l'elementare constatazione induce allora a ritenere che, quando si ragiona sul rapporto tra le sopravvenienze e l'ordinamento giuridico, con particolare riferimen- to al diritto dei contratti ... la rilevanza delle prime – ossia l'incidenza sul rapporto (obbligatorio/contrat- tuale) – è legata alle tendenze ed alle scelte dell'ordinamento in un determinato contesto, storicamente de- finito», propone un confronto con le recenti esperienze di codificazione delle sopravvenienze nel codice civile francese e nel codice argentino quali antecedenti da considerare in relazione alla “*Delega al governo per la revisione del codice civile*” (d.d.l. senato n. 1151).

<sup>7</sup> G. PROVERA, *Locazione, Disposizioni generali*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca sub Artt. 1571-1606*, Bologna-Roma, 1980; C. GABRIELLI, F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2005; M. TRIMARCHI, *La locazione*, in *Tratt. Perlingeri*, Napoli, 2013; V. CUFFARO, R. CALVO, A. CIATTI, *Della lo- cazione, Disposizioni generali, artt. 1571-1606*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2014; R. CAL- VO, *La locazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2016.

<sup>8</sup> G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, Milano 1938; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano,



come quella situazione in cui, per fatto dell’Autorità (*factum principis*) od in conseguenza di un evento naturalistico eccezionale o straordinario, si produce un impedimento non imputabile né superabile con l’ordinaria diligenza da parte del debitore nell’adempimento dei propri doveri.

L’emergenza pandemica ha innescato un conflitto tra albergatori e proprietari dalla morfologia peculiare<sup>9</sup>, che merita di essere scandagliata in termini analitici, per poi verificare le risposte ordinamentali. Il tema viene affrontato muovendo dal postulato che i rimedi ablativi del rapporto negoziale contrastano, il più delle volte, con l’intenzione delle parti e con la ricerca di nuovi punti di equilibrio in grado di sostenere la ripartenza delle attività. Lo scopo è, quindi, quello di indagare i congegni più idonei alla manutenzione del rapporto il cui equilibrio è stato violato dall’emergenza.

A ben vedere, da un lato, il conduttore non versa il canone pattuito, non perché sia stato privato della detenzione dell’immobile alberghiero affidatogli (che, invece, ha conservato e conserva in pendenza dell’emergenza), ma in conseguenza della causa di forza maggiore e degli effetti delle misure di contenimento che hanno impedito *tout court* la ritrazione di alcuna utilità economica dal bene dato in godimento. Più specificamente, l’albergatore in carenza di clienti non ha erogato le prestazioni alberghiere, ha mantenuto la detenzione del bene ed ha continuato a sopportare i rischi ed i costi fissi dell’attività d’impresa – salvo avvalersi della CIGO per il personale o della moratoria fino al 30 settembre 2020 in relazione al rimborso dei finanziamenti eventualmente concessi – continuando, altresì, ad assolvere agli obblighi di manutenzione e di custodia dell’immobile o dell’azienda alberghiera.

Dall’altro lato, nel contesto in discussione anche il proprietario risulta gravato dalle conseguenze dell’emergenza epidemiologica nella misura in cui, non ricevendo il pagamento del canone di locazione o del fitto di azienda, non intende comunque sollevare la controparte dal relativo obbligo perché, altrimenti ed in ultima istanza, subirebbe in via prevalente la sopravvenienza passiva.

Se tali sono le posizioni delle parti al cospetto della situazione emergenziale, è associato che entrambe non abbiano voluto – né contribuito nemmeno parzialmente a genera-

---

1955; G. COTTINO, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960; M. COMPORI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965; A. CANDIAN, *Caso fortuito e forza maggiore (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1974; M. BIANCA, *Inadempimento e delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 1218-1229, Bologna-Roma 1980; M. BIANCA, *Diritto civile*, 4. *L’obbligazione*, Milano, 1990.

<sup>9</sup> Per immediati riferimenti sulla dimensione del fenomeno <https://www.alberghiconfindustria.it>.



re – la mancata produzione di utilità del godimento del bene e, quindi, ad entrambe non possa essere mosso alcun addebito.

Le relazioni contrattuali in rassegna sovente presentano elementi negoziali ulteriori che ne arricchiscono la complessità, almeno sotto un duplice profilo. Per un verso, è verosimile che il proprietario dell’immobile o dell’azienda abbia ragionevolmente pianificato la propria attività in funzione del flusso di cassa assicurato dai canoni e, il più delle volte, abbia addirittura acceso un finanziamento sull’immobile al cui servizio era stato posto il corrispettivo pattuito; sicché il proprietario è esposto ad un *default* finanziario in conseguenza dell’inadempimento dell’albergatore (sebbene si possa giovare della moratoria sui rimborsi dei finanziamenti assicurata dall’art. 56 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27, fino al 30 settembre 2020). Per altro verso, è prassi negoziale che l’albergatore abbia rilasciato in favore del proprietario una garanzia, di tipo fideiussorio ovvero una polizza assicurativa od una garanzia bancaria a prima domanda, a presidio dell’esatto pagamento del canone.

Appare verosimile, ancora, che, con l’eccezione di casi specifici in cui l’emergenza possa innescare comportamenti opportunistici finalizzati alla cessazione del rapporto, tanto il proprietario quanto l’albergatore intendano continuare nell’esecuzione del contratto, normalmente di lunga durata, considerando l’ablazione del rapporto, come già detto, un esito non voluto del conflitto.

L’intreccio di interessi e posizioni negoziali sopra descritto, che qualifica l’incidenza dell’emergenza sui rapporti inerenti il godimento di immobili a destinazione alberghiera o delle aziende turistico-recettive, assume pertanto una morfologia singolare che, per quanto si verrà ad illustrare, non trova soluzione soddisfacente né nel diritto comune né nella disciplina emergenziale. Vediamone nel dettaglio le ragioni.

**3.** – Descritto l’assetto di interessi in analisi, è utile scandire i passaggi che conducono al vaglio delle possibili soluzioni al conflitto in atto.

In primo luogo, occorre procedere ad una verifica del contratto e, in particolare, ricercare l’esistenza o meno di una previsione convenzionale recante un’eventuale disciplina della forza maggiore. La clausola di forza maggiore<sup>10</sup> sarà verosimilmente presente nelle

---

<sup>10</sup> Per una recente introduzione alla clausola di forza maggiore si veda A. VENTURELLI, *Clausola di forza maggiore*, in M. CONFORTINI, *Clausole negoziali, Profili teorici e applicativi di clausole negoziali tipiche e atipiche*, Torino, 2019, p. 1003 ss. La clausola della ICC definisce la forza maggiore come segue: «Costituisce forza maggiore il verificarsi di un evento o circostanza (“Evento di Forza Maggiore”) che



locazioni o negli affitti di azienda intercorrenti con catene alberghiere internazionali (che la adottano per prassi), con fondi immobiliari o con altri soggetti dotati di una maggiore sofisticazione culturale; al contrario, è verosimile che tale clausola sia assente nella più parte delle locazioni alberghiere o degli affitti di azienda vigenti che hanno dimensioni medio-piccole.

La mera presenza nel regolamento negoziale di una clausola di forza maggiore non può condurre a postulare, in termini assiomatici, l'esistenza di una soluzione *ex se* del conflitto di interessi. Certamente una clausola che annoveri la pandemia (ovvero le epidemie) o l'ordine cogente dell'Autorità conferterà della sua applicabilità alla situazione concreta; ciononostante resta necessaria una verifica di secondo grado per accertare che la disciplina pattizia offra un'allocatione equilibrata e soddisfacente dei rischi e dei costi tra le parti.

Ma cosa accade qualora il rapporto contrattuale in disamina sia sprovvisto di una clausola di forza maggiore ovvero di qualsivoglia altra previsione idonea a governare la sopravvenienza contrattuale in discussione? Il silenzio del contratto obbliga a ricercare riferimenti normativi e principi in grado di sciogliere i nodi e, auspicabilmente, di riequilibrare l'economia del contratto.

Il primo ed immediato riferimento è la disciplina di diritto comune dell'impossibilità sopravvenuta a mente degli artt. 1256-1258 cod. civ.<sup>11</sup> nonché le previsioni degli art.

---

*impedisce ad una parte di eseguire una o più obbligazioni contrattuali, se e nella misura in cui la parte che subisce l'impedimento ("la Parte Interessata") prova: a) che l'impedimento è fuori dal suo ragionevole controllo; e b) che esso non avrebbe ragionevolmente potuto essere previsto al momento della conclusione del contratto; e c) che gli effetti dell'impedimento non avrebbero potuto essere ragionevolmente evitati o superati dalla Parte Interessata».*

<sup>11</sup> La produzione letteraria è sterminata, tra i tanti si indicano i più significativi, G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 217 ss.; G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 593 ss.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1955; G. COTTINO, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 377 ss.; G. OSTI, *Impossibilità sopravveniente* in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1962; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nss. D.I.*, XVI, Torino, 1969; P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione dell'obbligazione per causa diversa dall'adempimento, artt. 1230-1259*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1975; G. VEIRANA, *Factum principis e distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. Merito*, 1976, IV; M. BESSONE, *Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in *Foro it.*, 1978; M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1979; N. DI PRISCO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in *Tratt. Rescigno*, IX, Torino, 1999; F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, diretto da F. Busnelli, 2003, Milano; M. TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, 2006; V. ROPPO, *Trattato del Contratto*, Milano, 2006; U. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità tempora-*



1463 e ss. cod. civ.<sup>12</sup> Sennonché, per quanto si dirà in appresso, un rapido ma non superficiale vaglio delle predette disposizioni restituisce un quadro insoddisfacente in punto di disciplina (ammesso e non concesso che si ritenga superabile il tema della sussunzione della fattispecie concreta nel paradigma normativo) perché inidoneo a contemperare le esigenze delle parti. Vediamo partitamente tali disposizioni.

L'art. 1256 cod. civ., al comma 1, disciplina l'impossibilità sopravvenuta definitiva e la qualifica come causa di estinzione dell'obbligazione, laddove non imputabile al debitore. Nella situazione in esame non pare che la prestazione del conduttore possa qualificarsi come *tout court* impossibile (tanto più che per giurisprudenza consolidata la prestazione pecuniaria è sempre possibile), così come non è certamente impossibile la prestazione dovuta dal locatore o dal concedente l'azienda (visto che il conduttore è rimasto nella detenzione dell'immobile, pur non potendone ritrarre l'utilità tipica).

Tali osservazioni restituiscono immediatamente il senso di quanto sinora illustrato circa la morfologia peculiare che caratterizza il conflitto in esame, atteso che siamo al cospetto di un'ipotesi in cui gli effetti della pandemia hanno reso non utile il godimento del bene che, a sua volta, non ha consentito quella produzione di ricavi necessaria per il pagamento del canone.

Per altro verso, la disciplina dell'impossibilità temporanea di cui al comma 2 dell'art. 1256 cod. civ.<sup>13</sup> non appare, parimenti, offrire una soluzione immediata ed utile alla fat-

---

nea di esecuzione, in *Contratti*, 2000; A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Milano, 2011; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Roma, 2011; L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, in *Scritti*, II, Milano, 2011; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova; U. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI *la Risoluzione*, vol. VIII, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, 2011, Torino; F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e efficacia immediata dei principi*, Napoli, 2017, p. 99 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018; G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti. (A cento anni dalla "Revisione critica della teoria sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2019; R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2019, p. 580 ss.

<sup>12</sup>O. CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione. 1) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; L. CABELLA PISU, *Impossibilità della prestazione, adempimento dell'obbligazione, risoluzione del contratto. Spunti sistematici, Scintillae iuris* (Studi in memoria di Gino Gorla), VIII, Milano, 1994, p. 1781 ss.; L. CABELLA PISU, *Dell'impossibilità sopravvenuta, artt. 1463-1466*, in *Comm. c.c. Scialoja – Branca*, Bologna, 2002; A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; S. PAGLIANTINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, vol. VI, Torino, 2011; R. ALESSI, *La disciplina generale ...*, cit., Torino, 2019, p. 627 ss.

<sup>13</sup>G. OSTI, *Impossibilità sopravveniente* in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1962, p. 287 ss.; L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072.



tispecie concreta, atteso che essa comporta esclusivamente una non responsabilità del conduttore per il ritardo nell'adempimento, senza tuttavia sollevarlo dall'obbligo di rendere la prestazione. Il comma 2 dell'art. 1256 cod. civ. potrebbe dispiegare la propria efficacia sulla disciplina degli interessi e sulla applicabilità delle penali, ma non sull'obbligazione di pagamento del canone che, come tale, apparirebbe solo "rinviata".

In tale contesto, poi, giova osservare che l'impossibilità sarebbe certamente temporanea ma per il periodo di durata anche totale, tenuto conto del fatto che i provvedimenti emergenziali e le connesse misure di contenimento, pur avendo una durata temporale definita – tant'è che si dibatte quotidianamente di riapertura graduale delle attività – sono suscettibili di ulteriore variazione e proroga, anche su base locale o regionale. Ma fatto ancor più rilevante, in chiave naturalistica, è l'incertezza della data di ripresa delle attività turistiche (per le quali non è consentito, per le ragioni anzidette, parlare di "riapertura" a valle di un ordine di chiusura che per gli alberghi non sussiste) perché non è possibile definire in maniera deterministica in quale arco di tempo i turisti ritorneranno a prenotare e frequentare gli alberghi secondo un criterio di normalità.

Questa precisazione sulla "temporaneità *sine die*" degli effetti della pandemia Covid-19, come evento naturalistico, impone il distinguo tra (i) dichiarazione di emergenza epidemiologica, che ha un inizio ed una fine sulla scorta delle specifiche previsioni normative adottate e (ii) situazione naturalistica di emergenza causata dal Covid-19 che ha, invece, confini indefiniti e che avrà ricadute e durate presumibilmente difformi sia nelle diverse regioni del territorio italiano, sia in relazione alle diverse categorie di strutture alberghiere.

Alla stregua di tali osservazioni, l'applicazione dell'art. 1256, comma 2, cod. civ., a rigore determinerebbe la "sospensione del rapporto contrattuale"; ma, ancora una volta, si tratta di un approdo interpretativo non pienamente soddisfacente atteso che, nella realtà dei fatti, l'operatore alberghiero aspira all'esonero *ratione temporis* dalla sola obbligazione di pagamento e non semplicemente al rinvio dell'esigibilità, né tantomeno risultano sospesi gli altri effetti del contratto di locazione alberghiera o di affitto di azienda perché le parti, salvi casi estremi ed opportunistici, non sono liberate dagli obblighi di detenzione e custodia dell'immobile, tanto che non risultano nemmeno dalla cronaca di questi giorni ipotesi di restituzione delle strutture alberghiere ai proprietari.

Al fine di evocare tale esenzione *pro tempore* dal solo obbligo di pagamento del canone si può esplorare, altresì, l'applicazione al conflitto in analisi degli articoli 1463-1466 cod. civ. sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Tuttavia, anche in questo caso la soluzione prevista è di tipo ablativo e, quindi, insoddisfacente: nel caso in cui l'impossibilità sopravvenuta sia totale è prevista la risoluzione



del contratto e la restituzione delle prestazioni reciprocamente rese (fatto *ex se* non praticabile per i contratti a prestazione corrispettive di cui si discute). Laddove, invece, si dovesse alludere ad un'impossibilità parziale, per richiedere una riduzione della controprestazione, ci si infrange contro l'evidenza che l'impossibilità in discorso è temporanea ma non parziale, poiché nel periodo in cui si verifica essa appare totalizzante giacché sottrae qualsiasi utilità all'albergatore.

A tale stregua il rimedio dell'art. 1464 cod. civ. parrebbe, in tesi, utile solo se si giungesse – con un'operazione di ortopedia giuridica che non ha precedenti in giurisprudenza<sup>14</sup> – ad assimilare l'impossibilità parziale di cui all'art. 1464 cod. civ. a quella temporanea nei termini incerti anzidetti<sup>15</sup>.

Laddove una simile operazione ermeneutica apparisse percorribile (e la giurisprudenza non offre conforto al riguardo), la disciplina del rapporto potrebbe legittimare il conduttore a non pagare la locazione per il periodo interessato dall'impossibilità temporanea, sempre che la dimensione del fenomeno non assuma una durata ed un'estensione tale da minare fatalmente il sinallagma contrattuale e determinare l'insorgere del presupposto della risoluzione ovvero del recesso per giusta causa.

---

<sup>14</sup> Sul punto si segnala un recente arresto del Tribunale di Roma del 29 maggio 2020 che offre un apparato motivazionale più articolato in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Il giudicante, con riferimento ad un contratto d'affitto di ramo d'azienda, dopo aver affermato (i) l'assenza nella normativa emergenziale di disposizioni che riconoscano un diritto alla sospensione dell'obbligo di corrispondere il canone; (ii) l'impossibilità di invocare i principi di buona fede e correttezza al fine di conseguire una sospensione dell'obbligo di pagamento del canone trattandosi di obbligazione principale del contratto; (iii) l'inapplicabilità dell'istituto dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, trattandosi di rimedio volto a provocare lo scioglimento del contratto, ritiene che la composizione al conflitto tra locatore e conduttore possa rinvenirsi nell'applicazione combinata degli artt. 1256 e 1464 cod. civ. Più precisamente, afferma il Giudice che «... nel caso di specie ricorre difatti una del tutto peculiare ipotesi di impossibilità della prestazione della resistente allo stesso tempo parziale (perché la prestazione della resistente è divenuta impossibile quanto all'obbligo di consentire all'affittuario, nei locali aziendali, l'esercizio del diritto a svolgere attività di vendita al dettaglio, ma è rimasta possibile, ricevibile ed utilizzata quanto alla concessione del diritto di uso dei locali e quindi nella più limitata funzione di fruizione del negozio quale magazzino e deposito merci) e temporanea (perché l'inutilizzabilità del ramo di Azienda per la vendita al dettaglio è stata ab origine limitata nel tempo per poi venir meno dal 18 maggio 2020)». Pertanto «... si ritiene che avendo la resistente potuto eseguire (pur senza colpa, ma per *factum principis*) dall'11 marzo al 18 maggio 2020 una prestazione solo parzialmente conforme al regolamento contrattuale, la ricorrente abbia diritto ex art. 1464 c.c. ad una riduzione del canone limitatamente al solo periodo di impossibilità parziale, riduzione da operarsi, nella sua determinazione quantitativa, avuto riguardo: a) alla sopravvissuta possibilità di utilizzazione del ramo d'azienda nella più limitata funzione di ricovero delle merci, correlata al diritto di uso dei locali; b) al fatto che p il ramo di azienda è pur sempre rimasto nella materiale disponibilità della ricorrente».

<sup>15</sup> R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1980; A. DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nss. D.I.*, cit.; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, cit.; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990.



Una diversa strada, indicata dal ricorso ai principi generali, concerne l'applicazione al caso di specie dell'eccezione di inesigibilità della prestazione. Si tratta di un'ipotesi di matrice giurisprudenziale che poggia sulla buona fede oggettiva in esecuzione del rapporto contrattuale *ex art. 1375 cod. civ.*<sup>16</sup> e che mira a valorizzare la correttezza del contegno delle parti. In particolare, il conduttore potrebbe eccepire che è contrario alla buo-

<sup>16</sup> Sulla buona fede oggettiva, quale canone di condotta integrativo del contenuto negoziale, la produzione scientifica è assai larga e complessa, i principali riferimenti sono: R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953; A. MONTEL, *La buona fede*, in *Nss. D.I.*, II, Torino, 1958, p. 599 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 172 ss.; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, 1969, Padova; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970; G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 618; M. BESSONE, *Principio di buona fede disciplina del common law e massime di equity*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 426; AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975; L. BRUSCUGLIA *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975; A. BERIO, *Buona fede*, in *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, I, Milano, s.d.; M. BESSONE, *Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto*, in *Giur. it.*, 1978, IV; M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1980, artt. 1218-1229; F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 1981; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, Vol. 2, Torino, 1988, p. 154 ss.; M. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2168; V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corriere giur.*, 1994, p. 572 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2000, pp. 501-502; G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *I Contratti*, 2001, fasc. 7, II, p. 723; F.D. BUSNELL, *Note in tema di buona fede ed equità*, 2001, p. 537; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, fasc. 2; M. BARCELLONA, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo (il contratto di diritto europeo. Formazione, esecuzione, rimedi)* a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 305 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Roma, 2004, 135 e ss.; M. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, II, p. 737; P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006; F. CARGINGELLA, S. MAZZAMUTO, G. MORBIDELLI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2009, p. 761 ss.; S. PAGLIANTINI, *Abuso nel diritto e buona fede nei contratti*, nella collana *Principi regole e sistema*, Torino, 2010; V. CARBONE, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corriere giuridico*, 2012, 153; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 585 ss.; F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in *Correzione e integrazione del contratto*, diretto da F. VOLPE, 2016, pp. 175-243; R. ALESSI, *La disciplina generale ...*, cit., 2019, Torino, p. 456 ss. In giurisprudenza per una definizione di buona fede in senso oggettivo si veda, *ex plurimis*, Cass. Civ., ss.uu., 25 novembre 2008, n. 28056: «Il principio di correttezza e buona fede – il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore» – deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile». Da ultimo, Cass. Civ., sez. III, 13 febbraio 2020, n. 3694.



na fede esigere il pagamento del canone, specie allorché è comune esperienza che gli impatti della pandemia Covid-19 sull'attività alberghiera siano stati devastanti ed il pagamento del canone imporrebbe al conduttore un sacrificio ampiamente superiore a quello che dovrebbe sopportare il conduttore nel tollerare, per il periodo in questione, un mancato o minore pagamento. Si tratta, pertanto, di una ipotesi che si avvale del solido apparato storico e concettuale dell'*exceptio doli generalis* (che riconosce alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza la possibilità di opporsi ad un pagamento conforme ai termini originari dell'accordo perché contrario a buona fede), ma nella prassi si rivela un viatico influenzato da fattori soggettivi, che non trova unanime riconoscimento nella giurisprudenza benché la dottrina ne abbia predicato la piena percorribilità.

Un posizionamento analogo assumono altre teorie che fondano sulla buona fede e sulla causa concreta del contratto una possibile soluzione al conflitto in atto. Segnatamente, v'è chi afferma che dovendo eseguire secondo buona fede il contratto, il conduttore dovrebbe automaticamente offrirsi ad una rinegoziazione<sup>17</sup> del canone per il periodo colpi-

---

<sup>17</sup>R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 104 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991; P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, a cura di U. DRAETTA, C. VACCÀ, Milano, 1992, p. 299 ss.; M. COSTANZA, *Clause di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologia dei contratti e rimedi*, a cura di U. DRAETTA, C. VACCÀ, Milano, 1992, p. 311; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento, e risoluzione in uno scenario di crisi*, a cura di C. VACCÀ, Milano, 1992; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.* XVIII, Torino, 1998; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. LIPARI, Napoli, 1998, p. 195; M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 619 ss.; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 438 ss.; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774 ss.; ID., *Rinegoziazione*, in *Dig. civ., sez. II*, Torino, 2003, p. 1200 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 467 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione e rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 667 ss.; F.P. TRAI SCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003; C.M. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di R. TOMMASINI, Torino, 2003, p. 491 ss.; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, *Il contratto*, R. SACCO, G. DE NOVA, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, pp. 722-725 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004; G. CLERICO, *Minaccia di inadempimento contrattuale, rinegoziazione e forme di risarcimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*,



to dall'emergenza Covid-19. A tale stregua il canone ordinario verrebbe "sterilizzato" per essere sostituito da un nuovo canone rinegoziato che rimarrebbe in vigore fin quando il ritorno alla normalità non consenta l'applicazione del precedente regime contrattuale. Naturalmente si tratta di un approdo interpretativo di grande interesse, che valorizza l'ispirazione solidaristica che la Costituzione infonde alla disciplina del contratto, ma che nella chiave di lettura finora offerta postula la necessaria cooperazione del creditore e vede la rinegoziazione come un approdo finale e non come una modalità dell'adempimento; peraltro sono stati posti consistenti dubbi sull'effettività delle tutele disponibili a presidio dell'obbligo di rinegoziazione di fonte legale.

A ciò si aggiunga che la dottrina e la giurisprudenza esibiscono altalenanti orientamenti in materia di rinegoziazione. Infatti, v'è una posizione che nega che la buona fede in senso oggettivo (artt. 1366 e 1375 cod. civ.) possa validamente fondare la natura di

---

2004, 279 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2005; F. MACARIO, *I rimedi manutentivi. L'adeguamento contrattuale e la rinegoziazione*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. ROPPO, V, *I rimedi-2*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006; R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica* (Parte prima), AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, a cura di R. Fiori, Napoli, 2006; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006, 97 ss.; M. BARCELLONA-M.R. MAUGERI, *Il mutamento delle circostanze e l'obbligo di rinegoziare*, *Manuale dir. priv. eur.*, II, a cura di C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, Milano, 2007, p. 521 ss.; T. MAUCERI, *Sopravvenienze, perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 1095; N. COREA, *La rinegoziazione delle clausole contrattuali*, in *Studium iuris*, 2007; M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007; F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*. In *Enciclopedia del diritto*, annali II, tomo II, Milano, p. 1026 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione*, in *Tratt. resp. contr.*, diretto da G. Visintini, I. *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 583 ss.; C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 235 ss.; F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 167 ss.; P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. VI, Torino, 2011; F. GALGANO, *Il contratto*, 2° ed.; Padova, 2011; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 2012; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, p. 571; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 2012; F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012; F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I; V. ROPPO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014; F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 825 ss.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 247 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, p. 411 ss.; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione, L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e Impr.*, 2016, p. 186 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 801 ss.



obbligo legale della rinegoziazione<sup>18</sup>, inteso come obbligo (di mezzi) procedimentale di cooperazione al fine di pervenire ad un regolamento negoziale modificato in maniera idonea a contrastare le sopravvenienze (sia quelle tipiche sia quelle atipiche) ed ancora nega l'applicazione dell'art. 2932 cod. civ. agli esiti della mancata finalizzazione della rinegoziazione.

Tale critica è mossa con veemenza – al punto di predicare la contrarietà dell'obbligo legale di rinegoziazione all'art. 1372 cod. civ. perché diversamente opinando si aprirebbe la strada a (i) soluzioni pretorie imprevedibili e (ii) ad un generale principio della trattabilità unilaterale del consenso validamente prestato – e poggia il proprio dissenso sulla pretesa inconciliabilità tra gli artt. 1375 e 1467 cod. civ., allorquando la soluzione offerta dal codice sarebbe esclusiva nel senso che il rimedio dell'art. 1467 cod. civ. opera per le sole sopravvenienze tipiche – rimanendo del tutto irrilevanti le sopravvenienze atipiche –. In tal senso, l'art. 1467 cod. civ. darebbe vita solo ad un rimedio potestativo finalizzato a paralizzare il rimedio ablativo della risoluzione, essendo la riconduzione ad equità delle prestazioni una misura di “aggiustamento” che non ha nulla a che vedere con l'obbligo di rinegoziazione.

Contro tale impostazione si schierano, invece, gli assertori della rinegoziazione che ne affermano la portata di obbligo legale promanante dalla natura imperativa della buona fede che impone, nei rapporti di durata, la manutenzione del vincolo mediante quelle modificazioni del regolamento contrattuale idonee a contrastare gli effetti negativi delle circostanze sopravvenute. Il tema della rinegoziazione offre rilevanti suggestioni e merita sviluppo sotto un angolo visuale diverso e su cui si tornerà nel corso della trattazione.

Veniamo, ora, a quella (peraltro non diffusa) giurisprudenza sulla carenza della causa in concreto del contratto<sup>19</sup>. La giurisprudenza muove dall'analisi del tipo contrattuale e

---

<sup>18</sup> F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; F. GAMBINO, *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006; F. GAMBINO, *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006; F. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 347 ss.; V. ROPPO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Ann. II*, Milano, 2008, p. 1026 ss.; culturalmente più disponibile al confronto appare F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, II, p. 585 ss.; mentre evidenzia la propria veemente critica E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

<sup>19</sup> Sulla causa in concreto v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nel negozio giuridico*, Torino, 1966; M. CASSOTANA, *Causa ed “economia” del contratto: tendenze dottrinali e modelli di sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 834; G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 1 ss.; G. ALPA, *Causa e contratto, profili attuali*, in *Causa e contratto* a cura di C. VACCÀ, Torino, 1997; E. PAOLINI, *La causa del contratto, I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Collana diretta da F. Galgano, Padova, 1999; U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 241



trae dallo svuotamento della corrispettività e dall'inesistenza di un vantaggio della locazione ritraibile in concreto per il conduttore un esito che, a ben vedere, non appare neanche esso soddisfacente. Infatti, l'inceppamento del congegno della causa in concreto produce effetti sul piano della nullità del contratto che, per quanto visto in precedenza, non è l'esito auspicato dalle parti come soluzione al loro conflitto.

Sotto un diverso profilo che, invece, mira alla manutenzione del rapporto, si coglie la possibilità di fare ricorso all'art. 1584 cod. civ.<sup>20</sup> ed al principio generale che da esso si pretende di astrarre. Lo spunto, sebbene non convince per le ragioni che appresso verranno illustrate, appare comunque degno di indagine perché segnala l'emersione, nella materia della locazione, di una logica di contemperamento degli interessi in conflitto. Segnatamente, la norma in analisi afferma che laddove il bene divenga parzialmente inutilizzabile a causa dell'impossibilità di effettuare una riparazione e tale inutilizzabilità si protragga per oltre un sesto della durata della locazione, il conduttore ha diritto ad una riduzione del corrispettivo proporzionale all'entità del mancato godimento. La norma sottolinea che, proprio in forza della natura sinallagmatica del rapporto, all'indisponibilità parziale del bene (ma non a quella "temporanea") faccia fronte una riduzione del corrispettivo, risultando la risoluzione del contratto un'*extrema ratio*.

È chiaro che l'indisponibilità nel caso che ci occupa è solo temporanea ed in relazione alla complessiva utilità economica che dal bene si ritrae, tuttavia la norma non appare

---

ss.; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. e Impr.*, 2007, p. 416 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, 2008, Padova; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, 2012, Bologna; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.; L. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione. Raccolta di Studi in memoria di Antonio Brancaccio*, Milano, 2013, p. 33 ss.; F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 885 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2014, cit., p. 251 ss.; E. LA ROSA *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, p. 35 ss.; A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, in AA.VV., *La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in tema di obbligazione e contratti*, Napoli, 2015, p. 25 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, 2015, Padova; R. SENIGAGLIA, *Per un'«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà «orizzontale» e contratto*, in *Juscivile*, 2016, p. 507 ss.; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa in concreto e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: notarelle critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *Contratti*, 2016, 604 ss. In giurisprudenza, per una nozione di causa concreta intesa come "funzione economico individuale" si vedano più recentemente Cass. Civ., sez. III, 8 giugno 2017, n. 14262; Cass. Civ., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 921; R. ALESSI, *La disciplina generale ...*, cit., 2019, Torino, p. 343 ss.

<sup>20</sup> Analogamente, nel contratto d'affitto, l'esecuzione di riparazioni che determina per l'affittuario una perdita superiore al quinto del reddito annuale legittima l'affittuario a chiedere una riduzione proporzionale del corrispettivo o, secondo le circostanze, la risoluzione del contratto (art. 1622 cod. civ.).



invocabile, nemmeno in via analogica, proprio in ragione della specificità dei suoi presupposti, salva comunque l'utilità di registrare l'apertura concettuale del legislatore alla rinegoziazione del canone in misura proporzionale alla ridotta utilità del bene, che è poi, in termini specifici, l'approdo che risulterebbe più confacente alla soluzione del conflitto tra le parti.

Sotto altro profilo e per completezza, merita un breve cenno il tema della presupposizione<sup>21</sup>. Si tratta, com'è noto, di una teorica cui fa ricorso la giurisprudenza per valorizzare le questioni giuridiche poste dalla sopravvenienza di circostanze imprevedute ed imprevedibili ed i conseguenti problemi di distribuzione tra i contraenti dei relativi rischi e dei danni. Proprio in relazione alla presupposizione si è evoluto lo specifico contenuto del giudizio di buona fede, che assume massima rilevanza nella verifica della compatibilità tra le circostanze del caso concreto e l'adempimento. A tale stregua si predica l'esigenza di valutare la congruità dei fatti sopravvenuti rispetto all'equilibrio economico del contratto e, quindi, la conseguente ripartizione dei rischi e dei costi. Individuato nell'equilibrio economico del contratto l'oggetto della valutazione parametrica tra circo-

---

<sup>21</sup> Sulla presupposizione, tra i tanti autori, si veda P. COGLIOLO, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1940, p. 417 ss. I; R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 163 ss., II; F. MARTORANO, «Presupposizione» ed errore sui motivi del contratto, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 81 ss.; G. BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in *Foro it.*, 1962, I, p. 239 ss.; F. GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, in *Foro it.*, 1960, p. 1580 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963; M. BESSONE, *Presupposizione di eventi e circostanze dell'adempimento*, in *Foro Pad.*, 1971, p. 864 ss.; V. ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1972, I, p. 211; A. PELLICANÒ, *La presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1636 ss.; M. BESSONE, *Errore sul motivo, «fausse cause» e questioni di presupposizione*, in *Foro it.*, IV, p. 35; ID., *Presupposizione, «oggettività» delle circostanze e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1747 ss.; ID., *Rilevanza delle presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertman, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, p. 281; ID., *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto e l'equivoco delle formule sulla pretesa «irrilevanza» dei «motivi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 146 ss.; E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 735 ss.; F. MACIOCE *La presupposizione*, in *I contratti in generale* a cura di Alpa e Bessone, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale diretta da Bigliani*, Torino, 1991; N. COSENTINO, *Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli*, in *Foro it.*, 1995, p. 1601 ss.; A. SEGRETTO, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 1996, p. 75 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997; C. CALDERONI, «Presupposizione» e disciplina del contratto, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3163 ss.; M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto* 2, Milano, 2000; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, p. 846 ss.; O. CAGNASSO, *La presupposizione*, *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, t. 4. *Il contratto in generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2003; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ.* 3, diretto da R. SACCO, T.1, Torino, 2004; F. MACARIO, *La dottrina della presupposizione*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, *Rimedi*, t. 2, Milano, 2006; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato dir. priv.* 2, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011.



stanze sopravvenute e adempimento, occorre quindi apprezzare i rischi ed i danni secondo canoni di normalità e di correttezza che si impongono come ordinari referenti del giudizio di buona fede.

Senonché, pur apprezzando l'armamentario culturale e l'incedere dei ragionamenti in materia di presupposizione, gli esiti cui approda la giurisprudenza ne escludono *tout court* l'utilizzabilità, giacché essi si esprimono sul versante dell'annullabilità, della nullità o dell'inefficacia del contratto, tutti rimedi demolitori che non giovano all'interesse delle parti.

4. – A conclusioni non dissimili da quelle esposte in materia di locazione alberghiera, e per quanto già non fatto in precedenza, si perviene anche con riguardo alla contigua fattispecie dell'affitto d'azienda (disciplinata dagli artt. 1615 e ss. cod. civ.<sup>22</sup>), salvo talune necessarie precisazioni.

Il percorso di analisi è parallelo a quello testé svolto e procede dalla verifica circa la sussistenza o meno nel regolamento contrattuale di una clausola che disciplini il sopraggiungere di una causa di forza maggiore. Laddove tale clausola sia presente occorre verificarne (i) l'idoneità a contenere la fattispecie concreta e (ii) la tenuta della disciplina alla luce dell'equilibrio contrattuale ed al cospetto della normativa emergenziale per quelle eventuali circostanze che esorbitano dal governo della clausola medesima.

Quanto ai riferimenti normativi invocabili, resta fermo quanto sopra esposto circa l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, assoluta o parziale (nel senso di temporanea ma totale di cui sopra) e lo stesso dicasi in relazione all'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto ed alla carenza di causa in concreto.

Senonché, la disciplina dell'affitto di azienda reca una norma di legge specifica, l'art. 1623 cod. civ., di grande interesse per la fattispecie concreta che esibisce, proprio con riferimento al tema della rinegoziazione di cui si è già fatto cenno, un atteggiamento di grande favore del legislatore verso la conservazione del rapporto negoziale. A mente della norma in discorso «... *se, in conseguenza di una disposizione di legge, di una norma*

---

<sup>22</sup>M. FRAGALI, *Affitto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 729 ss.; C. GIANNATTASIO, *della locazione*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, II, *Libro delle obbligazioni*, artt. 1571-1671, Firenze, 1947, pp. 195-361; A. TABET, *Affitto (in generale)*, in *Nss. D.I.*, I, 1, Torino, 1957, p. 379 ss.; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. c.c.*, IV, 3, artt. 1571-1654, Torino, 1960; E. ROMAGNOLI, *Affitto, Disposizioni generali*, in *Comm. c.c.*, Scialoja-Branca, artt. 1615-1627, Bologna-Roma, 1978; R. CALVO, *La locazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, Torino.



*corporativa o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto».*

Appare evidente come la norma non sia stata concepita per fronteggiare situazioni di forza maggiore, tuttavia è possibile ricavare un'utile traiettoria interpretativa che, non senza la difficoltà di colmare le lacune testuali, ne cristallizzi i presupposti operativi in relazione all'emergenza sanitaria Covid-19. Infatti, al cospetto della situazione concreta sembrerebbero sussistere i presupposti per l'applicazione della norma, ossia: (i) un provvedimento dell'Autorità; (ii) una notevole modificazione del contratto, cagionata dall'impossibilità per l'affittuario di godere del bene produttivo e dei frutti, secondo criteri di normalità; (iii) un nesso eziologico diretto tra la perdita dell'affittuario ed il vantaggio del proprietario.

I primi due presupposti appaiono sufficientemente immanenti alla situazione sopra descritta, mentre con riguardo al vantaggio del proprietario è dirimente osservare che laddove il locatore dovesse percepire il canone in mancanza di un'utilizzazione produttiva del bene da parte dell'affittuario, il primo trarrebbe dall'azienda affittata un'utilità che, a rigore, non sarebbe ritraibile nemmeno laddove avesse gestito in proprio e direttamente l'azienda stessa. Proprio tale paradosso restituisce significato pregnante alla sussistenza di un nesso eziologico tra perdita dell'albergatore e vantaggio del concedente ed apre alla strada dell'adeguamento del corrispettivo.

Nello stesso senso della riduzione del corrispettivo militano anche le disposizioni di cui agli artt. 1635 e ss. cod. civ., che in caso di perdita della metà dei frutti per "caso fortuito" prevedono (i) il diritto del conduttore ad una riduzione del canone, salvo che le perdite non siano compensate dai precedenti raccolti (artt. 1635, comma 1 e 1636 cod. civ.); (ii) la possibilità di domandare al giudice la sospensione del pagamento di una parte del fitto in misura corrispondente alla perdita (art. 1635, comma 2, cod. civ.); (iii) l'equiparazione tra perimento e mancata produzione dei frutti (art. 1635, comma 4, cod. civ.); (iv) la possibilità di acollo convenzionale del caso fortuito in capo al conduttore purché non si tratti di caso fortuito straordinario (art. 1637 cod. civ.).

Evidentemente la fattispecie astratta inclina positivamente le parti verso l'esigenza, ormai reputata imprescindibile, di un congelamento del canone in misura proporzionale alla perdita e di una sua rinegoziazione come obbligata modalità di esecuzione in buona fede del rapporto di affitto di azienda.



5. – Considerazioni a parte merita, invece, l'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27 (che integra l'art. 6 bis del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6) rubricato «*Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*» che così dispone «... All'articolo 3 del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, dopo il 6, è inserito il seguente: “6-bis. Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”».

Si tratta di una norma emergenziale, e come tale di portata eccezionale, destinata tuttavia ad operare nel post-emergenza con riferimento ai fatti maturati in sua pendenza e che offre, in relazione alla fattispecie di conflitto in analisi, interessanti spunti oggetto di immediati commenti<sup>23</sup>.

Un primo rilievo. Proprio la natura emergenziale della disposizione ne determina l'incerta collocazione sul piano sistematico, atteso che la norma predispone una causa di giustificazione che esenta il debitore dalle conseguenze dell'inadempimento che si ponga in connessione diretta ed immediata con il rispetto delle misure di contenimento adottate con il d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13.

Il tenore letterale della norma, preceduta peraltro da un'infelice quanto fumosa rubrica, appare angusto perché limitato alle richiamate specifiche misure di contenimento (atteso che testualmente si dovrebbe riferire solo a quelle e quindi ad un catalogo tipico e non aperto) previste dal decreto e non in grado di contenere tutte le altre misure di effetto analogo a quelle di contenimento, comunque denominate, previste anche da altri strumenti normativi o dalle ordinanze adottate dalle singole regioni in regime di emergenza.

---

<sup>23</sup> F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 2, p. 129; A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa transitoria di giustificazione?* in *Giust. civ.*, 3 aprile 2020; G. FEDERICO, *Adeguamento del contratto a doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 9 aprile 2020; A.A. DOLMETTA, *Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *Il caso.it*, 11 aprile 2020; A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per “misure di contenimento” pandemico*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 23 aprile 2020; G. VERTUCCI, *L'inadempimento delle obbligazioni al tempo del coronavirus: prime riflessioni*, in *Crisi d'impresa e insolvenza*, 23 aprile 2020.



Tale immediata osservazione, ove mai fotografasse in termini finali lo spettro operativo della norma, minerebbe la stessa possibilità di ipotizzarne un'applicazione ampia ed estensiva (dovendo dare per scontato che una norma emergenziale, e per ciò stesso eccezionale, non sia suscettibile di applicazione analogica), quand'anche, tutt'al contrario, le conseguenze dell'emergenza pandemica sollecitano l'adozione di un importante *mitigant* ai rigori dell'art. 1218 cod. civ.

Ma vi sono ulteriori incertezze che il dato testuale della norma ingenera e che, all'apparenza, possono limitarne un'utile applicazione. Si allude, in particolare, al fatto che la disposizione postula implicitamente un rapporto di consequenzialità tra le “misure di contenimento di cui allo stesso decreto” e l'esonero dalla responsabilità, consequenzialità che solo con qualche forzatura è in grado di accogliere anche le conseguenze c.d. indirette o di rimbalzo delle misure di contenimento. Infatti, come già osservato, le misure di contenimento non hanno ordinato la chiusura degli alberghi e, pertanto, si deve dedurre che le stesse abbiano colpito solo indirettamente, per quanto gravemente, l'operatività delle strutture alberghiere.

Ma anche volendo superare il tema dell'esistenza o meno di un nesso di consequenzialità diretta quale postulato operativo per l'esonero della responsabilità, postulato peraltro affidato al mutevole governo del diritto pretorio, è evidente che la formulazione legislativa opera sul piano dell'esonero dalle conseguenze dannose e non dell'esonero dall'obbligo. La differenza, che potrebbe apparire solo marginale ad un primo esame, invece rivela un'intrinseca debolezza del costruito normativo, perché si tratta di un meccanismo che opera a valle del sintomo e non a monte e direttamente sul problema dello svuotamento in concreto dell'obbligo e della sua inadeguatezza a rappresentare la misura del rapporto perturbato dall'emergenza pandemica.

Ancora, la lettera della legge richiama, in relazione alla responsabilità del debitore solo gli artt. 1218 e 1223 cod. civ., non risultano invece richiamati tutti gli articoli che governano il regime giuridico dell'inadempimento e, segnatamente, la disciplina della mora (art. 1219 cod. civ.), la disciplina dell'offerta non formale e gli effetti della mora sul rischio (artt. 1220 e 1221 cod. civ.), ma ancora risulta omesso il riferimento alla disciplina del danno nelle obbligazioni pecuniarie (art. 1224 cod. civ.), al principio limite della prevedibilità del danno (art. 1225 cod. civ.) – dando così la stura all'idea che la norma possa operare anche in relazione alle obbligazioni involontarie – alla valutazione equitativa del danno (artt. 1226 cod. civ.), al concorso del creditore (art. 1227 cod. civ.) ed alla responsabilità per fatto degli ausiliari (art. 1228 cod. civ.).

In altri termini, la norma in esame integra una causa di giustificazione che esonera



dalla responsabilità risarcitoria per i soli profili del danno emergente e del lucro cessante. Tale conclusione pone la regola emergenziale non solo in deroga ma anche al di fuori – o meglio in parallelo – al sistema della responsabilità per inadempimento, nella misura in cui non lo richiama integralmente senza un'apparente e plausibile ragione.

La disposizione normativa si applica espressamente anche alle eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti, ma tuttavia nulla dice in relazione alla possibile ricaduta nei contratti di cui si discute su quelle eventuali pattuizioni che possano prevedere clausole risolutive espresse, termini essenziali o condizioni risolutive legate proprio all'esatto pagamento del canone. Questo è uno dei principali deficit di formulazione della disposizione in discorso che, come detto, opera a valle sulla responsabilità e non a monte sulla rimodulazione dell'obbligo.

Per non parlare, poi, delle problematiche innescate dalle frequenti ipotesi di collegamento negoziale tra locazione e sottostante contratto di finanziamento o di collegamento tra locazione e garanzie prestate a presidio del pagamento del canone.

I primi commentatori hanno esibito opinioni non univoche né coerenti con la norma medesima né con il sistema civilistico nel suo complesso, incoerenza peraltro nemmeno giustificabile con la natura della norma ed il suo limitato spettro applicativo.

V'è chi ha osservato, in contro tendenza con le notazioni testé operate, che l'art. 91 abbia una potenzialità applicativa "larga", in ragione dell'avverbio modale "sempre". In altri termini, il giudice chiamato a decidere su di un inadempimento dovrà "sempre" valutare l'esclusione dalla responsabilità se l'inadempimento sia stato provocato dal rispetto delle misure di contenimento. A tale stregua, si aggiunge, al giudice sarebbe concesso di escludere *tout court* la responsabilità ma anche (secondo una lettura extra-testuale) di incidere sul *quantum* degli eventuali danni da risarcire al creditore<sup>24</sup>.

Ed ancora, secondo altri interpreti<sup>25</sup> la norma consentirebbe al giudice di fissare il

---

<sup>24</sup> A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa transitoria di giustificazione?*, in *Giust. civ.*, 3 aprile 2020.

<sup>25</sup> A.A. DOLMETTA, *Rispetto delle misure di contenimento della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *Il caso*, 11 aprile 2020; A.A. DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale*, cit., p. 4 ss., opera una ricostruzione in parte diversa dal primo scritto concentrandosi sul tema delle locazioni commerciali e degli studi professionali. L'A. prospetta soluzioni diverse, per le locazioni commerciali il *factum principis* che ha sospeso una serie di attività di impresa associato al riferimento all'art. 1575, numero 2, cod. civ. darebbe luogo ad una impossibilità per il locatore di mantenere la destinazione d'uso dell'immobile con conseguente liberazione del locatore medesimo dal relativo obbligo ed applicazione della norma dell'art. 1464 cod. civ. in forza del quale il contraente non liberato dalla impossibilità temporanea ha diritto alla riduzione della prestazione, che va vista caso per caso considerando complessivamente il rapporto anche in relazione all'utilità residua che dall'immobile è stata comunque ritratta per essendo venuta tempora-



nuovo momento dal quale comincia a ridecorrere l'obbligazione, così "toccando" non solo le rate scadute e non pagate ma anche quelle a scadere (invocando a tale fine l'art. 1183 cod. civ. come congegno ricompreso nella esenzione della responsabilità).

Pur prendendo atto che si tratta di immediati commenti, senza il conforto di un ambito di riflessione più ponderato, immediatezza che scontano anche le presenti osservazioni, non si può convenire con l'idea che sia concesso al giudice di graduare la responsabilità una volta che la disposizione abbia configurato una causa di esclusione, atteso che la regola non sembra affatto rimettere al giudice un simile discrezionale sindacato. Invero, a mente della disposizione in rassegna se il rispetto delle misure di contenimento ha determinato l'inadempimento, allora il giudice deve "sempre" escluderlo, senza potersi addegnare in una valutazione di secondo grado che attiene alla misura dell'esonero dalla responsabilità<sup>26</sup>.

A ben vedere, la norma è costruita su di una logica on/off (o c'è l'esonero o non c'è) e non v'è spazio per scorribande pretorie ispirate dalla giustizia del caso concreto. Diversamente argomentando è ineliminabile il rischio di un soggettivismo che ripugna al principio di certezza del diritto.

Parimenti sconcertante è l'idea che la norma affidi al governo del giudice la rimodulazione interna dell'obbligazione – non solo in relazione alla dimensione del risarcimento e quindi, come detto, del corrispettivo, ma anche in relazione alla decorrenza dell'obbligazione ed alla fissazione del termine di adempimento –. Questa idea è poi da taluni condotta fino all'estremo di teorizzare un ingresso, in chiave di soluzione del conflitto, dell'equità giudiziale *ex art. 1374 cod. civ.*<sup>27</sup>.

---

neamente meno l'utilità della destinazione d'uso. Per gli studi professionali, invece, non sarebbe predicabile analoga soluzione, salvo che per la Regione Piemonte e Regione Lombardia che hanno adottato specifiche disposizioni emergenziali di chiusura.

<sup>26</sup> G. VERTUCCI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 3, osserva che la norma non avrebbe carattere sostanziale, e precisa che «il rispetto della misura di contenimento è stato elevato a parametro di valutazione della imputabilità o meno dell'inadempimento. Ne deriva che, ai fini di tale valutazione, rileveranno pur sempre l'oggettiva possibilità per il debitore di adempier (nonostante il rispetto di tale misura) e l'importanza dell'inadempimento avuto riguardo all'interesse del creditore (art. 1455 c.c.)».

<sup>27</sup> Sempre G. VERTUCCI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 10, dopo avere escluso (semplicemente) la via della rinegoziazione perché, a Suo dire, la buona fede rileva solo sul piano soggettivo e non su quello della integrazione del contenuto del contratto per adeguarlo alla sopravvenienza, di talché la buona fede avrebbe rilievo solo sul piano risarcitorio, conclude in termini paradossali assumendo che «Nell'estrema duttilità dello strumento rimediabile de quo (l'equità giudiziale) si intravede, in definitiva, la sua idoneità a mantenere in vita il rapporto contrattuale, ove possibile e rispondente agli interessi delle parti, senza difettargli la capacità di privarlo di effetti nel caso contrario». Si tratta di una conclusione priva di base giuridica che attribuisce all'equità giudiziale una funzione che l'ordinamento non prevede e che



Ad un più profondo scandaglio risulta agevole osservare che la norma in disamina non opera un *endorsement* in bianco al giudice affidandogli la ricerca di nuovi punti di equilibrio, peraltro a rigore valevoli fin quando dura l'emergenza per poi riconsegnare la gestione degli interessi privati alle parti una volta che sia terminata l'emergenza. Nemmeno la contingenza pandemica può legittimare una "giustizia emergenziale del contratto", che contrasta con i principi ortogonali del sistema e che apparirebbe tanto più eterodossa quanto più si ponga mente al fatto che i rapporti in analisi corrono tipicamente tra imprenditori.

Sulla scorta delle superiori osservazioni, la causa di giustificazione per esonerare dalla responsabilità l'albergatore a fronte del mancato pagamento dei canoni è un rimedio solo all'apparenza tranquillante, perché rimangono aperte troppe falle sul lato della persistenza dell'obbligo e sulle ricadute dell'inadempimento almeno sul tema della risoluzione di diritto e delle garanzie di pagamento.

**6.** – La rassegna dei riferimenti normativi in materia di locazione e di affitto di azienda testé operata ed il loro raffronto con la peculiare morfologia del conflitto di interessi in disamina restituisce un quadro incerto e frammentato, che merita di essere ricomposto sotto una cifra unitaria e secondo i canoni di una corretta lettura dell'obbligo di esecuzione in buona fede del contratto e dell'obbligo di rinegoziazione che da esso promana.

Invero, in assenza di una specifica ed idonea clausola di forza maggiore, la tesi che si vuole affermare è la seguente:

(i) il sopravvento delle circostanze emergenziali – eccezionali, imprevedibili, non imputabili né superabili con lo sforzo dell'ordinaria diligenza – e della correlata normazione travolge l'equilibrio contrattuale e rende la prestazione del proprietario priva di utilità per il conduttore che dal godimento del bene immobile, che pure non gli è stato sottratto, non può ricavare utilità economica alcuna, anzi di tale detenzione il conduttore subisce solo i costi ed i rischi e non è nemmeno esonerato dai pesi naturalmente associati al rapporto con il bene immobile;

(ii) assumendo che il conduttore, a cagione dei predetti elementi di squilibrio del contratto, non proceda al pagamento del canone si genera una situazione di turbolenza tem-

---

inverte i piani del diritto positivo poiché elegge a strumento remediale generale un rimedio residuale e di incerta applicazione.



poranea, ma di durata ancora indefinita perché *sine die* e legata all'emergenza Covid-19 come fatto naturalistico e non solo normativo;

(iii) il perturbamento dell'assetto d'interessi diviso dalle parti non trova soluzione in nessuna delle norme passate in rassegna, che al più evidenziano indirizzi di fondo dell'ordinamento da cogliere in chiave di ricostruzione sistematica nell'ottica della manutenzione del rapporto negoziale. Si deve, peraltro, prendere atto che nemmeno le soluzioni generalmente proposte per affrontare le sopravvenienze nei rapporti di durata appaiono direttamente fruibili ai fini della soluzione dello specifico conflitto, perché l'indeterminatezza temporale dell'emergenza è incompatibile con la ricerca di un nuovo punto di equilibrio a regime, allorquando la normalizzazione della situazione consentirà il riespandersi del principio *pacta sunt servanda*. In altri termini, occorre trovare una soluzione immediata ad una situazione di crisi profonda ma transeunte, in vista del recupero della normalità;

(iv) l'unico rimedio che restituisce alla volontà delle parti la rideterminazione dell'equilibrio violato, senza chiamare immediatamente in partita il giudice, è la rinegoziazione, intesa come attività doverosa cui le parti non possono sottrarsi nell'obbligatoria osservanza dell'art. 1375 cod. civ. che è norma imperativa di attuazione del rapporto;

(v) nemmeno la normativa emergenziale, nelle interpretazioni peraltro talvolta extratestuali offerte dai primi commentatori, consente un soddisfacente approdo alternativo. Infatti, l'art. 91 in commento non rimette al giudice un potere di rimodulazione interno del rapporto turbato dalla forza maggiore in chiave quali-quantitativa, né opera sul lato dell'obbligo né, infine, legittima un (improprio) affidamento alla giurisdizione del compito di trovare un temporaneo riequilibrio del rapporto, per poi lasciare nuovamente al governo delle parti la regola a regime del medesimo. L'art. 91 consente al giudice solo di esonerare *tout court* il debitore dalla responsabilità, ma la legge non si pronuncia – come meglio avrebbe invece potuto – sull'esonero temporaneo dall'obbligo o da una serie di obblighi e, quindi, l'ambito di intervento pretorio rimane confinato tra i due classici poli dell'alternativa secca tra la caducazione del rapporto a fronte dell'inadempimento non giustificabile od il suo salvataggio laddove ricorrano i presupposti dell'ancoraggio alle misure di contenimento;

(vi) per altro verso, l'unico meccanismo per paralizzare eventuali automatismi innescati dalla violazione dell'obbligo di pagamento e connessi all'operatività di una condizione risolutiva, di un termine essenziale ovvero di una clausola risolutiva espressa giacciono sul piano della non imputabilità in termini oggettivi, atteso che proprio la ricorrenza della forza maggiore disinnesca, sul piano dell'alterazione del sinallagma contrattuale, le conseguenze dell'inadempimento.



In ragione di quanto precede, pur non trascurando le veementi critiche mosse alla configurabilità di un obbligo legale di rinegoziazione, deve predicarsi una lettura dell'art. 1375 cod. civ. in senso cogente e materiale e, quindi, affermarsi che la rinegoziazione non è, come dato cenno in precedenza, l'approdo finale cui conduce il precetto di buona fede. Quanto, piuttosto, affermarsi con vigore che la rinegoziazione è, al cospetto dello squilibrio del rapporto innescato dall'emergenza epidemiologica Covid-19, l'unica modalità di adempimento in buona fede del contratto<sup>28</sup>.

Si tratta di un approdo non finale ma intermedio verso la soluzione del conflitto con cui l'autonomia privata deve cimentarsi, con la consapevolezza che sebbene la sentenza dell'art. 2932 cod. civ. sia ritenuta dalla migliore dottrina non attingibile quale tutela in forma specifica dell'obbligo inadempito<sup>29</sup>, pur tuttavia non vi può essere dubbio che l'obbligo di rinegoziazione ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 614 *bis* c.p.c.<sup>30</sup>,

---

<sup>28</sup> A tale conclusione, seppure per altra via (indiretta), perviene anche F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze ...*, cit., pp. 618-619, il quale di fronte alla richiesta della richiesta di adempimento mette in campo la buona fede in funzione valutativa (e quindi non fondativa dell'obbligo di rinegoziazione, che l'A. contesta). L'*exceptio doli generalis* ne è la conseguenza che appare idonea a dare la stura alla rinegoziazione volontaria così da ripristinare la piena funzionalità del contratto.

<sup>29</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Dell'esecuzione forzata*, *Comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2020, p. 867 ss. l'A. osserva che «... L'estensione della tutela in natura ex art. 2932 cod. civ. all'obbligo di rinegoziare è sottoposta a critica e non soltanto, com'è ovvio, dai detrattori dell'obbligo legale di rinegoziazione, ma anche dai fautori. E la ragione è duplice: per un verso, la mobilitazione della sentenza costitutiva trasforma l'obbligo di rinegoziazione da vincolo a trattare la modifica del regolamento contrattuale in obbligo a contrarre l'accordo modificativo, il che pare francamente andare oltre il segno; e, per altro verso, questa estensione arma il giudice di un potere di riscrittura del contenuto del contratto che sconfinava nella pura equità, visto che, in condizioni normali, l'obbligo di rinegoziazione non è affiancato da criteri predeterminati di modificazione del regolamento contrattuale tali da guidare la mano del giudice. L'obbligo di negoziare o di rinegoziare – come pure è stato suggerito – sembra piuttosto suscettibile di tutela tramite la misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. ...».

<sup>30</sup> In generale sulla riforma del 2009 e sull'introduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., si veda A. CHIZZINI, in BALENA, CAPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, sub art. 614 *bis*, Torino, 2009, p. 165; S. MAZZAMUTO, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 947; S. MAZZAMUTO, *L'esordio della comminatoria di cui all'art. 614 bis c.p.c.* in *Giur. it.*, 3, 2010, pp. 638-654; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 781 ss.; C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *il Corriere giuridico*, fasc. 6, 2009, p. 737 ss.; C. CONSOLO, F. GODIO, sub art. 614 *bis*, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, Milano, 2009, p. 277; A. CARRATTA, *Le novità in materia di misure coercitive per le obbligazioni di fare infungibile e di non fare*, in *Rass. for.*, 2009, p. 721 ss.; S. CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/esecuzione-indiretta-le-nuove-misure-coercitive-ai-sensi-dell-art-614-bis-c-p-c\\_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/esecuzione-indiretta-le-nuove-misure-coercitive-ai-sensi-dell-art-614-bis-c-p-c_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/); A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019.



ossia possa essere munito della comminatoria che, com'è noto, si applica sia agli obblighi di fare fungibili che a quelli di fare infungibili. Conseguentemente, l'obbligo di rinegoziazione risulta munito di un rimedio specifico, di carattere compulsorio, che gli conferisce un presidio di esecuzione indiretta e ne accredita la forza coercitiva non solo sul piano sostanziale della natura giuridica imperativa e cogente della norma-fonte, ma anche sul piano dell'effettività della tutela.

La rinegoziazione, quindi, non è un fine od un'alterità rispetto alla corretta esecuzione del contratto, la rinegoziazione è la modalità di corretta esecuzione del rapporto, perturbato dagli eventi pandemici in maniera transeunte ma profonda.

In tale chiave di lettura la misura dell'inadempimento non è più soltanto quella della divergenza tra il canone pattuito ed il canone eventualmente prestato o non prestato *tour court* dall'albergatore, bensì la misura in cui le parti avranno correttamente considerato le sopravvenienze e la loro incidenza sull'equilibrio contrattuale nonché lo sforzo complessivamente adoperato per mitigare lo squilibrio della causa concreta del contratto.

Per altro verso, il diniego di rinegoziazione del contratto costituirà inadempimento al programma negoziale divisato, così come influenzato dalle circostanze emergenziali. E si tratta, come detto, di un inadempimento sanzionabile dal giudice sia in forma di esecuzione diretta sia in sede risarcitoria (al punto tale che il risarcimento potrebbe spingersi fino ad addossare alla parte non in buona fede tutto o parte dell'onere o dell'aggravio complessivamente subito in conseguenza del rifiuto della rinegoziazione e dell'eventuale connessa rottura del rapporto<sup>31</sup>). Il diniego di rinegoziazione intraderà, poi, verso la produzione della risoluzione per mutuo consenso che è, per quanto visto, proprio l'esito che le parti intendono evitare<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> In tal senso ci pare l'opinione anche di F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze ...*, cit., p. 585 ss.

<sup>32</sup> G. CAPPELLETTI, *Il mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali*, in *Rass. dir. civ.* 1999, p. 241 ss.; M. FRANZONI, *Mutuo dissenso*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2004, pp. 4-5; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1372-1405, Roma, 1993, p. 19 ss. L'art. 1195 del code civil francese, così come novellato dall'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – art. 2, ha normativizzato il binomio tra sopravvenienze ed obbligo di rinegoziazione ed in caso di rifiuto o di insuccesso della rinegoziazione ha previsto la strada della risoluzione per mutuo consenso ovvero dell'intervento del giudice nell'economia del contratto, «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.*».



In tal senso, proprio una corretta esecuzione della modalità di adempimento mediante rinegoziazione imporrà al giudice di valutare tutte le circostanze specifiche addotte dalle parti per controllare se sono stati presi in considerazione correttamente tutti gli elementi che hanno perturbato il sinallagma contrattuale e che sono stati offerti dalle parti per ricondurre ad equilibrio la situazione.

Nell'ambito della rinegoziazione come modalità di adempimento deve essere apprezzata, sul piano complessivo del programma negoziale, anche l'eventuale offerta di anco-raggio del canone nel periodo di durata dell'emergenza pandemica al numero residuo delle presenze od all'ammontare dei ricavi, con una proposta di progressione man mano che la situazione emergenziale viene a scemare; allo stesso modo, dovrà essere considerata l'offerta di un prolungamento della durata contrattuale, per consentire al proprietario di mitigare con un periodo di ammortamento superiore la sopravvenienza passiva intervenuta od ancora l'offerta di prestazioni sostitutive al pagamento del canone come l'esecuzione di lavori che aumentano il valore durevole del cespite o l'esecuzione di manutenzioni straordinarie di norma di spettanza del proprietario.

In tale ottica, quanto più articolato sarà il contenuto dell'offerta di rinegoziazione sul piano del programma negoziale tanto più ingiustificato risulterà un contegno del proprietario che non intenda mitigare il contenuto pecuniario dell'obbligazione di pagamento dell'albergatore per il periodo di durata dell'emergenza naturalistica.

La rinegoziazione, quindi, s'innesta nell'oggetto della prestazione – che non è, notoriamente, limitato a quanto espressamente dedotto *in obligatione* – e che si arricchisce (*ex artt. 1374 e 1375 cod. civ.*) di specifiche modalità di attuazione del rapporto che dipendono proprio dalle refluenze che le circostanze emergenziali hanno sull'equilibrio negoziale. Se lo scopo è quello di devitalizzare le ragioni del conflitto di posizioni e riguadagnare, per la durata dell'emergenza, un nuovo transeunte punto di equilibrio è evidente che solo una rinegoziazione è in grado di internalizzare nel rapporto le ragioni della continuità e della resilienza del rapporto.

Infine, la circostanza che le controversie in materia di locazione siano assoggettate alla mediazione obbligatoria si rivela particolarmente propizia nel contesto in esame per

---

Per gli immediati riferimenti in dottrina si veda G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016; B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, éd. F. Lefebvre, 2016; P. CHAUVIRE, *Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations. Réponse à la consultation*, in *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, 29, n° 72; P. STOFFEL-MUNCK, *La réforme en pratique, la résiliation pour imprévision*, *AJ Contrats d'affaires-concurrence-distribution*, 2015, p. 262; PH. DUPICHOT, *La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision: Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz Thèmes et commentaires, 2015, p. 3.



consentire, proprio in un momento ed in un contesto di specifica riflessione sulla soluzione del conflitto, di esplodere con ricchezza di contenuti le ragioni della manutenzione del vincolo contrattuale e farle prevalere sulle pulsioni antagoniste ed opportunistiche che, ancora una volta, darebbero la stura ad un inadempimento del programma negoziale latamente inteso nel senso testé predicato.

7. – Il tema in esame non si esaurisce con la trattazione delle possibili soluzioni per la cura dell'inadempimento e la ricerca del nuovo equilibrio negoziale. Come accennato in precedenza, le relazioni contrattuali in rassegna sovente presentano elementi ulteriori che ne arricchiscono la complessità, atteso che per prassi negoziale l'albergatore rilascia in favore del proprietario una garanzia, di tipo fideiussorio ovvero una polizza assicurativa o garanzia bancaria a prima domanda, a presidio dell'esatto pagamento del canone.

L'inadempimento dell'albergatore al pagamento del canone è, in linea di principio, il *trigger* di attivazione delle garanzie nonché delle eventuali clausole di *cross default* dei finanziamenti accesi sull'immobile. Il paradosso che l'art. 91, comma 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27 operi sul versante della responsabilità e non su quello dell'obbligo evidentemente rende la norma inutilizzabile per paralizzare l'escussione delle garanzie ovvero l'accelerazione dei finanziamenti. Si tratta di una conclusione ineludibile salvo a assumere che l'art. 91 in esame sia suscettibile di un'operazione ermeneutica così lata da esonerare dalla responsabilità in senso talmente esteso da ritenere che se non c'è responsabilità allora non c'è quell'inadempimento che costituisce l'innescò dell'escussione della garanzia o dell'accelerazione del finanziamento. Ed una simile lettura non appare praticabile perché non fondata sulla lettera della norma né su argomenti robusti e coerenti.

Un percorso di tutela in relazione ai profili in questione va tracciato, ancora una volta, su di un crinale diverso e più organico, alla ricerca di una coerenza tra principi e possibili tutele, atteso che in linea pratica non avrebbe senso, nella situazione di conflitto in esame, esentare dalla responsabilità il debitore se poi viene escussa la garanzia e chiesto il rimborso del finanziamento in danno del creditore.

In tale ottica, nemmeno l'apparato delle norme di diritto comune o di diritto emergenziale sopra esaminato soccorre a mitigare le conseguenze dell'inadempimento sui rapporti negoziali collegati. Vediamo allora quale potrebbe essere un ragionamento che approdi ad una salvaguardia dei profili in analisi.

Nell'ipotesi che la garanzia prestata sia una fideiussione si potrebbe invocare il prin-



cipio di accessorietà quale argine all'escussione della garanzia, sempre che si acceda ad una nozione forte del principio che predica il corollario per cui il garante è tenuto nella stessa misura dell'obbligato principale e, pertanto, egli non può essere posto in una posizione deteriore rispetto all'obbligato che risulta invece esonerato dalla responsabilità. La lettura proposta, sebbene suggestiva, non trova un sicuro riparo nella disciplina di diritto comune e nemmeno nel meccanismo congegnato dall'art. 91 citato perché, come già detto, la norma non opera sul versante dell'obbligo, anche se appare incoerente concludere nel senso che il garante paghi ciò che non è tenuto a risarcire l'obbligato principale, con problemi insormontabili in sede di regresso perché l'esenzione di responsabilità opererebbe non solo in via diretta, ma anche in via di regresso, lasciando il garante assolutamente privo di tutela.

Una strada più plausibile appare quella dell'*exceptio doli generalis* che, se è in grado di paralizzare l'adempimento dell'obbligazione principale, a maggior ragione è in grado di evitare che il garante subisca un'escussione contraria a buona fede nella peculiare situazione in cui si trova il contratto principale ormai ineseguito nei termini originali perché affetto dagli squilibri ingenerati dall'emergenza sanitaria. Per altro verso, non si dubita che l'*exceptio doli generalis* sia validamente invocabile in ambito fideiussorio anche in rafforzamento del principio di accessorietà che lega le sorti dell'obbligazione accessoria a quelle dell'obbligazione principale.

Analoghe considerazioni valgono anche con riferimento al contratto autonomo di garanzia<sup>33</sup>, socialmente tipizzato proprio intorno all'esclusione dell'elemento dell'accessorietà (Cass. Civ., sez. III, 14 giugno 2016, n. 12152), che a sua volta consegue alla rinun-

---

<sup>33</sup> A. GEMMA, *La fideiussione bancaria a prima richiesta nei rapporti bancari*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, in *Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 715 ss. ed ivi a p. 716 la nota 3 per completezza di riferimenti bibliografici. In giurisprudenza per una nozione del contratto autonomo di garanzia si veda Cass. Civ., sez. III, 11 febbraio 1998, n. 1420 a mente della quale «Il “contratto autonomo di garanzia”, definito anche “garanzia a prima domanda”, espressione di quella autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 1322, secondo comma cod. civ., si configura come un coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni fra il destinatario della prestazione (beneficiario della garanzia), il garante (di solito una banca straniera), il controgarante (soggetto non necessario e che solitamente si identifica in una banca nazionale che copre la garanzia assunta da quella straniera) e il debitore della prestazione (l'ordinante). Caratteristica fondamentale di tale contratto, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione di cui agli artt. 1936 e seguenti cod. civ., è la carenza dell'elemento dell'accessorietà: il garante s'impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni in ordine né alla validità né all'efficacia del rapporto di base. Identico impegno assume il controgarante nei confronti del garante. Ne consegue che nel giudizio promosso nei confronti del garante da parte del soggetto del quale sia garantita la prestazione, al fine di ottenere l'inibitoria della realizzazione della garanzia, il controgarante non è litisconsorte necessario».



cia della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, nonché dal fondamentale carattere di autonomia del rapporto di garanzia rispetto a quello garantito. Alla garanzia autonoma non sono applicabili gli artt. 1939, 1941, 1942 e 1945 cod. civ. ed è impedito ai garanti di opporre qualsivoglia eccezione, salvo quelle letterali (ossia la mancata dichiarazione del beneficiario laddove il testo condizionasse l'operatività della garanzia, la decorrenza del termine, la mancata presentazione del documento, ecc.) e quelle relative all'esistenza del rapporto garantito od alla illiceità della causa nell'ipotesi in cui, ad esempio, mediante il contratto di garanzia autonoma si pretenda di assicurare un risultato vietato dall'ordinamento<sup>34</sup>.

Anche rispetto alla garanzia bancaria autonoma<sup>35</sup> soccorre l'*exceptio doli generalis* che, in applicazione del principio di buona fede, legittima il rifiuto di pagamento del garante e rende contestabile l'escussione della garanzia autonoma allorché esistano prove evidenti (c.d. prove liquide) del carattere abusivo della richiesta (Cass. Civ. n. 5997/2006<sup>36</sup>). Nel caso in analisi la prova liquida ricorre proprio nell'allegazione delle

---

<sup>34</sup> Cass., SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947 e Cass. Civ., sez. III, 24 aprile 2008, n. 10652 entrambe in *Jurisdata online*.

<sup>35</sup> Circa i rimedi cautelari avverso l'escussione delle garanzie bancarie autonome collegate ai contratti di locazione, in conseguenza dell'emergenza Covid-19, si registrano taluni provvedimenti. Tra questi, il decreto *inaudita altera parte* del 14 aprile 2020 reso dal Tribunale di Venezia con cui il Giudice ha concesso l'inibitoria nei confronti della Banca emittente la garanzia su richiesta del conduttore post risoluzione del contratto (per inadempimento innescato dall'emergenza Covid-19), precisando che la sospensione era finalizzata ad «... evitare la rivalsa a mezzo realizzo dei titoli in tempi non favorevoli». Lo stesso Giudice ha, inoltre, affermato che «...appare opportuno attendere, prima di disporre per il prosieguo, lo stato della normativa all'esito del deposito delle memorie resistenti visto che essa è in continua evoluzione e segue l'andamento dell'epidemia», in *w www.ilcaso.it*. Nello stesso senso anche il decreto *inaudita altera parte* del 12.05.2020 reso dal Tribunale di Bologna e quello del 1° giugno 2020 reso dal Tribunale di Genova, entrambi in *www.ilcaso.it*. Le stringate motivazioni dei decreti non offrono argomenti apprezzabili.

<sup>36</sup> Cass. Civ., 17 marzo 2006, n. 5997, afferma come «... si è ormai chiarito che la buona fede opera, nell'ambito dei rapporti obbligatori, su un piano di reciprocità, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di privata autonomia, integrando ovvero restringendo gli obblighi letteralmente assunti dalle parti o derivanti da specifiche norme di legge (Cass. 28 gennaio 1998, n. 831; 5 maggio 1999, n. 12310; 10 ottobre 2003, n. 15150; 24 febbraio 2004, n. 3610). Muovendo da tali premesse, questa Corte ha statuito a più riprese che il garante, quando esistano prove evidenti (le c.d. prove liquide) del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario della garanzia, può (e deve) rifiutare il pagamento richiesto (Cass. 24 aprile 1991, n. 4519; 6 aprile 1998, n. 3552; 21 aprile 1999, n. 3964; 1 ottobre 1999, n. 10864). Per corroborare tale conclusione ci si è richiamati ad un istituto giuridico del diritto romano di origine pretoria, l'*exceptio doli generalis*, concessa al convenuto per difendersi da azioni fondate sullo jus civile, il cui esercizio era da ritenersi tuttavia non conforme all'*aequitas* perché ispirato da un contegno doloso. Quale che sia il valore di tale riferimento storico, è comunque certo che, nell'ordinamento vigente: a) il riferimento al principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti è sufficiente a giustificare, rispetto al tipo di garanzia nel presente giudizio, il rifiuto, da parte del garante, della



misure di contenimento e degli effetti indotti dall'emergenza che hanno impedito la ritrazione della normale utilità dall'immobile alberghiero e che rendono il pagamento ad opera del garante autonomo abusivo. Ancora, ed a rigore, l'escussione della garanzia risulterebbe innescata dalla causa di forza maggiore e si manifesta antagonista con il risultato che l'ordinamento intende vietare, vale a dire una prestazione causalmente non sorretta da un equilibrio contrattuale che risulta violato.

Tale conclusione non collide con la dichiarata autonomia della garanzia rispetto all'obbligazione garantita, ma intende valorizzare la circostanza che anche nell'autonomia residua il principio della causalità del pagamento, che riemerge come argine a tutela dell'equilibrio economico del contratto violato dalle conseguenze della situazione emergenziale. Il proprietario non può ottenere dal garante in via autonoma quello che il debitore non sarebbe tenuto a prestare in buona fede perché i termini originari dell'accordo risultano stravolti dalle circostanze sopravvenute e la corrispettività, privata del proprio baricentro, non può più sorreggere un'attribuzione patrimoniale.

V'è poi un ulteriore scansione del ragionamento e si può affermare che il garante in via autonoma è, a ben vedere, tenuto ad opporre l'*exceptio doli generalis* pena la preclusione della successiva *actio mandati contraria* nei confronti del debitore principale. Su tale ultimo punto la dottrina esprime concordanza in virtù del fatto che la doverosità dell'eccezione è espressione del più generale dovere di protezione basato sul rapporto di mandato intercorrente con il debitore principale<sup>37</sup>.

---

*richiesta di pagamento formulata dal beneficiario della garanzia; b) l'autonomia della posizione del garante, rispetto all'obbligazione garantita non è di ostacolo all'accoglimento di tale conclusione, per la decisiva ragione che il rifiuto opposto dal garante è fondato su circostanze che sono indice di un comportamento malizioso (e, come tale, non conforme a buona fede) del beneficiario della garanzia e, quindi, dell'altro soggetto del rapporto di garanzia; c) che il rifiuto della richiesta di pagamento presentata dal beneficiario della garanzia rappresenta (non una semplice "facoltà", ma) un dovere per il garante, essendo tale soggetto legato, a sua volta, con il debitore principale da un rapporto di mandato che è tenuto ad adempiere con diligenza (art. 1710 c.c.), oltre che secondo buona fede (art. 1375 c.c.); d) che, conseguentemente, l'accoglimento della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario della garanzia, quando sussistano prove evidenti della sua pretestuosità, preclude al garante la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore principale (Cass. 1 ottobre 1999, n. 10864)».*

<sup>37</sup> In questo senso G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali (questioni)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1985, I, p. 83; F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1982, I, p. 185; F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, Torino, 1995, p. 390 ss., secondo il quale i doveri di protezioni afferenti al contratto di mandato tra il garante ed il debitore hanno la duplice valenza sia di far sì che qualora il primo adempia all'insaputa del secondo non potrà esperirsi l'*actio mandati contraria* né alcuna forma di regresso sia di incentivare il debitore a fornire al garante le prove liquide necessarie a paralizzare la pretesa del beneficiario; C. BELFIORE, *Qualche considerazione in tema di exceptio doli generalis in tema di garanzia a prima richiesta*, in *Giur. merito*, 2006, 10, p. 2142.



**CORTE D'APPELLO DI CATANIA, 28 febbraio 2020, n. 518**

**Nell'ambito della successione necessaria, l'individuazione della quota di riserva che spetta alle singole categorie di legittimari, come pure ai singoli legittimari appartenenti alla medesima categoria, va effettuata sulla base della situazione sussistente al momento dell'apertura della successione e non di quella che si viene a determinare per effetto del mancato esperimento, per rinuncia o per prescrizione, dell'azione di riduzione, ad opera di qualche legittimario.**

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 148/2016 pubblicata il 23 aprile 2016 il Tribunale di Caltagirone rigettava la domanda di reintegrazione della quota di riserva formulata da L.S. e P.S. con riferimento alla successione del padre R.S., nato a G. il (...) e deceduto il 29 luglio 2001;

condannava R.S. a reintegrare la quota di riserva di R.S. e di M.S., figli del de cuius, mediante il pagamento della somma di Euro 12.748,25 in favore del primo e della somma di Euro 1.366,44 in favore della seconda, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria; condannava G.S. a reintegrare la quota di riserva della predetta M. mediante il pagamento della somma di Euro 10.581,82, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria; rigettava tutte le altre domande; compensava tra le parti le spese processuali per 3/5; condannava L.S. e P.S. a pagare il restante quinto in favore di G.S., da distrarsi in favore dello Stato, e ciò con riferimento alle domande accessorie rigettate.

Avverso la suddetta sentenza ha proposto appello R.S. e ha chiesto, per i motivi di seguito esaminati, di rideterminare, con riferimento alla successione del nonno, la quota disponibile e di riserva spettante a ciascuno dei figli, e di ridurre proporzionalmente tutte le disposizioni testamentarie e non solo quella in suo favore.

Instauratosi il contraddittorio, si sono costituiti i fratelli R., M., L. e F.S. con atto depositato il 5 giugno 2017 e hanno fatto presente di aver proposto autonomo appello, oggetto del procedimento n. 1046/2017 R.G., pendente innanzi a questa sezione.

Si è costituito anche G.S. e ha chiesto il rigetto dell'impugnazione perché infondata.

Nessuno si è costituito per G.S. benché regolarmente citato.

Con autonomo atto di citazione notificato l'11 maggio 2017 i fratelli R., M., L. e P.S.



hanno proposto autonomo appello avverso la suddetta sentenza, chiedendo la modifica della sentenza con riferimento sia ai soggetti tenuti alla reintegrazione della quota di riserva dei legittimari lesi sia alle domande accessorie, nonché alla statuizione sulle spese processuali. Instauratosi il contraddittorio, si è costituito R.S. e ha eccepito la tardività dell'appello.

Si è costituito anche G.S. e ha chiesto il rigetto della detta impugnazione.

Nessuno si è costituito nei due procedimenti per C.P., R.S. e M.S.

Acquisito il fascicolo di primo grado e riuniti i due procedimenti, all'udienza del 18 novembre 2019 i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive conclusioni come da verbale in atti e la causa è stata posta in decisione con termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente va dichiarata la contumacia di G.S., C. P., R.S. e M.S., non costituiti in giudizio nonostante la regolarità della notificazione della citazione nel presente procedimento.

Sempre in via preliminare va esaminata l'eccezione, formulata dalla parte G.S., di inammissibilità dell'appello principale proposto avverso la sentenza definitiva per non aver impugnato la sentenza non definitiva del Tribunale di Caltagirone.

Detta eccezione non appare fondata, considerato che con la presente impugnazione attiene non alla lesione, così come accertata con la sentenza non definitiva, bensì alle modalità della lesione.

Passando al merito, con il primo motivo di impugnazione la parte censura la sentenza del Tribunale per l'errata interpretazione dell'art. 554 c.c. e, in particolare, per aver ritenuto di dover procedere alla reintegrazione della quota di riserva di R.S. e M.S. o attraverso la riduzione per intero delle disposizioni testamentarie ricevute da esso appellante e da G.S., e non invece, come previsto dall'art. 554 c.c. solo per la parte eccedente la quota disponibile.

Ritiene, invece, la parte che una corretta interpretazione dell'art. 554 c.c. impone la riduzione delle disposizioni testamentarie solo nei limiti della quota disponibile per poi passare alla riduzione delle donazioni; più precisamente, tenuto conto del valore complessivo dell'asse di Euro 299.972,00, il consulente ha stimato in Euro 74.993,00 il valore della quota disponibile, in Euro 18.748,25 la quota di riserva spettante a ciascun figlio legittimario, e in Euro 77.760,00 il valore oggetto delle disposizioni testamentarie, ritenendo così superato il limite della quota disponibile per il risibile importo di Euro 2.767,00.



Indi, sempre a dire dell'appellante, al fine di reintegrare la quota di riserva spettante a R.S. e a M.S., che avevano ricevuto in donazione dal de cuius beni per il valore, il primo, di Euro 6.000,00 e, la seconda, di Euro 6.800,00, si doveva procedere alla riduzione delle disposizioni testamentarie nei limiti della quota di Euro 2.767,00 per poi passare alla riduzione delle donazioni, cominciando dall'ultima e risalendo via via alle anteriori ai sensi dell'art. 559 c.c. Detto motivo appare infondato e va, di conseguenza, rigettato.

Ed invero, la riduzione delle disposizioni testamentarie è regolata non solo dall'art. 554 c.c., ma anche dal successivo art. 555 c.c., che al secondo comma statuisce che "Le donazioni non si riducono se non dopo esaurito il valore dei beni di cui è stato disposto per testamento".

Indi, fermo restando il limite della tutela dell'eventuale legittimario beneficiario della disposizione testamentarie, queste devono essere ridotte interamente fino ad integrare la quota di riserva lesa e, solo in caso di insufficienza, si deve passare a ridurre le donazioni partendo dall'ultima.

Infatti, diversamente dalle disposizioni testamentarie, le donazioni effettuate in vita dal de cuius hanno già realizzato i propri effetti e determinano una situazione compiuta e, pertanto, si riducono solo nel caso in cui il valore dei beni relitti risulti insufficiente ad integrare la quota di riserva.

Alla stregua delle superiori considerazioni l'appello di R.S. deve essere rigettato.

Passando ora all'esame dell'appello proposto dalle parti R., M., L. e P.S., si deve in via preliminare l'eccezione formulata da R.S. di tardività dell'appello. Detta eccezione è infondata e va, quindi, rigettata.

Ed infatti, la prima impugnazione della sentenza comporta la necessità che tutte le altre impugnazioni avverso la medesima decisione siano proposte in via C. nello stesso giudizio, entro il termine di cui all'art. 343 c.p.c.; indi, è inammissibile l'impugnazione C. proposta oltre lo spirare del termine previsto dall'art. 343 c.p.c., a nulla rilevando che per l'appellante C. non siano ancora decorsi i termini generali di cui agli artt. 325 e 327 dello stesso codice di rito (Cass. n. 13514/2014 e Cass. n. 1701/2009).

Come stabilito dalle sezioni unite con la sentenza n. 9232/2002, il termine per proporre l'appello C. non è una sorta di termine mobile legato a lle vicende dell'appello principale, ma un termine autonomo, contemplato dall'art. 343 c.p.c., a pena di decadenza, e del tutto svincolato dal termine "esterno" previsto per le impugnazioni principali dagli artt. 325 e 327 c.p.c., la cui osservanza rileva, rispetto alle impugnazioni incidentali, ai soli fini della determinazione della sorte dell'impugnazione C. stessa, in caso di inammissibilità di quella principale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 334 c.p.c. In altri termini, avvenuta la notificazione di un'impugnazione, le altre parti, cui questa sia stata



notificata, devono proporre, a pena di decadenza, le loro eventuali impugnazioni avverso la medesima sentenza nello stesso procedimento e perciò nella forma delle impugnazioni incidentali; ne consegue che l'appello irritualmente in forma autonoma da chi avrebbe potuto proporre soltanto impugnazione C., per convertirsi in quest'ultima, deve averne i requisiti temporali, onde la conversione risulta ammissibile solo se la costituzione della parte sia avvenuta nei termini di cui all'art. 334 c.p.c.

Detto ciò nella fattispecie in esame l'appello principale risulta notificato al difensore delle parti R., M., L. e P.S. in data 20 gennaio 2017 per l'udienza del 5 gennaio 2017, di guisa che per proporre appello C. la parte si sarebbe dovuta costituire venti giorni prima dalla detta udienza e quindi, il 17 maggio 2017.

Nella specie le dette parti propongono appello autonomo, notificato l'11 maggio 2017, e si costituiscono in data 19 maggio 2017.

Orbene, secondo la giurisprudenza della S.C. "L'appello C. proposto con atto autonomo, notificato dopo il deposito della comparsa di risposta relativa all'appello principale, è ammissibile, se proposto nel rispetto dei termini previsti dalla legge per tale tipo di impugnazione, da verificare in relazione alla data di notifica dell'atto di appello e non a quella successiva del suo deposito in cancelleria, perché è fin dal primo dei due suddetti momenti che la controparte è posta in condizione di conoscere il contenuto dell'impugnazione proposta e di approntare le conseguenti difese" (Cass. n. 16107 /2013; cfr. in senso conforme nella motivazione Cass. n. 26811/2019).

Indi, dovendo fare riferimento alla data di notificazione ai fini della verifica della tempestività dell'appello C., lo stesso risulta ammissibile.

Passando al merito, con il primo motivo gli appellanti incidentali contestano anch'essi le modalità di reintegrazione della quota di riserva spettante ai legittimari, censurando la riduzione delle disposizioni testamentarie e non anche delle donazioni.

Questo motivo appare infondato per le ragioni sopra esposte trattando l'appello di R.S., con cui si condividono le modalità di riduzione adottate dal primo giudice.

Con il secondo motivo di appello la parte appellante censura la sentenza del primo giudice per aver ritenuto inammissibile perché tardiva l'istanza di verifica della scrittura del 25 agosto 1992 a firma del de cuius R.S. e per non aver accolto l'istanza di rimessione in termini, essendo stata tratta in errore dal precedente provvedimento del giudice di ammissione del documento; deduce, inoltre, che l'eventuale verificarsi del riconoscimento tacito della scrittura presuppone che il provvedimento provenga dalla stessa parte, sicché la domanda di verifica del documento in questione, proveniente non da una parte, ma da un terzo sarebbe ultroneo.



Questo motivo di appello, più che infondato, appare inammissibile.

Ed infatti, innanzitutto, va osservato che il documento in questione, prodotto dallo stesso L.S. in data 9 dicembre 2004, attiene ad uno scritto apparentemente proveniente dal de cuius che riconosce la donazione effettuata in favore del figlio L. limitata solo al terreno e non anche al fabbricato ivi realizzato.

Indi, era onere della controparte disconoscere detto documento, come effettivamente fatto nella memoria di replica depositato il 20 gennaio 2015 in cui la parte G.S. dichiara di non conoscere la sottoscrizione.

Il giudice istruttore all'udienza del 27 gennaio 2005 dava atto a verbale che non era stata presentata istanza di verifica tempestiva (cfr. verbale in atti).

Indi, non si percepisce in quale errore la parte sia incorsa per il provvedimento del giudice, considerato, peraltro, che il difensore, a quella udienza del 27 gennaio, presente non deduce alcunché con riferimento al disconoscimento già operato da una delle controparti. In ogni caso, va rilevato che il giudice di primo grado con la sentenza impugnata rileva che la verifica non poteva essere espletata anche perché non era stato prodotto l'originale del documento; questa motivazione non risulta per nulla contestata con l'atto di appello, di guisa che il motivo anche sotto questo profilo è inammissibile in quanto in tema di impugnazione qualora la motivazione della pronuncia impugnata sia basata su una pluralità di ragioni, convergenti o alternative, autonome l'una dall'altra, e ciascuna da sola idonea a supportare il relativo "dictum", la resistenza di una di esse all'impugnazione rende del tutto ultronea la verifica di ogni ulteriore censura, perché l'eventuale accoglimento di tutte o di una di esse mai condurrebbe alla cassazione della pronuncia suddetta (cfr. in questo senso Cass. n. 3633/2017).

Con il terzo motivo di appello le parti censurano la sentenza del primo giudice per aver ritenuto estinti il diritto di presa d'acqua e di passaggio sul fondo di proprietà di G.S., e contestano l'estinzione della servitù di presa d'acqua basata esclusivamente su una dichiarazione del proprietario del fondo servente in ordine alla distruzione del pozzo a causa di un fulmine.

Questo motivo appare fondato e va accolto.

Infatti, dalla relazione di consulenza tecnica di ufficio espletata nel giudizio di primo grado, risulta che il pozzo d'acqua citato nei vari atti ora non esiste più e che l'assunto del proprietario servente sulla distruzione dello stesso ad opera di un fulmine nel 1992, non risulta corretto in quanto l'1 agosto 1994 risulta denunciata al Genio Civile di Catania l'esistenza del pozzo.

Da ciò deriva che, pur non esistendo più il pozzo, nulla è dato sapere in ordine all'epoca e alle cause della sua distruzione.



Orbene, quando, ai sensi dell'art. 1074 c.c., venga a cessare l'utilitas della servitù o la concreta possibilità di usarne, il vincolo rimane allo stato di quiescenza, ma non si estingue se non per effetto della prescrizione nel termine di cui all'art. 1073 c.c. Pertanto, fino al momento in cui sia possibile il ripristino, la servitù deve essere tutelata al fine di impedire un mutamento irreversibile dello stato dei luoghi che ne impedisca definitivamente l'esercizio.

Indi, si deve accogliere la domanda di P.S. (unico appellante a formulare domanda nel *petitum* dell'atto di appello) riguardante l'accertato diritto di attingimento di acqua dal pozzo situato nell'immobile di G.S. e il diritto di passaggio per giungere presso il pozzo, considerato che la mancanza dell'epoca di distruzione non dimostra la prescrizione della servitù prediale per non uso, prova questa che doveva essere fornita dalla parte che eccepisce l'estinzione (cfr. Cass. n. 10486/2018, secondo cui "In tema di prescrizione delle servitù prediali (art. 1073 c.c.), per la ripartizione dell'*onus probandi* si applica il principio generale secondo cui, essendo quella di prescrizione un'eccezione in senso proprio, la prova dei fatti su cui l'eccezione si fonda (art. 2697 c.c., comma 2) spetta a chi l'ha proposta, con la dimostrazione che il titolare della servitù non l'ha esercitata per almeno un ventennio").

Questione diversa attiene al ripristino delle opere per esercitare la servitù e al soggetto eventualmente tenuto, questione che, però, non riguarda il presente giudizio mancando alcuna domanda al riguardo. Con il quarto motivo di appello le parti censurano la sentenza perché, dopo aver preso atto della rinuncia alla quota di riserva da parte del coniuge del *de cuius*, doveva applicarsi la disposizione di cui all'art. 537, comma 2, c.c., riservando, quindi, ai figli la quota di due terzi dell'intero asse.

Questo motivo appare infondato.

Infatti, la S.C. con la sentenza a sezioni unite n. 13429/2006 statuisce che "Ai fini dell'individuazione della quota di riserva spettante alle singole categorie di legittimari ed ai singoli legittimari nell'ambito della medesima categoria, occorre far riferimento alla situazione esistente al momento dell'apertura della successione e non a quella che si viene a determinare per effetto del mancato esperimento, per rinuncia o prescrizione, delazione di riduzione da parte di taluno dei legittimari".

Indi, giustamente il primo giudice fa riferimento all'art. 542, 2 co., c.c.

Quanto, infine, alle spese processuali, questa parte appellante in via C. ripropone, per come risulta dall'intero atto di impugnazione anche se non sotto forma di un vero e proprio motivo, la questione relativa alle spese processuali del giudizio di primo grado, rilevando che il Tribunale ha ommesso di indicare la liquidazione base sulla quale operare le



compensazioni, nonché i soggetti obbligati al rimborso delle spese di giudizio a favore di R. e M.S.

Questo motivo appare fondato nei termini appresso indicati.

La compensazione delle spese di lite nella misura di tre quinti con riferimento alle domande di riduzione, divisione ereditaria e obbligo di rendiconto, fa sì che i restanti due quinti devono essere posti a carico dei soggetti soccombenti, R.S. e G.P. a in favore di R.S. e M.S., e mancando la liquidazione, si deve procedere alla stessa tenuto conto del valore della controversia fissato in relazione al valore delle quote di riserva (scaglione da Euro 5.200,01 a Euro 26.000,00).

Nessuna modifica va disposta in favore delle altre parti, considerato che la compensazione operata in definitiva dal primo giudice (così interpretata la mancata liquidazione delle spese) non risulta contestata da alcuno, così come anche la condanna di S.S. in favore di G.S. per la soccombenza con riferimento alla domanda accessoria.

La modifica della statuizione sulla domanda accessoria proposta da P.S. nei confronti di G.S. fa sì che questo giudice di appello, allorché riformi in tutto o in parte la sentenza impugnata, deve procedere d'ufficio, quale conseguenza della pronuncia di merito adottata, ad un nuovo regolamento delle spese processuali, il cui onere va attribuito e ripartito tenendo presente l'esito complessivo della lite poiché la valutazione della soccombenza opera, ai fini della liquidazione delle spese, in base ad un criterio unitario e globale.

A parere della Corte, tenuto conto dell'esito complessivo della lite (accoglimento solo in parte del l'appello proposto contro G.S.), sussistono giustificati motivi per compensare anche tra le dette parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Sussistono giustificati motivi per compensare tra tutte le altre parti costituite le spese processuali di questo grado di giudizio, lasciando a carico delle parti che le hanno anticipate le spese nei confronti della parte contumace.

Trattandosi di procedimento di appello iniziato trenta giorni dopo l'entrata in vigore della L. 24 dicembre 2012, n. 228, avvenuta l'1 gennaio 2013, va osservato che l'art. 1, comma 17, della suddetta legge, che ha modificato il D.P.R. n. 115 del 2002 (Testo unico in materia di spese di giustizia), ha inserito all'articolo 13, dopo il comma 1-ter, il seguente comma 1-quater. Quando l'impugnazione, anche C., è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o C., a norma del comma 1 bis. Il giudice dà atto nel provvedimento della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente e l'obbligo di pagamento sorge al momento del deposito dello stesso.



Indi, atteso il rigetto del l'appello C., si deve dare atto che nella specie sussistono i presupposti di cui all'art. 13, comma 1-quater, del D.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Catania, definitivamente pronunciando nella causa civile iscritta al n. 163/2017 R.G., dichiara la contumacia di G.S., C.P., R.S. e M.S.

Rigetta l'appello proposto da R.S. avverso la sentenza del Tribunale di Caltagirone n. 148/2016 pubblicata il 23 aprile 2016. In parziale accoglimento dell'appello proposto da R., M., L. e P.S.,

dichiara esistente il diritto di servitù a favore del fondo di P.S. di attingimento di acqua dal pozzo situato nell'immobile di G.P. e il diritto di passaggio per giungere presso il pozzo;

condanna R.S. e G.S., in solido, al rimborso in favore di R.S. e M.S. di due quinti delle spese processuali del giudizio di primo grado, che liquida in complessivi Euro 2.174,00, di cui Euro 240,00 (2/5 di Euro 600,00 per spese) ed Euro 1934,00 per compensi, di cui Euro 350,00 (2/5 di Euro 875,00) per fase di studio della controversia, Euro 296,00 (2/5 di Euro 740,00) per fase introduttiva del giudizio o, Euro 640,00 (2/5 di Euro 1.600,00) per fase istruttoria ed Euro 648,00 (2/5 di Euro 1.620,00) per fase decisoria, oltre alle spese forfetarie del 15% ex art. 2 D.M. 10 marzo 2014, n. 55, IVA e CPA. Compensa i restanti tre quinti. Compensa le spese processuali di entrambi i gradi di giudizio tra P.S. e G.S.

Compensa tra tutte le parti le spese di questo grado di giudizio e lascia a carico della parte che le ha anticipate le spese per il giudizio nei confronti dell'appellato contumace. Si dà atto che per l'appello principale di R.S. sussistono le condizioni ex art. 13, comma 1 quater, del D.P.R. n. 115 del 2002, per l'imposizione a carico della parte appellante del versamento di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione.

Così deciso in Catania il 13 febbraio 2020 nella camera di consiglio della seconda sezione civile della Corte di Appello.

Depositata in Cancelleria il 28 febbraio 2020



GIANCARLO TANTILLO

Dottore in Giurisprudenza

## SULLA QUOTA MOBILE: UNA *QUERELLE* MAI TERMINATA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il sistema della “quota mobile”. – 2.1. La teoria dell’accrescimento. – 2.2. La teoria del ricalcolo. – 2.3. La teoria della cristallizzazione. Le sezioni unite del 2006. – 2.3.1. La dottrina. – 2.3.2. Le sezioni unite del 2006. – 3. (segue) La diatriba sulla reale portata delle sentenze gemelle. – 3.1. Tesi estensiva. – 3.2. Tesi restrittiva. – 4. Conseguenze sistemiche. – 4.1. La legittima quale *pars bonorum*. – 4.2. La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. – 4.3. La legittima quale quota di eredità. – 5. Conclusioni.

1. – La giurisprudenza di merito, con l’arresto in epigrafe, torna a pronunciarsi su uno degli argomenti più controversi del diritto successorio, riportandosi pedissequamente ai principi già formulati dalla Corte di Cassazione nell’ormai lontano 2006 con due note sentenze “gemelle”<sup>1</sup>.

Da decenni la dottrina e la giurisprudenza, infatti, si interrogano su cosa accada qualora il legittimario rinunci all’eredità (e non operi la rappresentazione): se “riallocare” la quota del rinunciante in favore degli altri legittimari o, di contro, se lasciare immutato il

---

<sup>1</sup> Cass. civ., sez. un., 9 giugno 2006, n. 13429 con nota di U. STEFINI, *Determinazione della quota di riserva in presenza di legittimari rinunzianti all’azione di riduzione*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1173 ss.; Cass. civ., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13524, con note di E. DE BELVIS, *Mancato esercizio dell’azione di riduzione ed espansione della quota di riserva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 734 ss.; F. LOFFREDO, *La determinazione della quota di riserva spettante ai legittimari nel caso in cui uno di essi rinunci all’eredità ovvero perda, per rinuncia o per prescrizione, il diritto di esperire l’azione di riduzione*, in *Notariato*, 2006, p. 671 ss.; F. PUGLIESE, *Criteri per il calcolo della quota di legittima*, in *Giur. it.*, 2007, I, p. 2859 ss.; M. CEOLIN, *La determinazione della quota di riserva e alcune considerazioni in tema di rinuncia all’azione di riduzione, rinuncia all’eredità e accrescimento*, in *Riv. not.*, I, 2008, p. 201 ss. Commentano congiuntamente le sentenze: C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazioni e legati in conto di legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 211 ss.; M. GRANDI, *Conseguenze applicative, in tema di legati ai legittimari, delle «Sentenze gemelle» a Sezioni Unite del 9 e 12 giugno 2006*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 10, p. 10 ss.



computo delle quote di riserva facendo sì che quanto rinunciato vada in favore della disponibile.

Le citate sentenze gemelle, cui espressamente si riporta la massima in commento, sembrerebbero essersi pronunciate sul punto affermando il principio secondo cui la rinuncia (o la prescrizione) dell'azione di riduzione non assume rilievo ai fini della determinazione delle quote di riserva, le quali rimangono determinate con riferimento al momento in cui si è aperta la successione.

Ad una lettura più attenta, appare chiaro però come il *decisum* abbia ad oggetto la rinuncia all'azione di riduzione e non all'eredità. Sorge dunque il problema di capire se ed in che misura questa pronuncia prenda una espressa posizione sul punto e, se sì, quale in effetti sia. Infatti, in ordine a tale massima, sono sorte tesi contrastanti, con conseguenze non irrilevanti sul piano pratico. Ciò che però sembra accomunare le diverse ed antitetiche letture del principio in oggetto è la quasi totale assenza di argomentazioni di carattere sistemico idonee a legittimare e spiegare in modo coerente quanto effettivamente si sostiene.

Con il presente studio, pertanto, si cercherà di dare un contributo a questo dibattito, provando a fornire un contesto sistemico ai diversi pensieri che nel tempo sono stati espressi sull'argomento, tentando di evidenziarne i punti di forza e le relative debolezze. Solo elaborando una coerente teoria sulla legittima si potrà dunque addivenire ad una risposta al quesito posto.

2. – All'interno dell'ordinamento italiano le quote spettanti agli eredi necessari sono determinate in relazione ai loro numero e categoria di appartenenza. Il meccanismo così delineato è definito a “quota mobile”, in quanto prevede una variabilità delle quote di riserva che saranno determinate in relazione ai legittimari che concorrono all'eredità.

Tale sistema, già accolto dal *Code Napoleon*, rappresenterebbe un'evoluzione rispetto al codice civile italiano del 1865, che per converso adottava un sistema a quota fissa, o più precisamente, a “mobilità limitata”<sup>2</sup> in quanto la variabilità era prevista solo in relazione al numero delle categorie dei legittimari concorrenti, senza che assumesse rilievo il numero di legittimari facenti parte della medesima categoria.

Come già esposto, il principale problema connesso al sistema oggi vigente è rappresentato dalle conseguenze da attribuire alla rinuncia all'eredità di uno dei legittimari, ove

---

<sup>2</sup> Cfr. L. FERRI, *Dei legittimari*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1971, p. 26.



non ne operi la rappresentazione. In tal caso, infatti, si discute se si debba procedere ad una riallocazione delle suddette quote, tenuto conto dell'assenza del legittimario rinunciante; o se, di contro, si debba fare comunque riferimento alla situazione così come astrattamente delineata al momento dell'apertura della successione (indi lasciando invariato il calcolo delle quote).

Sul punto si sono venute a creare diverse correnti di pensiero, in dottrina e giurisprudenza.

**2.1.** – Secondo una tesi assai risalente<sup>3</sup> la sorte della quota del legittimario rinunciante sarebbe regolata dall'istituto dell'accrescimento. Per arrivare a tale soluzione, in primo luogo si ritiene che le quote di riserva sarebbero determinate con riferimento ai legittimari esistenti al momento dell'apertura della successione. A sostegno di questa tesi, si riporta il dato letterale di talune norme codicistiche (artt. 537, 538, 542, 544 cod. civ.) che farebbero riferimento ai legittimari che sono “lasciati”; e si argomenta di conseguenza che ciò starebbe ad indicare che gli eredi necessari rilevanti per il calcolo delle quote sarebbero quelli che effettivamente sussistono al momento della morte, con conseguente irrilevanza delle vicende successive.

Pertanto le quote di legittima saranno fissate definitivamente prendendo di riferimento l'astratta situazione verificatasi al momento dell'apertura della successione, non essendo suscettibili di essere ricalcolate successivamente.

Determinate le astratte quote di riserva, tale corrente di pensiero ritiene dunque che le sorti della quota del legittimario rinunciante sarebbero regolate dall'istituto dell'accrescimento. Tale istituto, invero, è disciplinato esclusivamente in sede di successione testamentaria (art. 674 cod. civ.) ma si è ritenuto di poterne estendere la portata anche alle successioni *ab intestato* e necessaria, sulla scorta del dato letterale dell'art. 522 cod. civ. Detta norma, in effetti, nel disciplinare la conseguenza della rinuncia, utilizza la parola “accrescimento”. I profili problematici di questa soluzione sono almeno due. *In primis*, la norma in esame è dettata esclusivamente in tema di successione *ab intestato*. A ciò si potrebbe ribattere che la successione necessaria sarebbe comunque una *species* della successione legittima<sup>4</sup> e pertanto la comunanza di natura ne renderebbe di conseguenza

---

<sup>3</sup>L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. I. Parte generale – Tomo II. Le specie – i soggetti*, Napoli (Morano) 1958, p. 29 (nota 24).

<sup>4</sup>In tal senso si è parlato di “successione legittima potenziata”. Si vedano: A. CICU, *Le Successioni*, Milano, 1947, p. 218; L. GARDANI, CONTURSI LISI, voce *Successione necessaria*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*,



applicabili le relative norme. *In secundis*, con argomento più difficilmente eludibile, si osserva che l'art. 522 cod. civ. non sembrerebbe disciplinare un fenomeno di accrescimento in senso "tecnico", mancandone i presupposti (quale, ad esempio, una chiamata solidale nella medesima quota)<sup>5</sup>.

In buona sostanza si cercherebbero di disciplinare le sorti della rinuncia del legittimario mediante l'opinabile applicazione di una norma fuori dal suo alveo e sulla base di una interpretazione della medesima già di per se controversa.

Tale tesi, ancorché sostenuta da dottrina minoritaria, ha avuto l'avallo di parte della giurisprudenza<sup>6</sup>.

**2.2.** – Secondo altra tesi<sup>7</sup>, al seguito della rinuncia all'eredità del legittimario, si dovrebbe procedere ad un ricalcolo delle quote di riserva. Anche questa tesi parte dunque dal presupposto che la quota del legittimario rinunciante debba essere "riallocata", sebbene le modalità pratiche ed i criteri qui adoperati sono assai diversi dalla precedente.

Infatti punto di partenza e di arrivo di tale corrente di pensiero è l'idea secondo cui il legittimario rinunciante dovrebbe essere eliminato dal computo degli eredi necessari; e conseguentemente le quote andrebbero calcolate tenuto conto della sua assenza.

---

Torino, 1999. *Contra* L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, Milano, 1967, p. 43, ove si afferma che "La successione necessaria forma con la successione legittima un'unica categoria (...) ma nell'ambito di questa categoria esse devono essere tenute distinte appunto come due specie dello stesso genere".

<sup>5</sup> Già in sede di successione *ab intestato* si discute se la norma in esame rappresenti fenomeno di accrescimento vero e proprio. In senso negativo: L. MENGONI, *Le successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, p. 69 ss.; A. PALAZZO, voce *Accrescimento*, in *Dig. Disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1987. In senso positivo si muove la dottrina più risalente: N. COVIELLO, *Successioni. Parte Generale*, Napoli, 1935, p. 206; A. CICU, *op. cit.*, p. 32. Una tesi mediana è sostenuta da S. FERRARI, *L'accrescimento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 6, 1982, p. 245 ss., il quale ne ammette un'applicazione limitata e differenziata.

<sup>6</sup> Cass. Civ., 27 gennaio 1943, n. 188, in *Riv. dir. priv.*, 1944, II, p. 1 ss.; Cass. Civ., 24 gennaio 1957, n. 221 in *Rep. Foro. it.*, 1957, voce *Successione*, n. 74; Cass. Civ., 26 ottobre 1976, n. 3888, in *Mass. giur. it.*, 1976. Estremamente singolare la soluzione adottata dal Trib. Monza, 27 ottobre 1992, con nota di C.Z. BUDA, in *Giur. mer.*, 1994, 4-5, p. 638 ss., ove si applica l'accrescimento anche al seguito della rinuncia alla sola azione di riduzione.

<sup>7</sup> A. CICU, *op. cit.*, p. 252; L. FERRI, *I Legittimari*, cit., pp. 6, 26, 112; ID., *Successioni in generale*, in *Comm. dir. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1968, pp. 96-99; L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 190; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2015, I, p. 431 ss.; L. GENGHINI, C. CARBONE, *Successioni per causa di morte*, Padova, 2012, I, p. 528; A. PALAZZO, *op. cit.*; G. AZZARITI, *Criteri per il calcolo della riserva nel caso di rinuncia da parte di alcuni degli aventi diritto*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1053 ss.



Fondamentale argomento a sostegno di tale corrente di pensiero è rappresentato dall'art. 521 cod. civ., che espressamente qualifica il rinunciante come se non fosse mai stato chiamato all'eredità, attribuendo dunque efficacia retroattiva all'atto di rinuncia. Ne deriva che il rinunciante dovrà ritenersi come estraneo alla successione, avendo perduto la propria qualifica di legittimario.

Si è pure osservato che non sarebbe neppure pregnante l'argomento letterale secondo cui si dovrebbe tener conto dei figli "lasciati" ai fini del calcolo delle quote. Infatti non mancano norme (art. 538 cod. civ.) che impongono di ritenere che con tale espressione non possa non farsi riferimento a coloro che effettivamente vengono all'eredità e rappresenterebbero piuttosto un argomento in favore del ricalcolo.

Argomento di centrale importanza è rinvenibile nell'art. 552 cod. civ., dal quale si evince che chi rinuncia all'eredità rinuncia anche alla legittima. Infatti, secondo tale norma, la rinuncia all'eredità implica che eventuali lasciti (a titolo di legato o di donazione) effettuati nei confronti del legittimario rinunciante gravino non più sulla quota di riserva bensì sulla disponibile; confermando *a contrario* che il nostro ordinamento presuppone una fuoriuscita del rinunciante dal sistema di computo dei legittimari.

In questo modo si dimostra che le quote non potrebbero essere determinate in modo fisso ed invariabile, con ciò facendo venir meno il presupposto per l'applicazione della tesi dell'accrescimento<sup>8</sup>.

La teoria del ricalcolo, nettamente maggioritaria in dottrina, è stata anche accolta da altra parte della giurisprudenza<sup>9</sup>.

**2.3.** – Le due tesi sopra esposte hanno in comune l'idea secondo cui si debba tenere conto di quelli che sono i legittimari che concretamente vengono all'eredità e conseguentemente adottare criteri atti a riallocare la quota del rinunciante. In via diametralmente opposta si muove quella che è la tesi della così detta "cristallizzazione", secondo cui le quote rimangono determinate in modo fisso ed invariabile una volta calcolate al momento dell'apertura della successione, senza che assumano alcun rilievo le vicende successive.

---

<sup>8</sup>L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 191; A. CICU, *op. cit.*, p. 252.

<sup>9</sup>Cass. Civ., sez. II, 11 maggio 1962, n. 949, in *Foro it.*, I, p. 194 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 9 marzo 1987, n. 2434, con nota di G. AZZARITI, in *Giust. civ.*, 1987, I, 5, p. 1046 ss.; Cass. Civ., Sez. II, 11 febbraio 1995, n. 1529, con nota di N. DI MAURO in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2117 ss.



**2.3.1.** – In termini puramente empirici, tale tesi ha in comune con quella dell'accrescimento l'invariabilità del computo delle quote di riserva, differenziandosi dalla prima per l'assenza di un fenomeno di collocamento della quota del rinunciante in favore degli altri legittimari.

Questa posizione è stata sostenuta solo da una voce isolata<sup>10</sup> sulla base di una singolare ricostruzione della successione necessaria.

Si è ritenuto, infatti, che all'apertura della successione i legittimari sono immediatamente destinatari della delazione nella quota di riserva, ma non anche del corrispondente contenuto economico<sup>11</sup>. Accettando l'eredità si accetterebbe altresì la corrispondente quota di riserva. Una eventuale rinuncia all'eredità, però, riguarderebbe solo la delazione *ab intestato* o testamentaria, non incidendo sulla chiamata nella legittima. Di contro, se si accetta l'eredità ma non si ha interesse a conseguire la legittima, una eventuale rinuncia di quest'ultima riguarderebbe solo ed esclusivamente l'azione di riduzione. Ne deriva che la quota di riserva è sempre fissa ed eventuali rinunce riguarderebbero invece il conseguimento della *portio bonorum* funzionali al suo riempimento.

A soluzioni empiricamente analoghe è arrivata anche la risalente giurisprudenza<sup>12</sup>, senza che però si sia proceduto ad alcuna completa giustificazione dogmatica.

**2.3.2.** – La Corte di Cassazione nel 2006, con le due note e già citate “sentenze gemelle”<sup>13</sup> sembrerebbe in vero aver aderito alla tesi da ultimo citata (o più precisamente: a conseguenze pratiche analoghe), sebbene si discuta ancora oggi sull'effettiva portata di tali arresti.

Tale pronuncia tenta di demolire le tradizionali argomentazioni poste a fondamento delle teorie dell'accrescimento e del ricalcolo, ma non si può far meno di notare la confusione e sovrapposizione delle due tesi.

Infatti la S.C. afferma in chiare lettere di non poter condividere l'orientamento in precedenza espresso dalle sentenze 26 ottobre 1976 n. 3888, 9 marzo 1987 n. 2434 e 9 mar-

---

<sup>10</sup> S. FERRARI, *op. cit.*, p. 260 ss.

<sup>11</sup> Tale teoria si distanzia dalla dottrina dominante che ritiene, per il caso di legittimario interamente pretermesso, che la chiamata nella quota di riserva possa aprirsi solo ove si sia vittoriosamente agito in via di riduzione. Cfr. par. 4.3.

<sup>12</sup> App. Napoli, 18 dicembre 1939, in *Dir. e giur.*, 1940, p. 74; Cass. Civ., sez. II, 22 ottobre 1975, n. 3500, in *Foro it.*, 1976, I, p. 1952; Cass. Civ., sez. II, 28 novembre 1978, n. 5611, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Successione ereditaria*, n. 58.

<sup>13</sup> Si veda la nota 1.



zo 1987, n. 2434, che come già sopra esaminato<sup>14</sup>, aderiscono rispettivamente alla tesi dell'accrescimento la prima ed alla tesi del ricalcolo le altre. Nel riferirsi a tali sentenze, dunque, la Corte sembrerebbe riportarle all'alveo di un'unica corrente di pensiero (ritenendo che esse afferiscano alla tesi della "espansione", utilizzando il singolare "la tesi" e non il plurale "le tesi").

A conferma di quello che sembra un equivoco di fondo, la Corte rivolge una critica unitaria al richiamo definito inopportuno (*rectius*: errato) agli artt. 521 cod. civ. e 522 c.c. che, come abbiamo già visto, sono rispettivamente poste a fondamento della tesi del ricalcolo il prima; dell'accrescimento il secondo. Infatti tali norme – afferma la Corte – sarebbero destinate ad operare in materia di successione *ab intestato* e non in quella necessaria.

Il problema non sta tanto nell'aver richiamato norme a fondamento di due tesi per criticarle indi smontare entrambi gli orientamenti precedenti, ma sembrerebbe aver inteso che esse si riferiscano alla medesima teoria. Infatti la Corte afferma espressamente di non essere d'accordo che all'effetto retroattivo della rinuncia *ex art. 521 c.c.* di uno dei chiamati ne consegua l'accrescimento *ex art. 522 cod. civ.* delle quote degli altri legittimari.

È qui dunque la conferma dell'errata prospettiva. Infatti, chi sostiene il ricalcolo delle quote lo fa perché, sulla base dell'art. 521 cod. civ., avendo la rinuncia dell'eredità effetto retroattivo, ciò implicherebbe l'eliminazione del rinunciante tra il calcolo dei legittimari con conseguente ricalcolo delle quote di riserva, tenuto conto della sua assenza, senza alcun fenomeno di accrescimento.

Di contro, la tesi dell'accrescimento, parte dal presupposto che le quote rimangano fisse (indi non ci sia ricalcolo, convergendo sotto questo punto con la tesi della cristallizzazione) e che la rinuncia implichi *ex art. 522 cod. civ.* l'accrescimento della quota del rinunciante ai rimanenti legittimari.

In buona sostanza la S.C. afferma di non essere d'accordo con una tesi che non esiste, non è sostenuta dalle sentenze citate, né è sostenibile per le ragioni come sopra evidenziate.

Continuando nella sua motivazione, si ritiene inapplicabile al caso in oggetto l'art. 522 cod. civ. anche perché la norma in esame, non prevedrebbe comunque una ipotesi di accrescimento in senso tecnico. Ma per quanto possa condividersi un tale assunto, rimane comunque errato il presupposto logico: tale norma e la relativa interpretazione non

---

<sup>14</sup> Si vedano le note 6 e 8.



hanno nulla a che fare con chi di contro fonda il proprio pensiero sull'art. 521 cod. civ.

Nel passaggio successivo, sempre riferendosi al medesimo orientamento criticato, afferma altresì che le quote debbano essere determinate in modo fisso al momento dell'apertura della successione, sulla base del già ricordato argomento letterale secondo cui talune norme fanno riferimento al concetto di eredi "lasciati", intendendosi con ciò tutti i consuccessibili, a prescindere che vengano o meno all'eredità. Questo però è argomento già noto e proprio della tesi dell'accrescimento, che evidentemente sotto questo profilo ha un punto di convergenza con la tesi della cristallizzazione. La critica dovrebbe piuttosto essere diretta a chi sostiene il ricalcolo. Ma ancora una volta la corte non fa distinzione, e sembra rivolgersi unitariamente "*alla tesi finora sostenuta in dottrina ed in giurisprudenza*".

L'ultimo passaggio è forse quello che spiega il cambio di rotta operato dalla S.C. Infatti viene evidenziato come l'idea di una cristallizzazione delle quote risulti essere conseguenza di un'esigenza di una maggiore certezza degli spazi di libertà dispositiva del *de cuius*. In buona sostanza, in un bilanciamento di interessi tra i diritti dei legittimari e l'autonomia testamentaria, viene dato maggior peso a quest'ultima. Il che appare indubbiamente innovativo, soprattutto alla luce del fatto che la disciplina dei legittimari è sempre stata pensata ed analizzata dalla prospettiva di quest'ultimi, non prendendosi mai di riferimento le contrarie esigenze del *de cuius*.

Tanto esposto, la Corte conclude con la nota massima secondo cui "*ai fini dell'individuazione della quota di riserva spettante alle singole categorie di legittimari e ai singoli legittimari nell'ambito della stessa categoria occorre fare riferimento alla situazione esistente all'apertura della successione e non a quella che si viene a determinare per effetto del mancato esperimento (per rinuncia o prescrizione) dell'azione di riduzione*".

Tutto chiaro, se non per il fatto che l'intera motivazione sembra poggiare – con tutte le sue contraddizioni e vizi logici – sulla rinuncia all'eredità, per poi concludere parlando di rinuncia all'azione di riduzione.

**3.** – Il dibattito circa l'effettivo significato dei principi espressi dalle suddette sentenze gemelle, e ribaditi dalla massima in epigrafe, risulta essere ancora oggi acceso e discusso in dottrina<sup>15</sup>. Al riguardo gli orientamenti risultano polarizzati su due opposte correnti di pensiero, discutendo sull'estensibilità della massima alla rinuncia dell'eredità.

---

<sup>15</sup> Cfr. L. GENGHINI, C. CARBONE, *Successioni per causa di morte*, I, Padova, 2015, p. 529 ss.



**3.1.** – Secondo una prima tesi<sup>16</sup>, dalla sentenza in esame si trarrebbe il principio generale secondo cui anche alla rinuncia dell'eredità corrisponde la permanenza dell'entità delle quote così come fissate al momento dell'apertura della successione. In buona sostanza, si ritiene che la tesi della cristallizzazione sia stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità.

Tale orientamento, ancorché autorevolmente sostenuto, sostanzialmente si limita a riproporre le argomentazioni come già formulate dalla Suprema Corte, con tutte le contraddizioni ed equivoci già evidenziati; per cui ci si limiterà a ricordare gli ulteriori argomenti volti a sostegno.

In particolare si è sostenuto<sup>17</sup> che la fissità delle quote potrebbe altresì essere dedotta dall'art. 551.3 cod. civ. Tale norma, nel disciplinare il legato in sostituzione di legittima, prevede espressamente che il lascito in favore legittimario così tacitato (e quindi escluso dalla comunione ereditaria) sarebbe da gravarsi sulla sua quota di riserva. *A contrario* si ricaverebbe pertanto l'idea di come anche il legittimario così soddisfatto, indi “rinunciante” alla propria quota di riserva, sia in effetti computato ai fini della quota di riserva. Sul punto appare però assai curioso come una discreta corrente giurisprudenziale<sup>18</sup>, che si pone proprio nell'alveo delle sentenze gemelle, cita la relativa massima proprio per computare il legittimario tacitato con legato in sostituzione (senza che, peraltro, venga mai citato l'art. 551.3 cod. civ.). Una tale contraddittorietà, o meglio circolarità, delle argomentazioni complessivamente poste in ordine al computo del legittimario beneficiario col legato *ex art.* 551 cod. civ., sembrerebbero piuttosto ruotare intorno ad un medesimo equivoco di fondo, come meglio si vedrà nel paragrafo seguente.

Si è altresì sostenuto<sup>19</sup> che non potrebbe costituire idoneo argomento ai fini del ricalcolo l'art. 552 cod. civ. Tale norma, indubbiamente oggetto di notevoli critiche, rappresenterebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra il legato in conto di legittima ed in sostituzione, in quanto entrambi volti a soddisfare il diritto di legittima, ma a cui il legislatore fa conseguire diverso trattamento al seguito della rinuncia del legittimario beneficiario. Infatti l'applicazione dell'articolo in oggetto implicherebbe che, mentre un legit-

---

<sup>16</sup> In tal senso, tra i principali fautori: C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima*, cit., p. 211 ss.; A. MATTERA, C. ROMANO, “Cristallizzazione” della quota di riserva, rinuncia all'eredità e nuove ipotesi applicative, in *Notariato*, 2018, 5, p. 495 ss.

<sup>17</sup> C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima*, cit., p. 213.

<sup>18</sup> Tribunale di Benevento 26 settembre 2008, in [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it); Cass. Civ. Sez. II, 13 febbraio 2008, n. 3471, in [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it); Cass. civ., Sez. II, 17 giugno 2011, n. 13385, in [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it); Cass. Civ., sez. II, 5 maggio 2013, n. 11373, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>19</sup> C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima*, cit., p. 216.



timario “rinunciante” alla propria quota in quanto beneficiario di un legato in sostituzione veda gravato detto lascito sulla porzione indisponibile del patrimonio ereditario, il legittimario in conto di legittima che rinunci all’eredità vedrebbe invece il proprio lascito gravato sulla quota disponibile.

Infatti se al testatore sono date diverse modalità per soddisfare le pretese del legittimario (donazione, legato in sostituzione, legato in conto, ecc.) non si comprende perché assoggettare a regimi diversi strumenti sostanzialmente funzionali al perseguimento del medesimo fine. E proprio perché non si comprende la ragione di tale norma, si conclude definendola “fuori sistema”<sup>20</sup> e frutto di un pregiudizio ideologico secondo cui la legittima è necessariamente quota di eredità<sup>21</sup> (quando invece, come visto, potrebbe essere tacitata attraverso diverse modalità). L’*impasse* verrebbe superato o mediante una *interpretatio abrogans* o proponendo interpretazioni “evolutive” della norma in esame<sup>22</sup>. A ragionare diversamente, verrebbero pregiudicati taluni principi fondamentali del nostro ordinamento. Si è infatti osservato che, se si dovesse sostenere un ricalcolo secondo l’art. 552 cod. civ., si arriverebbe alla conseguenza di “riscrivere” l’obbligo di imputazione ex art. 564 cod. civ. Tale norma infatti non opererebbe nei confronti del legittimario beneficiario di legato in conto che, istituito erede, rinunci alla propria delazione: proprio da ciò discenderebbe la già citata ed ingiustificata disparità di trattamento tra legatario in conto ed in sostituzione. Si legittimerebbe altresì una ingiustificata intromissione di soggetti diversi al *de cuius* all’interno del regolamento della vicenda ereditaria.

Altra norma che sembrerebbe sposare le ragioni della cristallizzazione sarebbe rinvenibile nell’art. 556 cod. civ., il quale nel prevedere che le quote si calcolano con riferimento al patrimonio ereditario esistente al momento dell’apertura della successione, fisserebbe per l’appunto tale momento come quello in cui determinare una volta per tutte il *quantum* delle quote<sup>23</sup>.

Infine non si è mancato di precisare che l’effettiva novità delle sentenze gemelle sia rappresentata dal principio di valorizzare al massimo i profili dell’autonomia testamentaria.

Una tale lettura del sistema dei legittimari, sicuramente innovativa, si è ritenuta legittima se contestualizzata in una corrente storica volta alla compressione dei diritti di legittima in favore di una più facile circolazione dei beni (si vedano, al riguardo: l. 14 maggio

---

<sup>20</sup> A. MATTERA, C. ROMANO, *op. cit.*, p. 495.

<sup>21</sup> *Op. loc. ult. cit.*

<sup>22</sup> Per evitare ripetizioni, per un’analisi di tali soluzioni ermeneutiche si rinvia al par. 4.2.

<sup>23</sup> C.M. BIANCA, *Diritto Civile, 2.2., Le Successioni*, Milano, 2017, p. 176.



2005, n. 80; l. 28 dicembre 2005, n. 263 che hanno introdotto un limite temporale alla tutela reale del legittimario; l. 14 febbraio 2006, n. 55, che ha introdotto il patto di famiglia)<sup>24</sup>.

Si evidenzia altresì che, ad oggi, l'estensione della cristallizzazione anche alla rinuncia all'eredità è stata accolta da una singola pronuncia di legittimità<sup>25</sup>, passata inosservata alla maggior parte degli studiosi. Sul punto si rileva però l'esistenza di una voce critica<sup>26</sup> che ha evidenziato il modo sbrigativo della S.C. nel pervenire a tale soluzione. Infatti la controversia decisa, avente oggetto una vicenda assai lunga e complessa, ha tra le tante questioni da risolvere il dilemma sul *quantum* delle quote di riserva. Sul punto, la Corte, risolve il quesito mediante la precipitosa applicazione delle massime del 2006, chiudendo in poche righe la questione senza nei fatti addurre alcuna motivazione o presa di posizione dogmatica, assolutamente necessaria in un così delicato contesto, per passare subito alla risoluzione degli altri punti della vicenda.

**3.2.** – Secondo un'altra corrente di pensiero, il significato della comune massima delle sentenze gemelle sarebbe da circoscrivere all'interno del suo dato letterale. Infatti la cristallizzazione delle quote è posta solo come conseguenza della rinuncia o prescrizione dell'azione di riduzione, e non anche come conseguenza della rinuncia all'eredità: queste sono le chiare parole della Cassazione. Questo sottile dato semantico appare talvolta non compreso<sup>27</sup>, in altri casi consapevolmente superato senza però tener conto delle relative conseguenze sistemiche.

In particolare è stata evidenziata<sup>28</sup> la chiara confusione diffusasi tra gli studiosi in ordine alla rinuncia all'eredità e rinuncia all'azione di riduzione, nozioni che nascondono dietro di loro due realtà giuridicamente assai diverse. Infatti bisogna necessariamente di-

---

<sup>24</sup> F. LOFFREDO, *op. cit.*, p. 682.

<sup>25</sup> Cass. Civ., sez. II, 15 novembre 2017, n. 27259.

<sup>26</sup> A. BUSANI, *Eredità, l'apertura fissa la legittima*, in *Il Sole 24 ore*, 16 aprile 2018.

<sup>27</sup> Si vedano: M. GRANDI, *op. cit.*, p. 10 ss.; F. LOFFREDO, *op. cit.*, p. 671 ss.; F. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 5 ss.; C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima*, *cit.*, p. 211 ss.; E. DE BELVIS, *op. cit.*, p. 734 ss. Ciò che si critica di queste tesi non è tanto l'aver sostenuto una lettura "estensiva" della massima in commento, quanto piuttosto non essersi posti il problema circa la differenza tra la rinuncia all'eredità e la rinuncia all'azione di riduzione, con la conseguenza di poter ritenere equivoche le conclusioni cui sono giunti.

<sup>28</sup> L. GENGHINI, C. CARBONE, *op. cit.*, p. 533 ss.; C. CARBONE, *Contro l'interpretatio abrogans della dottrina nel sistema della quota mobile*, in *Vita not.*, 2008, 3, 1593; ID., *il sistema della c.d. quota mobile: una sopravvivenza da ribadire*, in *Studium Iuris*, 2011, 7/8, p. 763 ss.; M. CEOLIN, *op. cit.*, p. 201 ss.



stinguere la rinuncia ad una azione, ossia la dismissione di un diritto alla tutela giurisdizionale<sup>29</sup>, da quella che è la rinuncia all'eredità che, di contro, ha natura dismissiva<sup>30</sup> di un diritto sostanziale. Una tale confusione non solo sovrappone nozioni sostanziali a quelle processuali, ma le vicende cui le “due rinunce” fanno riferimento non sono peraltro nemmeno sovrapponibili. Infatti l'azione di riduzione non è il diritto a conseguire “la stessa eredità” che si acquisterebbe con una semplice accettazione. Tale azione è mirata al conseguimento della mera legittima; mentre con l'accettazione si consegue una quota di eredità devoluta *ab intestato* o *ex testamento*, a prescindere dalla corrispondenza o meno di quest'ultima con i diritti di legittima. *A contrario* ne deriva che rinunciare all'azione di riduzione non ha niente a che fare con la rinuncia all'eredità, sia per i diversi piani giuridici in cui operano (diritto sostanziale-diritto processuale) sia per i relativi interessi sostanziali sottesi.

Non appare ben fondata una lettura estensiva della massima, con conseguente applicazione della cristallizzazione anche alla rinuncia di eredità, sulla base del dell'art. 551.3, che contempla nel computo dei legittimari il beneficiario di un legato in sostituzione. Il fatto che tale legato gravi sulla quota di riserva deriva dalla circostanza che il legittimario consegue effettivamente il suo diritto alla legittima, tacitato *latu sensu* mediante una sorta di *datio in solutum*<sup>31</sup>, col quale gli viene attribuito un lascito a titolo particolare in luogo ad una quota di eredità. Questa non è rinuncia all'eredità, né è alla stessa equiparabile<sup>32</sup>. Il legittimario tacitato assume rilievo ai fini del computo delle astratte quote di riserva, in quanto “partecipa” alla legittima, seppure a titolo particolare. Infatti il legato sostitutivo gli fa conseguire proprio quella stessa legittima, ma in modo diverso<sup>33</sup>.

Nel medesimo ordine di idee si ritiene di non poter condividere nemmeno l'argomento che trova fondamento nell'art. 556 cod. civ. (rubricato *determinazione della porzione disponibile*). Infatti tale norma quando fa riferimento al momento della dipartita del *de cuius*, lo fa per determinare il patrimonio relitto sulla base del quale, al seguito della riunione fittizia delle donazioni, si procederà al calcolo delle quote. Pertanto non sono le

---

<sup>29</sup> C. MANDRIOLI, A. CARATTA, *Corso di diritto processuale civile*, I, 2019, p. 42 ss.

<sup>30</sup> Irrilevante ai fini della presente trattazione è struttura della rinuncia all'eredità, restando comunque ferma la sua natura sostanziale. Cfr. G. CAPOZZI, *op. cit.*, p. 311 ss.

<sup>31</sup> L. FERRI, *I legittimari*, cit., p. 95.

<sup>32</sup> *Op. ult. cit.*, p. 97, ove si osserva: “Il legittimario non rinuncia all'eredità accettando il legato e non vi rinuncia perché non vi può rinunciare, non essendo chiamato a succedere come erede”.

<sup>33</sup> L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 150.



quote che si determinano al momento dell'apertura della successione, bensì – ovviamente – il *quantum* sul cui determinarle.

È stato altresì osservato<sup>34</sup> che la Corte non tiene affatto in conto, nella propria motivazione, dell'art. 552 cod. civ., norma chiave dell'intera vicenda. Infatti può anche essere condivisibile l'esclusione dall'applicazione dell'art. 521 cod. civ. (disciplinante la retroattività della rinuncia) in quanto operante in tema di successione *ab intestato*, ma un meccanismo analogo sembrerebbe essere implicato nell'art. 552 cod. civ., dal quale si ricava che chi rinuncia all'eredità rinuncia anche alla legittima con conseguente ricalcolo delle quote di riserva. In particolare, la funzione della norma in commento è di evitare che un legato in conto di legittima, pensato per essere imputato alla quota di riserva, venga poi traslato sulla disponibile con conseguente compressione degli altri lasciti su di essa gravanti. A conferma di questa lettura si colloca la previsione secondo cui detto meccanismo non trova applicazione quando sia stato lo stesso *de cuius* a dispensare dall'imputazione *ex se*, e quindi abbia espressamente disposto che tale lascito gravi sulla disponibile (evitando *a priori* qualsiasi potenziale pregiudizio). Si vuole in sostanza evitare che la volontà di un legittimario possa intromettersi nell'autonomia testamentaria in modo tale da pregiudicare i beneficiari di lasciti gravanti sulla quota disponibile, nella misura in cui egli abbia rinunciato al proprio "titolo preferenziale" rappresentato dalla legittima.

Come è stato acutamente precisato<sup>35</sup>, tale pregiudizio si verifica in quanto la quota del rinunciante non si accresce alla disponibile: se così fosse allora la rinuncia del legittimario risulterebbe "neutra", implicando il mero passaggio di un "*quantum*" dalla riserva alla disponibile, comprimendo la prima ed ampliando la seconda. Il pregiudizio si verifica in quanto tale norma presuppone che la quota rinunciata dal legittimario vada a "beneficio" degli altri legittimari, determinandone un ampliamento. Da ciò consegue che l'art. 552 non può non presupporre una variabilità delle quote di riserva al seguito di rinuncia all'eredità di un legittimario.

Che sia questo il significato della norma in commento non vi è dubbio, essendo chiara la lettera e ciò essendo corroborato dalla relazione al codice civile<sup>36</sup> dove è precisato che "*La rinuncia alla successione da parte di un figlio che sia stato beneficiato con una donazione in conto di legittima fa aumentare la quota di legittima degli altri figli e quindi può importare la riduzione di liberalità fatte dal de cuius a titolo di disponibile, che non*

<sup>34</sup> U. STEFINI, *op. cit.*, p. 715.

<sup>35</sup> F. MAGLIULO, *La legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. Contributo ad una moderna teoria della successione necessaria*, in *Riv. not.*, 3, 2010, p. 572 ss.

<sup>36</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli D. Grandi al Codice civile*, punto 270.



sarebbero state soggette a riduzione se il legittimario avesse accettato. Ho riconosciuto pienamente fondati questi questi rilievi e quindi ho ritenuto necessario ricercare una diversa soluzione, che contemperasse i seguenti fondamentali principi: a) rispetto della volontà del de cuius, che, facendo la donazione in conto di legittima, non intendeva ne precludersi la possibilità di attribuire a suo piacimento la disponibile, né alterare la situazione degli altri legittimari; b) il principio che il rinunciante non deve ritenere nulla a titolo di legittima; c) il principio per il quale, poiché il rinunciante è considerato estraneo all'eredità, gli altri legittimari devono assorbire l'intera legittima; d) l'esigenza che gli eventuali beneficiari della disponibile non siano alla mercé del rinunciante”<sup>37</sup>.

A fronte di tali evidenze, questa è l'interpretazione che pacificamente è stata riconosciuta all'art. 552 cod. civ., in modo quasi unanime, anche a fronte di diverse e contrastanti teorie sulla natura del diritto di legittima. D'altronde ogni altra interpretazione non dovrebbe essere sostenibile alla luce del dato letterale della norma, soprattutto se coadiuvato da una cristallina spiegazione contenuta proprio nei relativi lavori preparatori<sup>38</sup>.

A ragionare diversamente, in linea con la tesi avversa, si finirebbe per affermare che la rinuncia all'eredità trasli sulla disponibile quanto non accettato, escludendo il presupposto per l'operatività dell'art. 552 cod. civ. rendendolo del tutto inoperante.

In conclusione sembrerebbe potersi affermare che il silenzio della Suprema Corte in ordine all'art. 552 cod. civ., non potrebbe essere interpretato nel senso di una sua sostanziale abrogazione, soluzione cui nei fatti è pervenuta l'avversa teoria che ne ha esteso la massima in commento anche alla rinuncia dell'eredità. Al contrario, un tale silenzio sembrerebbe una chiara conferma della volontà della Corte di circoscrivere il significato del principio enunciato alla fattispecie in oggetto, ossia la mera rinuncia all'azione di riduzione.

**4.** – L'adesione ad una lettura piuttosto che ad un'altra circa la portata della massima in commento implica aderire, in modo consapevole o meno, ad una diversa concezione

---

<sup>37</sup> Sul punto si vedano: F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 578; G. IACCARINO, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2017, p. 1372 ss.

<sup>38</sup> Un tale percorso ermeneutico è in conformità con l'art. 12 preleggi il quale recita che “*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*”. Sul punto si è consci che l'articolo citato oggi non rappresenti un limite per l'interprete (Cfr. G. CHRISTANDL, *Percorsi metodologici della civilistica italiana. Breve storia a partire dal XIX secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1, p. 43 ss.) ma nel caso in esame qualsiasi diverso percorso ermeneutico porta a rendere “fuori sistema” detta norma, dubitandosi della legittimità di una tale operazione (*Cui prodest?*).



della legittima. Alla luce di una tale contestualizzazione, si potranno dunque verificare i profili di coerenza e le ripercussioni pratiche delle diverse teorie analizzate.

**4.1.** – Autorevole e datata dottrina<sup>39</sup> afferma che la legittima non sarebbe da identificarsi nel diritto alla qualità di erede (e conseguentemente alla quota di eredità), bensì sarebbe diritto a conseguire un “utile netto”. In buona sostanza la qualità ereditaria potrà spettare al legittimario solamente ove ne sia stato investito in forza di testamento o in forza di successione *ab intestato*. A tali conclusioni si perviene sulla base del fatto che, mentre la delazione ereditaria investe l’erede in tutti i rapporti giuridici trasmissibili di cui era titolare il *de cuius*, ciò in effetti non accade al legittimario, che consegue solo il diritto su un attivo patrimoniale a cui sono state prededotte le passività.

In coerenza con tali assunti si è ritenuto che la legittima potrebbe essere tacitata anche solamente mediante attribuzioni a titolo particolare, siano esse donazioni o legati. Infatti si argomenta che, qualora un legittimario abbia ricevuto donazioni o legati per un *quantum* pari all’utile netto lui riservato, verrebbe meno lo stesso presupposto dell’azione di riduzione. Infatti agendo in riduzione non conseguirebbe più di quanto egli già ha. Anzi, si afferma altresì che qualora nei suoi confronti si sia aperta la delazione ereditaria, l’accettazione risulterebbe comunque inutile: non potrebbe ricevere altro, stante l’onere di imputazione *ex art. 564 cod. civ.*

Quanto affermato non è contraddetto, anzi è rafforzato dalla figura del legato in sostituzione: esso rappresenta conferma di come il legittimario possa essere tale anche senza la qualità di erede (si veda il già citato art. 551.3, che fa gravare il lascito sulla quota di riserva). Il fatto che però tramite lo stesso il legittimario consegua qualcosa di meno rispetto a ciò che la legge gli riserva, riposa solamente sul suo consenso. Infatti il *de cuius* ben potrebbe avergli legato un bene graditissimo, ancorché di valore inferiore, spingendo il legittimario a trattenerlo ma privandolo del diritto all’intera quota. Qualora invece gli sia stata riconosciuta la facoltà a chiedere il supplemento (art. 551.2), ossia la differenza del valore tra quanto ricevuto e l’utile netto riservatogli, tali pensatori ritengono che detto legato – coerentemente – debba essere riqualficato “in conto”<sup>40</sup>. Se infatti la legittima è mero valore economico, ne deriva che se il legittimario consegue l’intera quota a lui

---

<sup>39</sup> F.S. AZZARITI, G. MARTINEZ, G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, VII edizione, Padova, 1979, p. 197 ss; L. FERRI, *I legittimari*, cit., p. 6 ss.

<sup>40</sup> L. FERRI, *I legittimari*, cit., p. 98 ss.



riservata, non risulterà più “sostituito” da un qualcosa di diverso (ossia di economicamente inferiore) ma avrà conseguito l’intero *quantum*.

Proprio sulla base di tali osservazioni non si riesce bene a comprendere il significato dell’art. 552 cod. civ., che viene definita norma non di molto senso<sup>41</sup>, differenziando legati qualitativamente uguali. Questo però si spiega in quanto la norma ha dietro di sé il pregiudizio che la legittima sia quota di eredità (confermando *a contrario* che sarebbe coerente in un sistema che accolga quest’ultima nozione). “Spostare” il legato in conto in favore del legittimario rinunciante ha senso se la legittima è eredità: se questa si rifiuta, il legittimario ha abdicato al titolo in acconto del quale gli è stato dato un legato, con la conseguenza che quest’ultimo sarà mero lascito sulla disponibile. Di contro se la legittima è *pars bonorum* si dovrebbe sempre e comunque far gravare sulla quota di riserva il lascito in favore del legittimario. Ma così non è. Irragionevole che sia la norma, tale dottrina si ferma di fronte all’inequivocabile dato positivo accettandone le conseguenze<sup>42</sup>, che per le ragioni viste implicano il meccanismo del ricalcolo.

In conclusione, i sostenitori di tale tesi ritengono di non poter spingere la loro coerenza a tal punto da soverchiare il dato positivo.

**4.2.** – Una tesi sostenuta da autorevole dottrina notarile<sup>43</sup> definisce la legittima quale attribuzione patrimoniale policausale. È di tutta evidenza che una tale nozione descrive il concetto di legittima sotto il profilo delle modalità di soddisfazione dei diritti dei legittimari, ma non ce ne fornisce una definizione sotto il profilo sostanziale. Una definizione, entro tale ordine di idee, potrebbe dunque essere la seguente: il legittimario ha diritto ad essere erede, salvo che il *quantum* a lui spettante sia già soddisfatto mediante attribuzioni a titolo particolare.

Il fondamento di questa tesi è rinvenibile *in primis* nell’art. 536 cod. civ., il quale definisce i legittimari come *le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti*. Sulla scorta del dato letterale si è dunque inteso che il legittimario ha diritto “o” ad una quota “o” ad altri diritti, nel senso che, ove la quota ereditaria (e la relativa qualità di erede) non gli siano stati riconosciuti, egli dovrebbe ritenersi comunque soddisfatto quando abbia ricevuto, tramite liberalità *inter vivos* e/o legati, beni pari al

---

<sup>41</sup> *Op. ult. cit.*, p. 100.

<sup>42</sup> *Op. ult. cit.*, p. 112; ID., *Successioni in generale*, cit., p. 98 ss.

<sup>43</sup> F. MAGLIULO, *op. cit.*, p. 554 ss.



valore della propria quota di riserva. Egli avrebbe comunque la possibilità di ottenere la qualità di erede solo in via residuale, e precisamente solo ove tali liberalità a titolo particolare non lo abbiano interamente soddisfatto o previa rinuncia ai legati in suo favore.

Tale veduta troverebbe conferma nel meccanismo di funzionamento dell'azione di riduzione. Essa è comunemente definita come un'azione di accertamento costitutivo, in quanto accerta la qualità di legittimario e conseguentemente dichiara inefficaci gli atti lesivi della quota di riserva. Al riguardo si è osservato che ove il legittimario sia stato interamente soddisfatto con donazioni o legati, l'azione in oggetto non avrebbe più ragion d'essere: infatti non ci sarebbe nulla da ridurre, dando luogo ad un fenomeno di mero accertamento della qualità di erede (estraneo al funzionamento dell'azione di riduzione, che invece è azione costitutiva). Una tale azione vedrebbe dunque l'attore sempre soccombente, risultando sostanzialmente inutile.

Coerentemente, gli autori di questa tesi, ritengono che l'art. 552 cod. civ. sia norma avulsa dal sistema. Infatti, se la legittima è tacitabile in diverse modalità, non ci sarebbe alcuna ragion d'essere nel diverso trattamento che la legge riserva al legato in conto rispetto al legato in sostituzione. La differenza tra tali legati tende ad appiattirsi, in quanto entrambi sono da ritenersi egualmente soddisfattori, in tutto od in parte, della legittima. Per spiegare questo vizio sistemico la dottrina in oggetto ritiene che il legislatore sia stato influenzato dalla storica concezione che identifica i diritti dei legittimari esclusivamente in una quota di eredità, ma risulta comunque contraddetta da altre parti del nostro sistema, come sopra evidenziato. Tuttavia, piaccia o meno, questa norma c'è e come evidenziato dai medesimi studiosi ci si trova di fronte ad un bivio. O si accetta il dato positivo, coerente o meno che sia, che alla luce dei lavori preparatori chiaramente implica un ricalcolo delle quote, come effettivamente fatto dal principale fautore di questa tesi<sup>44</sup>; o si propende per una interpretazione sostanzialmente abrogante. Sebbene non si sia mancato di osservare che questo percorso, per ovvie evidenze, non risulterebbe essere consentito, in questa direzione si è espressamente mossa una parte di tale corrente di pensiero<sup>45</sup>. Non sembrerebbe nemmeno sostenibile una "nuova" lettura della norma che ne ridisegni la

---

<sup>44</sup> *Op. ult. cit.*, p. 565.

<sup>45</sup> A. MATTERA, C. ROMANO, *op. cit.*, nota 37. In tale testo viene espressamente ritenuta sostenibile una totale disapplicazione dell'art. 552 cod. civ., *de facto* abrogandola. A fondamentale argomento viene riportata la sua natura "fuori sistema". Una tale affermazione apparirebbe però contraddetta dal fatto che la giurisprudenza, e la dottrina maggioritaria, accolgono l'idea della legittima quale quota di eredità, con la conseguenza di riconoscere coerenza sistemica alla norma criticata. Sul punto si veda il paragrafo successivo.



portata<sup>46</sup>. Infatti si finirebbe per interpretare un sistema sulla base di una specifica interpretazione di una sentenza, e non la sentenza entro un sistema.

Ad avviso di chi scrive la teoria in oggetto non sarebbe realmente sostenibile. In primo luogo, l'art. 536 cod. civ. è da interpretarsi nel senso che il nostro legislatore riserva a taluni legittimari una quota di eredità e ad altri solo taluni specifici diritti. A corroborare tale lettura è proprio la relazione al codice<sup>47</sup>, dove si evidenzia che una tale dizione era stata pensata per il caso dell'usufrutto uxorio, il quale non costituiva di certo una quota ereditaria. Né si possono trarre diverse conseguenze dal fatto che la riforma del diritto di famiglia (l. n. 151/1975) ne abbia lasciato immutato il testo a fronte dell'abrogazione di tale diritto di usufrutto. Gli "altri diritti" cui fa riferimento, infatti, altro non sono che tutti quei fenomeni di successione legittima anomala (es: Art. 580 cod. civ., *diritti dei figli nati fuori dal matrimonio non riconoscibili*; art. 548.2 cod. civ., *riserva a favore del coniuge separato*), ossia fenomeni successori *sui generis*.

In secondo luogo non appare nemmeno sostenibile rinvenire il fondamento all'interno dell'azione di riduzione. Infatti è indiscutibilmente vero che tale azione ha natura di accertamento costitutivo, ma la sua natura non muta in relazione al caso del legittimario non erede interamente soddisfatto "quantitativamente" mediante attribuzioni a titolo particolare.

Infatti, agendo, egli ottiene sì l'accertamento della qualità di erede, ma anche una

---

<sup>46</sup> Qui si allude all'interpretazione, seppur autorevole, effettuata da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 196 ss., L'A. ritiene che l'art. 552 cod. civ. possa essere interpretato quale deroga agli artt. 554 e 555 cod. civ., nel senso che le disposizioni in favore del legittimario rinunciante si riducono in via prioritaria rispetto alle altre. Ciò che però qui si critica, è il dare un senso del tutto diverso ad una norma il cui significato è chiaramente estrinsecato nei lavori preparatori, il che equivarrebbe ad una sua sostanziale sostituzione con altra disposizione. Ciò che appare poco condivisibile è il fatto che una tale interpretazione sorge proprio per giustificare l'interpretazione di una sentenza, essendo forse più consono interpretare quest'ultima in conformità al sistema, come qui si è cercato di fare. Si ricorda altresì che l'A. nel noto commento alla massima in oggetto, da cui sorge l'interpretazione appena esposta, non ne analizza il rapporto con la rinuncia all'azione di riduzione (che, preme ricordarlo: è quanto oggetto del caso e della relativa statuizione), ma ne propone una lettura esclusivamente diretta alla rinuncia all'eredità. Ciò, forse, potrebbe essere indice di un equivoco in cui pare siano incorsi altri studiosi (Si veda la nota 27). Tale interpretazione è stata altresì accolta da V. BARBA, *Il legato in conto di legittima*, *Riv. dir. civ.*, 2, 2019, p. 460 ss.

<sup>47</sup> *Relazione del Ministro Guardasigilli*, cit., punto 38: "... la riserva può essere costituita o da una quota di eredità, quando naturalmente sia attribuita in piena proprietà, od a altri diritti successori. La norma corrisponde, del resto, a quella dell'art. 808 del codice del 1865, la quale stabiliva che la riserva dei figli, discendenti o ascendenti è quota di eredità; ma è più precisa, in quanto distingue fra i legittimari che sono eredi, perché viene loro riservata una quota in piena proprietà, ed i legittimari che non sono eredi, perché a loro è riservata una quota di usufrutto. La distinzione viene quindi correttamente improntata sul contenuto dei diritti riservati, a differenza del vecchio codice che distingueva fra la riserva dei figli legittimi e degli ascendenti e quella dei figli naturali e del coniuge".



contestuale modificazione del proprio status da legatario/donatario in erede, con tutte le innumerevoli conseguenze. Prima tra tutte, quella di avere un titolo per poter trattenere quanto dato in acconto ... della quota di eredità cui ha diritto<sup>48</sup>.

Infine, sicuramente coerenti sono le conclusioni circa la mancanza di sistematicità dell'art. 552 cod. civ., sebbene una tale veduta parrebbe peccare di unilateralità. Infatti tali antinomie nascono solo se si vuol dare una lettura "singolare" del nostro ordinamento, che di contro secondo la tesi "tradizionale"<sup>49</sup> appare intrinsecamente coerente. Ma se si può apprezzare chi, fermandosi di fronte ad una norma chiara, espressamente ne riconosce il fondamento per la teoria del ricalcolo (evidenziandone l'incoerenza sistematica), non si può in alcun modo legittimare il pensiero di chi cancella o riscrive una norma chiarissima per il semplice fatto di non trovarla d'accordo con le proprie teorie.

**4.3.** – Secondo autorevole dottrina la legittima è da intendersi come diritto ad una quota di eredità. Bisogna però sin da subito eliminare ogni equivoco circa il significato di una tale affermazione.

Infatti secondo un isolato pensatore<sup>50</sup> il legittimario sarebbe destinatario di una delazione ereditaria *ipso iure* in ordine ad una quota sul *relictum*. Qualora però tale quota non soddisfi il proprio diritto di legittima, egli potrà reclamare l'intera legittima mediante azione di riduzione. Tale idea, ancorché autorevolmente sostenuta, è stata oggetto di ampia critica<sup>51</sup> e non ha avuto alcun riscontro giurisprudenziale.

La pacifica e maggioritaria<sup>52</sup> dottrina, con l'avallo della costante giurisprudenza<sup>53</sup>, ri-

---

<sup>48</sup> Si veda il paragrafo successivo.

<sup>49</sup> Si veda il paragrafo successivo.

<sup>50</sup> A. CICU, *op. cit.*, p. 144 ss.

<sup>51</sup> L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 49 ss.

<sup>52</sup> *Op. ult. cit.*, p. 43 ss.; Santoro-Passarelli, Dei legittimari, in *Comm. cod. civ.*, diretto da M. D'AMELIO E E. FINZI, Libro II, Delle successioni, Firenze, 1941, p. 272 ss.; G. GROSSO, A. BURDESE, *Le successioni. Parte Generale*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1977, p. 86; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 5, Torino, 1982, p. 411; S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Milano, 2008, p. 34 ss.; R. TRIOLA, *La tutela del legittimario*, Milano, 2011, p. 8 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2016, p. 490 ss.

<sup>53</sup> Cass. Civ., sez. II, 22 ottobre 1988, n. 5731, in [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it); Cass. Civ., sez. II, 6 agosto 1990, n. 7899, in [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it); Cass. Civ., sez. II, 4 aprile 1992, n. 4140, in [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it); Cass. civ., Sez. II, 03 dicembre 1996, n. 10775, in *Riv. not.*, 6, 1997, p. 1302 ss.; Cass. Civ., sez. II, 13 gennaio 2010, n. 368, con nota di G. PARDI, in *Giust. civ.*, 9, I, 2013, p. 217 ss.; Cass. Civ., sez. II, 7 ottobre 2005, n. 19527, con nota di A. ALESSANDRINI CALISTI, in *Riv. not.*, I, 2008, p. 211 ss.; Cass. Civ., sez. II, 3 luglio 2013, n. 16635, in *Giust. civ.*, 9, I, 2013, p. 1696 ss.; Cass. Civ., sez. VI, 16 novembre



tiene invece che la legittima si identifichi col diritto ad essere erede entro una quota pre-determinata. Qualora un legittimario risulti pretermesso, nei suoi confronti non si aprirà alcuna delazione *ex lege*, ma dovrà esercitare l'azione di riduzione con la quale ottiene l'accertamento della propria qualità ed in quanto tale recupera quanto a lui riservato dall'ordinamento.

A fondamento di questa tesi si riporta l'art. 536 cod. civ. il quale definisce i legittimari come “*le persone alle quali la legge riserva una quota di eredità*”. Circa l'interpretazione che di questa norma si fa rinvio al paragrafo precedente.

Altro argomento sarebbe rinvenibile nell'art. 551 cod. civ., il quale nel disciplinare il legato in sostituzione, afferma espressamente che se esso viene conseguito, il legittimario tacitato *non acquista la qualità di erede*. Ciò, *a contrario*, significa che il legittimario ha diritto a diventare erede ma, se non lo diventa, è perché, disponendo di tale diritto, lo “permuta” con il lascito a titolo particolare a lui evidentemente più gradito. A fronte dell'inequivocabile significato di questa norma, le tesi avverse<sup>54</sup> ancora una volta affermano che una tale dizione sarebbe frutto... di un pregiudizio del legislatore, che erroneamente ha concepito la legittima quale quota di eredità. Sembra forse più facile pensare che se lo stesso legislatore, in più punti, pare essere stato traviato da tale “pregiudizio”, evidentemente ne era convinto e ciò effettivamente voleva dire.

Aderire a questa corrente di pensiero vuol dire dare un significato diverso circa la funzione del legato in conto di legittima. Infatti, se il legittimario ha diritto ad essere erede, ne consegue che il legato in conto altro non è un “acconto” su qualcosa che ha, o avrà. Tale legato è dunque strumento di “concretamento” di una quota, o più precisamente del diritto ad essere erede, il quale però dovrà effettivamente essere conseguito.

Facendo degli esempi: se il legittimario riceve una donazione inferiore a quanto gli spetta, agendo in giudizio, consegue il titolo di erede e la restante parte della quota riservata. Se invece il *de cuius* ha istituito eredi *ex asse* altri legittimari, il legittimario pretermesso che ha ricevuto una donazione o legato in conto di valore pari o superiore al *quantum* della propria quota, qualora fosse convenuto in riduzione dagli altri legittimari, non avrebbe alcun titolo per trattenere quanto ricevuto. Se infatti il legato in conto è uno strumento che da un “acconto” sulla quota, se viene a mancare il titolo che gli permette di trattenerlo (il titolo di erede) ed in funzione del quale è attribuito, non vi è più possibi-

---

2017, n. 27160, in *Quot. giur.*, 24 novembre 2017; Cass. Civ., sez. II, 30 maggio 2014, n. 12221, con nota di F.S. MATTUCCI, in *Per. fam.*, I, 2014, p. 23 ss.; Cass. Civ., sez. II, 19 novembre 2019, n. 30079, [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it); Cass. Civ., sez. II, 7 febbraio 2020, n. 2914, in [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it).

<sup>54</sup> Si vedano i paragrafi 4.1 e 4.2.



lità di trattenerlo se non nei limiti della disponibile<sup>55</sup>. Il legittimario in tal caso si troverà a dover agire in riduzione, in via riconvenzionale, ottenendo l'accertamento della qualità di erede al sol fine di mantenere quanto ha, ottenendo comunque una modificazione sostanziale della sua posizione giuridica (divenendo, per l'appunto, erede).

Se così stanno le cose, si ha dunque la possibilità di delineare in modo coerente il funzionamento del nostro ordinamento, soprattutto con riferimento al criticato art. 552 cod. civ. In particolare:

a) qualora il legittimario sia stato tacitato con legato in sostituzione, come già sopra evidenziato, egli – col proprio consenso – disporrebbe del proprio diritto alla legittima accontentandosi di un qualcosa di diverso, ossia un lascito a titolo particolare. Pertanto ciò che gli è dato è la stessa legittima ma, per l'appunto, sostituita con altro. Verrà dunque computato ai fini del calcolo delle quote di riserva.

b) qualora il legittimario abbia ricevuto un legato in conto, che altro non è che, come visto, un acconto sulla quota cui ha diritto, se egli rinuncia alla delazione ereditaria (che è il titolo che gli permette di trattenerne il legato sulla legittima), allora automaticamente non potrà che imputarlo alla disponibile. A ciò consegue l'espansione delle quote di riserva degli altri legittimari.

c) infine, se il legatario, come visto, ottiene l'intero quantum mediante legato (o donazione) in conto ed è totalmente pretermesso, non potrà operare il meccanismo ex art. 552 cod. civ. in quanto non vi è delazione ereditaria; né avrà titolo per trattenerne il bene a fronte di eventuali pretese di riduzione, salvo che con l'azione di riduzione consegua la qualità ereditaria.

In questo ordine di idee, avendo il legato in sostituzione ed il legato in conto causa e funzione totalmente diversi, l'art. 552 cod. civ. ritrova una coerenza sistemica. D'altronde, come da più parti evidenziato, il ricalcolo è frutto del "pregiudizio" della concezione di legittima quale quota di eredità.

In conclusione si può dunque affermare che, aderire alla tesi della legittima quale quota di eredità riporta il sistema a coerenza. Ne deriva allora che la massima in commento, per poter essere letta in modo armonioso con l'ordinamento positivo, non potrà che essere interpretata letteralmente e limitatamente alla fattispecie decisa (rinuncia e prescrizione dell'azione di riduzione). Anzi, tale massima potrebbe rappresentare, pro-

---

<sup>55</sup> Cfr. L. MENGONI, *Successione necessaria*, cit., p. 163, ove si osserva che "incontriamo qui un'altra ipotesi in cui l'azione di riduzione, promossa dal legittimario, preterito, contro l'erede istituito, non ha per oggetto i beni del relictum, ma solo l'attribuzione (per vocazione necessaria) del titolo di erede quale mezzo per conseguire la legittima sui beni donati".



prio per ciò che dice, ulteriore conferma della teoria da ultimo esaminata.

A corroborare questa lettura si potrebbe allegare l'evidenza che lo stesso estensore delle sentenze gemelle, in una nota monografia sui legittimari<sup>56</sup>, aderisce alla natura di legittima quale diritto all'eredità.

5. – Alla luce di quanto esposto appare chiaro come l'intera *querelle* circa il significato della massima in commento finisca per ruotare intorno all'art. 552 cod. civ. In particolare, si può dunque affermare che:

– se si aderisce alle tesi della legittima quale *pars bonorum* o quale attribuzione poli-causale, si finirà per entrare in collisione con l'art. 552 cod. civ. A ciò può conseguire o l'arrestarsi di fronte al dato positivo ed ammettere il ricalcolo al seguito della rinuncia all'eredità del legittimario; o seguire percorsi ermeneutici atti ad abrogare o riscrivere la norma. Questi ultimi parrebbero percorsi difficilmente perseguibili, non solo perché contrari ai tradizionali canoni ermeneutici, ma soprattutto perché si finirebbe per sostituirsi al legislatore;

– se invece si sposa la tesi, assolutamente prevalente in dottrina e costantemente sostenuta in giurisprudenza, della legittima quale quota di eredità, si potrà riconoscere logica coerenza al nostro sistema e di conseguenza ammettere senza riserve l'operatività del ricalcolo.

Peraltro, e giova ribadirlo, detto ordine di idee appare perfettamente in armonia col dato letterale della massima e la controversia di cui essa rappresenta sintesi. Anzi, è proprio il volersi spingere oltre che implica mettere in discussione la coerenza del sistema.

In conclusione si ritiene di dover aderire a quest'ultima corrente di pensiero e non solo per ragioni di pura logica giuridica, ma anche per il significato che essa rappresenta. Infatti ragionare diversamente significa, ancora una volta, perseguire strade ermeneutiche impervie e scoscese che non conducono ad altro risultato se non quello di limitare i diritti dei legittimari in favore di una più facile circolazione dei beni (come non nascondono molti autori), il tutto a danno della famiglia, fonte primigenia di *welfare*.

---

<sup>56</sup>R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 8 ss. Il magistrato, tutt'altro che sprovveduto, nello scrivere la massima evidentemente non lo ha potuto fare se non in coerenza agli assiomi dogmatici cui egli stesso dichiara di aver aderito. In effetti, alle pagine 16 e seguenti riporta il dibattito oggetto del presente contributo, ma sembrerebbe più riportarlo come terzo "spettatore" non prendendo una forte posizione.



CARMELITA CAMARDI

*Professore ordinario di Diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia*

## NOTE CRITICHE IN TEMA DI DANNO DA ILLECITO TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

SOMMARIO: 1. *La responsabilità per danni da trattamento illecito dei dati personali nella complessità ordinamentale.* – 2. *L'art. 82 del Regolamento UE 2016/679 e le altre norme che delineano ipotesi di danni causati da trattamenti illeciti dei dati personali.* – 3. *Le questioni interpretative. Imputazione della responsabilità e prova liberatoria.* – 4. *Segue. Ingiustizia del danno e risarcimento del danno non patrimoniale.* – 5. *Ancora sull'illecito trattamento dei dati personali nell'art. 82 del GDPR. Dogmatica interna e prospettiva (dogmatica) europea. Relativizzazione della tutela aquiliana nella complessità ordinamentale.* – 6. *Tramonto della responsabilità aquiliana?*

1. – Come noto a tutti, l'*enforcement* della disciplina di protezione dei dati personali, realizzato da ultimo con l'entrata in vigore del GDPR, ha riaperto il fronte tormentato della responsabilità civile e la questione del risarcimento del danno (patrimoniale e) non patrimoniale a favore dell'interessato che fosse caduto vittima di comportamenti scorretti e/o illeciti compiuti dal titolare del trattamento o del responsabile.

E sebbene questo profilo della complessa disciplina della *data protection* non sia il più controverso (se si pensa a quanto lo sia invece il profilo della natura giuridica dei dati personali e poi dei mega dati); mentre nel GDPR, come già nel Codice della privacy, il tema è disciplinato sia sul piano dell'imputazione della responsabilità che su quello del risarcimento del danno; ciononostante il contenzioso sorto in materia non ha mancato di riaprire i tradizionali dilemmi dell'istituto aquiliano.

Ciò con particolare riguardo al profilo del risarcimento del danno non patrimoniale, il quale – nella sua permanente complessità – ha nuovamente chiamato con sé il tema dell'ingiustizia del danno, che ha chiamato con sé quello della rilevanza della distinzione tra danno evento e danno conseguenza, e prima ancora quello della individuazione dell'interesse protetto o del bene della vita la cui lesione deve essere provata per essere

# JUS CIVILE



risarcita, (anche) quando la norma violata protegge e dà forma ad un diritto costituzionalmente garantito e addirittura ad un diritto fondamentale della persona, secondo le Carte dei diritti a pieno titolo entrate nei nostri sistemi giuridici.

Ed è così che la giurisprudenza si è ri-prodotta nei consueti contrasti che da sempre hanno accompagnato le riflessioni sul danno alla persona, con riferimento alla formulazione limitativa del risarcimento del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 e alla sua lettura costituzionalmente orientata.

Non intendo affrontare immediatamente e direttamente questo dibattito, e la specifica questione formale nella quale esso principalmente si sintetizza: quella cioè se il danno da violazione delle norme sul trattamento dei dati personali sia *in re ipsa*, e se occorra una qualche prova in tal senso da parte dell'interessato. Esaminerò rapidamente più avanti le decisioni, i commenti e la letteratura che hanno cercato di mediare fra i vari orientamenti e mettere un punto fermo.

Mi interessa di più, invece, allo scopo di fornire un contributo che non sia ripetitivo al tema dei nuovi danni, svolgere qualche osservazione generale e di contesto, per comprendere invero – trattandosi di un danno alla persona – come la persona si ponga effettivamente nel contesto dell'attività professionale di elaborazione e circolazione dei dati dominata da grandi *players* privati e comunque da soggetti istituzionali; quale sia lo statuto dei suoi diritti nel sistema giuridico che governa l'informazione e le informazioni, nel quale si muovono anche soggetti pubblici; e quale sia – in senso ampio – l'insieme dei rischi e dei danni, ovvero, in altri termini, l'offensività individuale e sociale del “mercato dei dati” e delle informazioni rispetto alle persone, per indagare se la dimensione prettamente individuale della responsabilità civile sia o no l'unico luogo nel quale trovare un rimedio per gli effetti dannosi che l'attività professionale di produzione, elaborazione e circolazione dei dati produce nella società contemporanea.

Non sembra esservi dubbio infatti sulla circostanza per la quale l'avvento della società e del mercato digitali rappresenti un fenomeno di trasformazione sociale di importanza pari a quello generato a suo tempo dalla rivoluzione industriale di massa<sup>1</sup>. E così come allora la responsabilità civile è stata costretta a misurarsi con i danni (tipicamente anonimi e inevitabili) da prodotti difettosi, oggi essa è costretta a misurarsi con i danni da trattamento illecito dei dati personali. E se quelli hanno indotto ad un complessivo ripensamento del sotto-sistema aquiliano, a partire dalla considerazione dell'attività produttiva

---

<sup>1</sup> Riferimenti e considerazioni assai esplicativi in A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, pp. 1-28 ss.



va fonte dei danni come attività di per sé rischiosa se non pericolosa, e quindi fonte di responsabilità “senza colpa” (come poi è avvenuto con la responsabilità per danno ambientale); la fenomenologia dei danni da trattamento illecito dei dati personali può indurre ad un ulteriore ripensamento dei rimedi aquiliani, anche in altra direzione, ma a partire però dallo stesso presupposto teorico – concettuale: quello della inevitabile *pericolosità* dell’attività che è alla base degli effetti dannosi<sup>2</sup>. Ciò che del resto il Codice della privacy affermava a chiare lettere, quando riportava la responsabilità del titolare del trattamento alla fattispecie dell’art. 2050 cod. civ.<sup>3</sup>. Il GDPR non contiene un simile riferimento, né potrebbe in ragione della matrice europea della sua genesi, ma la disciplina offerta della fattispecie di responsabilità nell’art. 82 ed in tutte le norme ad esso collegate non lascia molti dubbi sul fatto che la *ratio* accolta in tema di imputazione della responsabilità si collochi in quella prospettiva.

Ma non solo di questo si tratta. Come già nel periodo di affermazione della produzione industriale di massa, ma forse molto più che allora, l’economia dei dati presenta un carattere particolarmente invasivo e massivo, si muove cioè su larga scala e in maniera fortemente intrusiva. Il che comporta che la produzione di effetti dannosi non si sostanzia (soltanto) nella diffusione/moltiplicazione quantitativa di danni individuali, ma si manifesta – qualitativamente in maniera diversa – nella produzione di danni *per definizione* seriali e massivi, che investono cioè sistemicamente serie indefinite e/o categorie individuate ma pur sempre indefinite di soggetti. E come tali certamente impegnano il sistema della responsabilità civile in una maniera del tutto nuova, mentre chiamano in causa anche altre strategie di protezione maggiormente incentrate su logiche preventive<sup>(4)</sup>.

E però, a fronte di queste spiccate analogie strutturali, l’economia dei dati esprime la

---

<sup>2</sup>Indicazioni in A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Regolamento UE 2016/679*, in *NLCC*, 1/2017, p. 144; nonché, per un quadro completo, *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, a cura di A. MANTELERO e D. POLETTI, Pisa, 2018, in particolare p. 289 ss. Sulle trasformazioni delle funzioni della responsabilità extracontrattuale si vedano le pagine sempre illuminanti di P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, pp. 3-43 ss.; e quelle di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 3 ss.; nonché il ricco volume *La responsabilità d’impresa*, a cura di G. ALPA, G. CONTE, Milano, 2015, in particolare i contributi di G. ALPA, *La responsabilità d’impresa nel terzo millennio*, p. 1 ss., e quello di G. RESTA, A. SALERNO, *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, p. 643 ss.

<sup>3</sup>Ar. FUSARO, *Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell’art. 2050 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1337; C. BALDASSARRE, *Protezione dei dati personali ed art. 2050 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 4 ss.

<sup>4</sup>Coglie il fenomeno, e ne evidenzia gli aspetti formali, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., p. 65 ss.



sua peculiarità, sotto il profilo dei danni e della sua pericolosità, attraverso un elemento che mancava e manca nel contesto del danno “industriale” da prodotti, e in fondo anche in quello del danno ambientale. Ed infatti, seppur queste due tipologie di danno toccano anche interessi legati alla persona (primo fra tutti, la salute), i danni generati dalle performance anche fisiologiche dell’economia digitale coinvolgono elettivamente, e in una maniera diretta e imprescindibile (oltre che subdola), la *persona in quanto tale*, la sua identità, la sua dignità, e ciò per la natura indiscussa – ancorché doppia e ambigua – dei “beni” sui quali il danno si produce: per l’appunto i *dati idonei a identificare la persona*, risorse che non perdono mai questo loro legame con la persona, nemmeno quando intraprendono in rete i flussi circolatori, di trattamento e rielaborazione cui grandi e piccoli *players* li sottopongono<sup>5</sup>.

Questa constatazione, qualora intesa in senso pieno, potrebbe in teoria essere posta alla base dell’idea per la quale la violazione delle regole sul corretto trattamento dei dati personali costituisce di per sé un illecito *non iure* e *contra ius*: per cui non solo l’ingiustizia, ma lo stesso danno sarebbero *in re ipsa* inclusi nello stesso comportamento illecito, e null’altro l’interessato dovrebbe provare ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale alla sua persona che non sia la violazione della regola di trattamento.

In altre parole, e mantenendoci ancora in una fase di mera anticipazione delle questioni tecniche proprie della disciplina del risarcimento danni posta dal GDPR, quest’ultima non dovrebbe comportare – in teoria – alcun ripensamento circa la dogmatica difensiva che ha caratterizzato le prese di posizione della dottrina civilistica agli albori della disciplina sulla *privacy*, quando si diceva in primis che i valori personali, una volta lesi, non sono traducibili in una somma di denaro; e poi che l’evento dannoso consiste nell’esplicazione della stessa condotta vietata e il danno si identifica con la stessa antigiuridicità della condotta<sup>6</sup>. Anzi l’aggressività specifica dell’industria digitale finirebbe per rafforzare questa dogmatica e le sue conseguenze applicative.

Sennonché, una tale opzione dogmatica, seppur mossa dal nobile e condivisibile in-

---

<sup>5</sup> Indicazioni esaustive in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019; G. ALPA, *La proprietà dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessione su GDPR*, a cura di N.Z. GALGANO, 2019, p. 9 ss. Ma vedi anche il parere del GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Parere 4/2007 sul concetto di dati personali*, reperibile anche nella pagina <https://www.ùgaranteprivacy.it/documents/10160/10704/ARTICOLO+29+-+WP+136.pdf>.

<sup>6</sup> Per questa impostazione, vedi le eleganti pagine ancora fondamentali di D. MESSINETTI, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *RCDP*, 2006, in particolare p. 550 ss.; ma già ID., *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, *ibidem*, 1998, p. 339.



tento di preservare sempre e comunque la persona dagli effetti lesivi indotti dallo sviluppo dell'industria come della tecnologia e del mercato, non potrebbe a nostro avviso riproporsi tale e quale oggi come ieri, se non altro perché la considerazione giuridica del valore della persona, e il suo stesso statuto, hanno assunto una dimensione complessa, irriducibile al conflitto tra riservatezza del singolo e interesse alla circolazione delle informazioni.

In primo luogo, infatti, occorrerebbe ricontestualizzare il valore della persona con riferimento al corredo dei diritti individuati dal GDPR nel quadro normativo complessivo dallo stesso introdotto, alla luce del principio per il quale “*La libera circolazione dei dati personali nell’Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*”. Principio che convive con quello per il quale il regolamento valorizza il diritto alla “protezione dei dati personali”, ma che sdogana una buona dose dei rischi indotti dall’economia digitale come rischi fisiologici che la società e i singoli devono assumersi, quale corrispettivo degli immensi vantaggi che la stessa è in grado di generare<sup>7</sup>. Alla luce di questa combinazione formale di interessi, assume più che mai valore di teoria generale la considerazione per la quale l’ingiustizia del danno, che delinea l’ambito della responsabilità civile, va determinata “in base a una valutazione comparativa dell’interesse leso e dell’attività lesiva”, dei “poteri e permessi” spettanti alle parti potenziali del conflitto, in base a “considerazioni di efficienza e di giustizia”<sup>8</sup>.

In secondo luogo ma parallelamente, lo statuto della persona si arricchisce di altri diritti, legati non tanto alla dimensione prettamente individualistica o identitaria del singolo, quanto alla sua dimensione sociale e di cittadinanza piena e partecipativa. Alludiamo agli sviluppi del diritto alla trasparenza, paralleli tutt’altro che casualmente agli sviluppi del diritto alla riservatezza e al controllo dei propri dati personali, i quali hanno preso la forma di un principio organizzativo dell’attività della P.A., attraverso normative che, con strumenti che vanno dall’obbligo di pubblicità di taluni dati all’accesso civico, istituiscono una problematica convivenza – in termini di reciprocità – tra il diritto del singolo a tenere riservati i propri dati e l’opposto diritto degli altri a conoscerli. Un singolare con-

---

<sup>7</sup> Per questi profili, V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *Dir. dell’inf. e dell’informatica*, 2018, 4, p. 689; F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà “fondamentali”, tra mercato e persona: nuovi assetti nell’ordinamento europeo?*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1, p. 190; nonché il nostro *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, p. 499.

<sup>8</sup> Così P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 43-44.



nubio tra segreto e memoria, tra riservatezza e conoscenza, che richiede altrettanta capacità di mediazione pratico-applicativa nel giudicare caso per caso se il trattamento e la diffusione di certi dati da parte della P.A. sia corretto e lecito, in ragione del rispetto di quella specifica normativa di trasparenza; o sia tutto al contrario scorretto e illecito in ragione della normativa sulla privacy. Con evidenti conseguenze sulla possibilità di configurare o meno in quell'atto della P.A. un illecito produttivo di danno ingiusto<sup>(9)</sup>

Ora, in che modo questa complessità influisce sulla configurazione della fattispecie di illecito aquiliano nella materia del trattamento e della circolazione dei dati è questione non semplice da risolvere, ma che merita comunque di essere indagata.

A questo scopo, è però necessario in via preliminare esaminare rapidamente l'attuale disciplina della fattispecie configurata nel GDPR.

2. – La disposizione regolamentare che espressamente disegna la fattispecie di illecito trattamento dei dati personali oggi vigente nell'Unione europea – l'art. 82 del GDPR – stabilisce quanto segue: “*Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento*”. Dopo aver graduato la distribuzione della responsabilità fra titolare e responsabile del trattamento<sup>10</sup>, il comma 3 dispone poi che “*Il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento è esonerato dalla responsabilità, a norma del paragrafo 2 se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile*”.

Se questa è la fattispecie nei suoi elementi costitutivi essenziali, dati dalla definizione della condotta illecita (la violazione del regolamento); dalla individuazione del danno risarcibile (materiale e immateriale, nel linguaggio *sdogmatizzato* dell'UE); nonché dal criterio di imputazione della responsabilità (oggettiva o per colpa presunta), salvo precisare il contenuto della prova liberatoria; altre disposizioni, unitamente agli immancabili considerando, arricchiscono il quadro con contenuti di non poco rilievo.

Innanzitutto la definizione n. 12 dell'art. 4, che introduce il concetto di *violazione dei dati personali*, come violazione di *sicurezza* che comporti “*accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'acces-*

---

<sup>9</sup> Su questo tema si avanti nel testo, il par.5. Utilissima in proposito la lettura di E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, in *Diritto pubblico*, 2017, 3, p. 723.

<sup>10</sup> A. MANTELETO, *Gli autori del trattamento dati: titolare e responsabile*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2799.



so ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati”. È abbastanza ovvio che il concetto sia un derivato sintetico dei fenomeni specificamente indicati come fattori di rischio che incombono sul titolare del trattamento ed in ragione delle caratteristiche dell’attività di ricerca, elaborazione e trattamento dei dati. Lavorare con i dati si può, ma in sicurezza, come dispone la sezione seconda del Regolamento, a partire dall’art. 32, con norme minuziose già richiamate dalla definizione dell’art. 4 citata che valgono a qualificare l’attività di trattamento come attività per definizione *rischiosa*, e individuano poi tali rischi in quelle circostanze (distruzione, perdita, ecc.) che possono conseguire ad una condotta illecita ma anche ad un incidente.

Ma ciò non è tutto. Il considerando n. 85 completa la costruzione della fattispecie sotto il profilo della individuazione del danno, aggiungendo che dalla violazione della sicurezza dei dati, che già produce – dobbiamo supporre – la lesione di un interesse protetto, possono scaturire “danni specifici” ulteriori (danni-conseguenza, si direbbe), consistenti nella violazione di libertà e diritti fondamentali, ivi menzionati come ipotesi di danni materiali e immateriali e ricondotti al diritto di non essere discriminati, all’identità, alla reputazione, ecc.<sup>11</sup>.

Insomma, il quadro disegnato è confermato essere quello di un’attività ad alto rischio, in conseguenza del “pericolo” generato dall’elaborazione dei dati e dalla delicatezza della loro conservazione in stato di integrità. Anzi, più esattamente dovrebbe parlarsi di attività pericolosa “per la natura dei mezzi adoperati”, *avente dunque il potenziale di causare danni*, e rispetto alla quale è alta la *probabilità* che si verifichi un evento in grado di causare un danno alle persone. Cioè è *alto il rischio*, tanto è vero che il regolamento prevede, anche qui a chiare lettere, l’importanza di una valutazione preventiva di impatto del trattamento sulla protezione dei dati, per valutare probabilità e gravità del relativo rischio (Sez. 3, artt. 35 ss.); e correlativamente vari obblighi di notifica e comunicazione delle violazioni della sicurezza che si siano in concreto verificate. Ma prevede soprattutto che il titolare e il responsabile del trattamento mettano in atto tutte le misure tecniche

---

<sup>11</sup> A commento delle disposizioni citate del GDPR si vedano M. RATTI, *La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. FINOCCHIARO, Bologna, 2017; G.M. RICCIO, *Diritto al risarcimento e responsabilità*, in *GDPR e normativa privacy. Commentario*, a cura di G.M. RICCIO, G. SCORZA e E. BELISARIO, sub art. 82, Milano, 2018; F. BILOTTA, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, a cura di R. PANNETTA, Milano, 2019; E. TOSI, *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, p. 624 ss.



e organizzative appropriate per garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio.

Ciò che infine si riassume nella prescrizione di tutte quelle condotte e misure organizzative preventive e precauzionali che rientrano nel principio di *accountability*, formalizzato spiccatamente negli artt. 24 e 32, ma presente in moltissime altre norme del regolamento, incluse quelle che suggeriscono modalità per garantire anche l'attuazione del secondo aspetto del principio, quello segnatamente inteso a fornire le prove di aver adottato le più appropriate misure di sicurezza<sup>12</sup>.

La disciplina da ultimo menzionata è di fondamentale rilievo ai fini della corretta individuazione della fattispecie di responsabilità per danno da illecito trattamento dei dati personali. Essa infatti contribuisce a tipizzare, seppur non in maniera chiusa né definitiva, le condotte dalla violazione delle quali può scaturire il danno ingiusto e la responsabilità dei soggetti del trattamento. Queste sono costituite dalle attività di trattamento che vengono svolte in spregio allo statuto protettivo dell'interessato in questa materia, quindi in spregio al consenso o senza altra base idonea, ovvero in violazione dei principi posti per la legittimità del trattamento agli artt. 5 e 6, o dei diritti dell'interessato ex artt. 12 ss. e fino agli artt. 22 e 23<sup>13</sup>. E sono costituite altresì dalle condotte poste in violazione della normativa sulla sicurezza dei dati nel senso più ampio del termine, e alla luce del principio dell'*accountability*.

La violazione di una di queste norme dà luogo ad una condotta illecita.

Con riferimento al danno, lo si specifica ulteriormente, a parte l'espressa previsione della risarcibilità del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale, i considerando 75 e 85 contengono un vero e proprio catalogo di conseguenze dannose, articolato su due livelli. Il primo relativo ai diritti fondamentali della persona che possono risultare lesi dalla condotta illecita, individuati in quelli che conosciamo e che tipicamente trovano protezione attraverso la responsabilità aquiliana (identità, reputazione, riservatezza, ecc.). Il secondo, concettualmente diverso se importato nello stile dogmatico italiano, relativo alle conseguenze dannose vere e proprie attraverso le quali si manifesta sul piano non patrimoniale la lesione del diritto: dalla decifrazione non autorizzata della pseudonimizzazione, alla perdita di controllo di alcuni dati che rende possibile all'usurpatore assumere l'identità dell'interessato, alla discriminazione (se i dati dispersi rivelano origini razziali oppure orientamenti religiosi o sessuali), alla maggiore vulnerabilità se si tratta

---

<sup>12</sup>G. FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 2778-2782 ss.; D. BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali e "nuova" responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6, p. 2151.

<sup>13</sup>F. PIRAINO, *I "diritti dell'interessato" nel Regolamento generale sulla protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2789.



di soggetti “deboli” (minori, ad esempio), alla perdita della propria serenità di vita se si tratta di dati relativi alla propria abitazione o ai propri spostamenti utilizzati per una martellante azione di marketing<sup>14</sup>.

Quanto al danno patrimoniale, di scontato riconoscimento, anche questo può concretizzarsi in perdite economiche o finanziarie se taluni dati raccolti in occasione di certe circostanze sono poi rielaborati e utilizzati in circostanze economiche diverse, e può essere questo il caso delle profilazioni di merito non aggiornate o non adeguatamente realizzate, che possono influire negativamente, ad esempio, in una selezione professionale competitiva per talune mansioni, nell’ottenimento di finanziamenti bancari sul piano del merito creditizio, e così via<sup>15</sup>.

Quanto al danno non patrimoniale, risulterebbero più che ampiamente soddisfatte almeno le condizioni di operatività di cui all’art. 2059 cod. civ., per essere le norme citate del tutto chiare nel consentirne il risarcimento.

Sembrano perciò risultare – almeno in teoria – ampiamente soddisfatti tutti i requisiti generali della fattispecie aquiliana, avendo il complesso delle citate disposizioni delineato sia gli elementi rilevanti della condotta di cui rispondere, sia quelli della lesione ovvero del danno ingiusto<sup>16</sup>. E tuttavia sulla situazione pesano dubbi e incertezze interpretativi, in parte derivanti dalle formulazioni normative; in parte generati dalle applicazioni giurisprudenziali e dalle non sopite controversie dottrinali.

**3.** – Una prima questione concerne il criterio di imputazione della responsabilità del titolare del trattamento e degli altri soggetti eventualmente chiamati a rispondere dei danni per illecito trattamento dei dati personali. Ci si occupa in questa sede della posizione del titolare, che è comunque responsabile in via generale per qualsiasi trattamento

---

<sup>14</sup>S. THOBANI, *Invio di comunicazioni indesiderate: il risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 7, 2017, p. 1539.

<sup>15</sup>Su questi temi, A. PIERUCCI, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 413; C. TABARRINI, *Comprendere la “Big Mind”. Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Dir. informazione e informatica*, 2019, 2, p. 555.

<sup>16</sup>Per un primo approccio sintetico, R. CATERINA, S. THOBANI, *Il diritto al risarcimento dei danni*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2805; A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 293 e *passim*; M. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 1017.



svolto direttamente o tramite terzi (C74)<sup>17</sup>. E ci si occupa più ampiamente della responsabilità derivante da quelle violazioni del regolamento che concernono la sicurezza dei dati, piuttosto che il rispetto dei diritti dell'interessato. In tali ultimi casi, infatti, l'imputazione della responsabilità al titolare del trattamento va da sé, nel senso che accertata in fatto la violazione della regola che impone la richiesta del consenso dell'interessato o che obbliga alla rettifica del dato o all'informazione, è più difficile immaginare che il titolare possa elaborare una dimostrazione di non imputabilità, trattandosi di condotte dovute e poste a base della legittimità del trattamento. A meno che il titolare non contesti proprio il compimento in quel caso della condotta che l'interessato lamenta in quanto illecita (ad esempio, avere effettuato il trattamento su altra base; avere già effettuato la rettifica, ecc.)<sup>18</sup>.

Diversamente invece si pone la questione per i casi di violazione delle regole di sicurezza o altre analoghe regole organizzative dell'attività.

Come si accennava, mentre l'art. 15 del Codice della privacy espressamente si richiamava all'art. 2050 cod. civ., istituendo un regime di responsabilità "senza colpa", che va oltre la semplice inversione dell'onere della prova, e che sembra riconducibile al modello della responsabilità per rischio "evitabile"<sup>19</sup>; la formula dell'art. 82 del GDPR libera il soggetto chiamato a rispondere del danno solo se dimostra "che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile". Una formula non coincidente con quella codicistica citata, ma che indubitabilmente la richiama, se l'art. 82 viene inteso alla luce di tutte le disposizioni del GDPR che sottolineano il carattere *pericoloso* dell'attività di trattamento dati e istituiscono un conseguente approccio basato "sul rischio". Sicché da questo punto di vista non dovrebbe essere difficile sostenere che il titolare del trattamento è soggetto ad un regime di responsabilità oggettiva da impresa "pericolosa".

Ma seppur si volesse evitare un ragionamento di questo tipo, basato su una lettura

---

<sup>17</sup> R. CATERINA, S. THOBANI, *Il diritto al risarcimento dei danni*, cit., p. 2806.

<sup>18</sup> M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 179.

<sup>19</sup> Sul modello dell'art. 2050 si veda in generale, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., p. 411; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 439. Sull'art. 15 citato si vedano invece E. NAVARRETTA, *Commento sub art. 11 del d.lgs. 20 giugno 2003, n. 196*, in *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 ("Codice della privacy")*, a cura di C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI, I. Padova, Cedam, 2007, p. 241; G. COMANDÈ, *Commento sub art. 15, comma 1, ibidem*, p. 362; E. BARGELLI, *Commento sub art. 15, comma 2, ibidem*, p. 410; F. GRITTI, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in *Il codice del trattamento dei dati personali*, a cura di V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO, Torino, 2007, p. 107.



*domestica* della norma europea<sup>20</sup>, e si volesse invece leggere la norma del GDPR nell’ottica rovesciata di una *dogmatica europea*, quale emergente dalla normativa dell’UE e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>21</sup> i risultati apparentemente non cambierebbero di molto, ma andrebbero diversamente rappresentati.

Ed infatti, la responsabilità oggettiva del titolare del trattamento per tutte le lesioni “ingiuste” dei diritti e della posizione dell’interessato rappresenta il precipitato a valle di una visione a monte dell’attività del trattamento dati personali organizzata normativamente come attività libera ma *vigilata* e soprattutto “responsabile”, ancor prima che un qualunque *data breach* si verifichi concretamente, sulla base del menzionato approccio basato sul rischio, ovvero del principio di *accountability*. Come è stato giustamente evidenziato, la responsabilità del titolare è – *ancor prima che per danni* – una responsabilità di ordine organizzativo, specie quanto alla sicurezza dei dati; alla stregua dell’art. 32, il titolare non deve limitarsi ad adottare le misure organizzative puntualmente stabilite in un certo disciplinare tecnico già predisposto, ma deve operare una preliminare valutazione di tutti gli elementi della sua attività (categorie di dati trattati, scopi del trattamento, livello di rischio, ecc.) e in base a questa adottare tutte le tecniche idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio creato. Sotto questo profilo, gli artt. 35 e 36 del Regolamento individuano una procedura (di valutazione dell’incidenza complessiva del trattamento sui diritti delle persone e di preventiva consultazione dell’Autorità) la cui corretta esecuzione non può non venire all’attenzione nella fase dell’eventuale imputazione della responsabilità per danni. In più, il titolare deve premunirsi delle prove necessarie a dimostrare l’adozione di queste misure e la conformità della sua organizzazione al modello operativo del regolamento, e ciò, ancora una volta, indipendentemente dalla concreta causazione di un danno: tanto esplicitamente dispone il già menzionato art. 24 del GDPR<sup>22</sup>.

Il tal senso, il contenuto della prova liberatoria prevista dall’art. 82 si presenta per

---

<sup>20</sup> Ad esempio ragionando sulla distinzione dogmatica tra imputazione a titolo di responsabilità oggettiva e imputazione a titolo di colpa presunta, secondo i modelli efficacemente descritti da D. BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali*, cit., p. 2154 ss.

<sup>21</sup> In argomento, M.L. GAMBINI, *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, Napoli, 2018, p. 99 ss., testo e note.

<sup>22</sup> Sugli oneri organizzativi imposti ai titolari di trattamento si vedano F. BRAVO, *L’«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., p. 775; R. TORINO, *La valutazione d’impatto (Data Protection Impact Assessment, ibidem*, p. 855; G. FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, cit., p. 2781 ss.; D. BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali*, cit., p. 2153; A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Regolamento UE 2016/679*, cit., p. 156.



certi aspetti già preconstituito, o meglio, trattandosi di una prova che richiede la dimostrazione della non imputabilità dell'evento dannoso "in alcun modo", essa implica che il titolare possa esibire certificazioni o documentazioni già in suo possesso concernenti l'adozione di tutte le misure tecniche di sicurezza intese a prevenire quell'evento dannoso lamentato dall'interessato, sulla base di una previa valutazione della probabilità del rischio. Sicché, allegati dall'interessato la violazione della regola, il danno e il relativo nesso causale materiale, il titolare risponderà dei danni derivanti dalla mancata adozione di (altre) misure tecnicamente possibili e proporzionate alle risultanze di quella valutazione, e non risponderà dei danni che erano stati esclusi da quella valutazione, se correttamente svolta, in quanto non prevedibili o altamente improbabili o non rimediabili allo stato dell'arte. Egli dunque non risponde del fortuito, classicamente inteso (ad esempio, un attacco hacker grave e generalizzato)<sup>23</sup>, e nemmeno – sembra di poter ritenere – degli eventi dannosi non previamente stimabili sulla base di una elaborazione dell'approccio basato sul rischio condotta su parametri oggettivamente apprezzabili e proporzionati alla dimensione della sua attività<sup>24</sup>. Una prova quest'ultima, che non sembra propriamente coincidente con quella indicata nell'art. 2050 del nostro codice e che non sembra poter avere il contenuto limitato alla dimostrazione della propria diligenza nelle condotte attuative del trattamento<sup>25</sup>. Sembra più appropriato infatti ritenere che il titolare possa liberarsi dalla responsabilità dimostrando di aver effettuato una valutazione completa del rischio ed una conseguente organizzazione delle modalità del trattamento, consone allo scopo di evitare la produzione di quel danno.

4. – La complessità della fattispecie aquiliana, comunque costruita intorno al doppio binario della rilevanza della condotta illecita e dell'ingiustizia del danno causato dalla violazione della regola, torna a farsi pressante sul piano della individuazione dell'interesse leso e della definizione del danno risarcibile, quando si parla di danno non patrimoniale. Espressamente riconosciuto quest'ultimo nella espressione dell'art. 82 del GDPR nei termini di "danno *immateriale* causato da una violazione del presente regolamento".

---

<sup>23</sup> D. BARBIERATO, *Trattamento dei dati personali*, cit., *passim*.

<sup>24</sup> R. CATERINA, S. THOBANI, *Il diritto al risarcimento dei danni*, cit., p. 2808.

<sup>25</sup> Una sintesi del dibattito in S. SICA, *La responsabilità civile per il trattamento illecito dei dati personali*, in *Regolare la tecnologia*, cit., p. 170 ss.; S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento di dati tra danno presunto e danno evento*, in *Giur. it.*, 2019, 1, p. 43; M.L. GAMBINI, *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, cit., pp. 68 e 87 ss.



Come già detto, il regolamento non manca di esplicitare le tipologie di danno non patrimoniale potenzialmente generate da condotte illecite del titolare del trattamento, e molte di queste rispondono al modello tipico del danno non patrimoniale connesso alla lesione dei diritti della persona costituzionalmente protetti o fondamentali. Tanto è a dirsi per la lesione del diritto all'identità, all'onore, alla riservatezza e via dicendo; mentre dal punto di vista delle condotte più specificamente intese alla raccolta dei dati e al (controllo del) relativo trattamento altre lesioni possono in astratto configurarsi con riferimento ai diritti che il regolamento attribuisce all'interessato.

Ora, seppur non esattamente riferibile agli intenti e alla sistematica del regolamento, il problema che la dottrina e la giurisprudenza italiane si sono poste nella "trasposizione" della normativa europea nel nostro sistema presenta un forte appeal teorico-dogmatico, ma nel contempo una rilevanza pratica tutt'altro che banale, se solo si riflette sulle conseguenze economiche che l'allargare o il restringere la rilevanza del danno non patrimoniale può generare nella sfera giuridica e nei comportamenti dei titolari del trattamento. Ma qui, ancora una volta, può venire in gioco il metodo nell'interpretazione del diritto dell'UE, e la prospettiva – domestica o europea – dalla quale l'interprete muove nella lettura del GDPR.

Ed infatti, il quesito che i giudici italiani si pongono, già dai tempi del Codice della privacy, è se una volta realizzatasi la lesione del diritto della persona attraverso la violazione della regola di condotta che lo protegge da interferenze ed offese altrui, ciò non sia sufficiente a determinare contestualmente l'insorgenza di un danno non patrimoniale risarcibile, senza che l'interessato debba fornire ulteriori prove, ed in ragione della natura tutta speciale del diritto leso e del danno di cui si chiede ristoro: l'uno, diritto della persona non patrimonializzabile; l'altro, per sua natura liquidabile *già* in relazione alla gravità dell'illecito, e non ad una perdita emergente o a un mancato guadagno. Ciò che di solito si riassume nell'espressione per la quale in tali casi il danno non patrimoniale sarebbe *in re ipsa*. In altre parole, la lesione del diritto della persona rileva in sé e per sé, perché il danno consiste proprio nella lesione del diritto *personale*, e se non se ne potesse stabilire un ristoro, allora dovrebbe dirsi che l'ordinamento non è in grado apprestare tutela *ex post* ai diritti che più di altri protegge nella forma della *inviolabilità*: il che sarebbe un paradosso inaccettabile<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup>Non è questa la sede per ripercorrere le vicende dottrinarie dell'illecito contro la persona e del risarcimento del danno non patrimoniale. Una sintesi efficace in G. PONZANELLI, *Certezze e incertezze nel danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2020, I, p. 103: indicazioni generali in C. SCOGNAMIGLIO, *L'ingiustizia del danno (Art. 2043)* e P.G. MONATERI, *Il nuovo danno non patrimoniale. La nuova tassonomia del danno*



Sarebbe questo l'esito di quella dogmatica che si è in apertura di queste note definita come "difensiva", e alla quale si deve l'elegante ricostruzione per la quale il concetto di persona istituirebbe "un punto di vista omogeneo per la comprensione *sub specie juris* di una fenomenologia del reale non riconducibile al paradigma utilitarista proprio del mercato"; sicché, da tale punto di vista, il danno alla persona sarebbe portatore di una sua logica autonoma in quanto valore intrinseco della persona non ricostruibile attraverso una prestazione pecuniaria. Ciò porterebbe pertanto ad un mutamento o *sviamento* della funzione della responsabilità, da ritenersi orientata non più (soltanto) verso la riparazione, ma (anche) verso la deterrenza, perché l'evento dannoso in questi casi altro non sarebbe che la stessa condotta vietata *in sé*, cioè l'antigiuridicità della condotta in quanto tale! E ciò varrebbe specificamente proprio con riferimento ai danni non patrimoniali riconducibili alla violazione delle regole sul trattamento dei dati personali, attività la cui aggressività di immediato impatto sulla persona richiederebbe una conferma della concezione dei diritti personali come espressione di un *comando generale* rivolto a terzi affinché si astengano da ogni interferenza<sup>27</sup>. Insomma, il danno non sarebbe più il risultato prodotto dall'evento – e selezionato in base al criterio dell'ingiustizia – ma l'evento in sé stesso, il quale, in quanto offensivo della persona, non abbisognerebbe nemmeno di essere selezionato attraverso l'ingiustizia<sup>28</sup>.

Sul piano pratico, come pure si accennava, è abbastanza evidente che una tale impostazione può sorreggere l'obbligazione di risarcimento del danno senza che alcun filtro, in termini di ingiustizia, si ponga tra la violazione della regola di condotta e il riconoscimento del diritto al risarcimento, e che pertanto il rischio delle conseguenze dannose della violazione sarebbe in tutti i casi a carico del titolare del trattamento, al quale nessuna possibilità di prova contraria sarebbe concessa, salvo quella di negare che l'evento sia accaduto, cioè dimostrare *in apicibus* che nemmeno c'è stata la condotta illecita. Il perimetro del risarcimento sarebbe quello della violazione della condotta e l'ammontare dei debiti risarcitori crescerebbe in via esponenziale.

---

*alla persona, entrambi in Illecito e responsabilità civile, in Trattato di diritto privato (diretto da M. Bessone), Torino, 2005, I, rispettivamente pp. 54 ss. e 277 ss.; P. TRIMARCHI, La responsabilità civile, cit., pp. 127-138 ss., 629 e 632 ss., ove l'A. non esclude che in alcune ipotesi un "danno-base non patrimoniale sussista sempre per la natura stessa dell'atto offensivo, salvo l'eventuale adeguamento del risarcimento ..."* (p. 633). Ma in altra sede l'illustre A. ricorda che "la natura del danno non patrimoniale consente di liquidarlo tenendo conto della gravità dell'atto illecito" (*op. cit.*, p. 524).

<sup>27</sup> Il riferimento è ancora a D. MESSINETTI, *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, cit., pp. 543-550 ss. e *passim*.

<sup>28</sup> D. MESSINETTI, *op. ult. cit.*, pp. 556-561.



A fronte della rigidità e ampiezza delle conseguenze generate da tale dogmatica difensiva, è ben noto che la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno reagito, reintegrando in vario modo il danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati nella struttura della fattispecie aquiliana classica di cui all'art. 2043. E ciò secondo varie gradazioni.

In primo luogo affermando che il danno deve essere sempre dimostrato, non sottraendosi alla verifica della “gravità della lesione” e della “serietà del danno” medesimo; nel rispetto peraltro di un generale principio di tolleranza, se non di solidarietà<sup>29</sup>. Sicché i giudici vanno in tal caso alla ricerca di qualcosa di concreto da risarcire, che possa considerarsi conseguenza dell'evento dannoso e da questo “separabile” (il disagio, piuttosto che il fastidio, la vergogna, ecc.)<sup>30</sup>.

In secondo luogo introducendo una presunzione di danno *in re ipsa*, la quale offrirebbe al titolare del trattamento il destro di fornire la prova contraria e di *dimostrare* la mancanza della gravità della lesione o della serietà del danno, con esclusione quindi dei danni bagatellari dal perimetro del risarcimento<sup>31</sup>. Una costruzione, questa, che sembra voler bilanciare la posizione delle parti, ma che finisce di fatto per privare di contenuto – almeno il più delle volte – la prova contraria offerta al danneggiante, il quale non si vede come possa dare dimostrazione della mancanza di stati d'animo che non gli appartengo-

---

<sup>29</sup> In tal senso Cass., 15 luglio 2014, n. 16133, in *Danno e resp.*, 2015, 4, con *Commento di V. Ceccarelli*, *ibidem*, p. 343 e M. NITTI, *La valutazione della “gravità della lesione” e della “serietà del danno” nel risarcimento del danno non patrimoniale da violazione della privacy*, *ibidem*, p. 350. La decisione riporta il risarcimento del danno non patrimoniale nell'alveo della norma generale di cui all'art. 2043. Ma vedi già Trib. Napoli, 28 aprile 2003, in *NGCC*, 2004, I, p. 466 con nota di G.M. RICCIO, *Responsabilità da illecito trattamento dei dati personali e prova del danno non patrimoniale*, *ibidem*, p. 470.

<sup>30</sup> Nella controversia poi decisa dalla sentenza citata in nota precedente si discuteva della possibilità di risarcire il “disagio” subito dagli specializzandi dell'Università di Roma Tre per aver l'Ateneo reso possibile accedere ai loro file personali semplicemente digitando il nome su Google. Tale indiscriminata esposizione era stata ritenuta sufficiente dal Tribunale di 1° grado al fine di attribuire a ciascuno un risarcimento di 3.000,00 euro. La Suprema Corte cassa con rinvio, enunciando il principio per il quale l'applicazione dell'art. 15 del Codice della privacy non si sottrae alla verifica della “gravità della lesione” (concernente il diritto fondamentale offeso), e nemmeno a quella della “serietà del danno”, cioè della perdita effettivamente subita dall'interessato a causa di quella lesione.

<sup>31</sup> Cass., 4 giugno 2018, n. 14242 e Cass., 8 gennaio 2019, n. 207, entrambe in *Corr.giur.*, 2019, 5, pp. 625-626, con interessante nota critica di M.S. ESPOSITO, che mette a confronto le due decisioni, l'una circa la illiceità delle modalità di diffusione di un provvedimento contenente informazioni su un procedimento penale riguardante il destinatario; l'altra – di grande interesse – concernente il problema delle segnalazioni alla centrale dei rischi di dati rilevanti ai fini della concessione di un finanziamento. L'A. mette in rilievo come non sia ammissibile un giudizio in merito alla rilevanza ed entità dei interessi tutelati allorché il risarcimento sia collegato alla violazione di diritti inviolabili della persona. La cd soglia di risarcibilità può essere impiegata semmai quale parametro per la determinazione dell'entità del risarcimento (*op. cit.*, p.633 ed ivi altra bibliografia).



no. Sicché ancora per consentirgli di ridurre le obbligazioni risarcitorie a suo carico gli si consente di dimostrare che il danno non è serio: prova che, a dire il vero, non attiene affatto all'ingiustizia del danno ma alla sua quantificazione<sup>32</sup>.

5. – Ora, se si adotta la necessaria prospettiva del diritto dell'UE, e in particolare del Regolamento dati – atto immediatamente normativo in tutti gli ordinamenti di paesi membri, che necessita certamente di adattamento ma non di recepimento – non è certamente il caso di prender partito circa la riferita controversia in materia di danno non patrimoniale (e relativa prova) da illecito trattamento dei dati personali. E questo non perché si voglia rifuggire dall'onere che ad ogni interprete spetta di motivare la soluzione giuridica di un caso sulla base di argomenti di giustificazione sistematicamente accettabili, ragionevoli e controllabili. Ma perché ormai la soluzione del problema va tratta e argomentata sulla base innanzitutto del regolamento, salvo poi adattarla alle peculiarità formali del nostro ordinamento.

Ciò posto, occorre riprendere dove abbiamo lasciato, e cioè dal *testo* dell'art. 82, in

---

<sup>32</sup> In argomento, ed a nota di Cass. n. 14242/2018 indicata in nota precedente, S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento di dati tra danno presunto e danno evento*, in *Giur. it.*, 2019, 1, p. 43. L'A. critica gli argomenti della Corte relativi alle due presunzioni che in tali fattispecie si applicherebbero in virtù del richiamo che il Codice della privacy operava all'art. 2050 cod. civ.: quella relativa all'imputazione della responsabilità, e quella relativa all'esistenza del danno: aventi la prima natura processuale e la seconda la diversa natura di cui all'art. 2727 cod. civ. Conclude affermando che la presunzione del danno in re ipsa poggia, in verità, sulla natura del diritto violato, l'onore o la dignità, la cui lesione lascia presumere sofferenze personali ulteriori, ma non potrebbe estendersi alla lesioni di altri diritti posti a tutela di interessi diversi (ad es., la mancata comunicazione all'interessato del nome del responsabile del trattamento, ovvero la prosecuzione del trattamento dei dati a fini di marketing nonostante l'opposizione dell'interessato). Ciò posto, la prova contraria, come si dice nel testo, non potrebbe che riguardare la serietà del danno, non la sua sussistenza (*op. cit.*, p. 46). Più ampiamente sul tema si veda ancora S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da illecito trattamento dei danni personali*, in *Dir. inf e informatica*, 2017, p. 427, ove diffusamente l'A. articola il suo ragionamento sul tema della prova del danno non patrimoniale analizzando la ratio e la natura degli interessi tutelati dalle norme di protezione dell'interessato di fronte alla circolazione dei dati che lo riguardano, distinguendo la rilevanza della lesione dei diritti costituzionalmente tutelati (onore, riservatezza, identità, per la lesione dei quali non v'è altro da provare); da quella riguardanti invece altri diritti (di informazione, conoscenza ecc., per i quali "disturbi e fastidi" patiti andrebbero provati. Sulle oscillazioni della giurisprudenza e della dottrina si vedano anche F. DI CIOMMO, *La risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2005, 7, p. 801; M. GAGLIARDI, *Commento a Cass.*, 15 ottobre 2015, n. 20890, in *Danno e resp.*, 2016, 4, p. 372; G. RAMACCIONI, *La protezione dei dati personali, Il tema/problema del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2018, 6, p. 665; ID., LANGDELL, *Pound e il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali. La prassi italiana anche alla luce dell'entrata in vigore del Regolamento UE 2016/679*, in *Regolare la tecnologia*, cit., p. 467.

## JUS CIVILE



combinazione con le altre norme che delineano il *contesto* nel quale si pongono gli obblighi di condotta la cui violazione dà luogo al risarcimento del danno “immateriale” a favore dell’interessato e a carico del titolare.

Non abbiamo mancato di rilevare come le disposizioni regolamentari siano tutt’altro che poche nell’individuare tutti gli elementi che in astratto compongono una fattispecie dannosa: la condotta vietata, l’evento dannoso conseguente, il danno risarcibile. Se si parte dall’idea per la quale nel contesto del diritto dell’UE i diritti della persona sono protetti alla stessa stregua dei diritti costituzionalmente garantiti; e se ancora, attraverso questo filtro interpretativo si legge nel GDPR il riconoscimento del modo specifico in cui essi si articolano di fronte alla complessità tecnica e alla pericolosità delle operazioni di trattamento dei dati personali, può nascere la tentazione di replicare – anche dal punto di vista del Regolamento – la logica assolutistica dei diritti della personalità e assecondarla attraverso il riconoscimento della rilevanza *in sé* delle violazioni delle regole imposte al titolare e al responsabile del trattamento, e pertanto l’immediata risarcibilità della *mera* lesione causata agli interessi protetti.

Non si vuol certamente dire che questa logica sarebbe irripetibile o sconveniente in quanto tale, posto che in tal modo si assicura certamente alla persona la protezione più ampia possibile, insieme con l’aspettativa che la funzione di deterrenza contestualmente realizzata nei confronti dei titolari professionali di trattamento dati renda meno frequenti le occasioni di violazione della condotta e quindi di danno.

Il punto è però che non si può essere sicuri della replicabilità di quella logica nel *contesto* del GDPR, perché proprio questo contesto, sistematicamente inteso, sembrerebbe ispirato ad una *ratio* non perfettamente equivalente.

Ed infatti, a dispetto del suo tenore letterale (“*Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento*”), l’art. 82 del GDPR non può essere interpretato come se disponesse una piena coincidenza tra violazione di una norma del regolamento ed evento dannoso *di per sé* “ingiusto”. E ciò per più di una ragione.

a) Innanzitutto, ai fini di una richiesta di risarcimento occorrerebbe verificare le norme la cui *ratio* sia quella di evitare danni materiali o immateriali ai soggetti interessati da un trattamento ai propri dati personali. E fra queste, in particolare, selezionare le norme intese a proteggere direttamente (come *bene della vita*) i diritti personalissimi costituzionalmente garantiti dall’altrui illecita interferenza. Non si può ignorare, infatti, che le norme regolatrici dell’attività di trattamento dei dati personali sono intese certo alla pro-



tezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, ma riconoscono altresì la legittimità e la pienezza del principio della libera circolazione dei dati – evidentemente in capo ai soggetti che la organizzano professionalmente –, al punto tale che – lo si rammenta di nuovo – il 3° comma dell’art. 1 del GDPR non fa mistero di affermare che “*La libera circolazione dei dati personali nell’Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali*”.

Ora, al momento della costruzione (e poi della verifica) dei requisiti di perfezionamento della fattispecie aquiliana, con riguardo al riconoscimento in concreto del danno non patrimoniale, non si può ignorare quell’affermazione di principio, a tenore della quale piuttosto sorge il dubbio che la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche non rivesta più quella posizione di primazia che – ad esempio nella prima disciplina italiana di recepimento – vedeva una disposizione come quella di cui all’art. 1 della l. n. 675/1996<sup>33</sup>, assai prossima ad una concezione del tutto assolutistica della persona e dei suoi diritti.

Ciò posto, non si potrebbe nemmeno ritenere, senza incorrere in un errore metodologico assai grave, che la protezione dei diritti personali sia subordinata (integralmente o) anche soltanto fortemente alla realizzazione del principio della libera circolazione mercantile dei dati. Ma si può invece ricostruire una sistemica nella quale si accetta come ordinaria e inevitabile l’interferenza che (il principio del)la circolazione “mercantile” dei dati genera nella sfera personale delle persone fisiche; e però, proprio in ragione di ciò, si dispone che le attività di trattamento dati siano organizzate secondo le regole e i principi che – fra l’altro – si includono nel cd “approccio basato sul rischio” e nella regola diffusa dell’*accountability*, che devono connotare l’organizzazione dell’impresa del titolare del trattamento e dei suoi referenti. In questo quadro, peraltro, si spiega sia la previsione del consenso dell’interessato come una soltanto delle basi legittime del trattamento; sia l’espresso riferimento ad una attività di tipo contrattuale che include la “cessione” di dati personali, della quale l’interessato è parte, e per la quale rilascia un consenso anche di carattere negoziale (art. 6 GDPR). Attività di cui ovviamente il GDPR non si occupa, ma che è oggetto di altre normative europee (che lo richiamano), oltre che di una prassi fin troppo nota per essere qui menzionata<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Lo ricorda V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali*, cit., p. 5 (versione De Jure), il quale considera il testo della norma come “uno sforzo celebrativo e protettivo ... mai visto prima in qualsiasi normativa riguardante i diritti della personalità”.

<sup>34</sup> Sul punto, e sulla posizione che l’interessato assume nello “scambio” dei suoi dati contro servizi e be-



Tutto ciò permette forse di ricalibrare l'impostazione del problema e di riconoscere che la rappresentazione assolutistica della persona che funzionava da premessa logica di quella che più volte abbiamo denominato "dogmatica difensiva", andrebbe forse relativizzata, alla luce dell'ottica dichiaratamente mercantile e patrimonialistica del Regolamento<sup>35</sup>. Quest'ultimo certamente prende atto della consistenza del "mercato dei dati" e lo rende oggetto di una disciplina tipicamente regolatoria la quale, nel momento in cui ridimensiona i valori della persona in un contesto di "normale" circolazione anche volontaria dei dati personali come risorse dichiaratamente oggetto di un'attività di impresa, allenta la rilevanza dell'interferenza esterna sulla persona e riconfigura in questa chiave, inevitabilmente, l'istituto posto a presidio dei rimedi contro tale interferenza, e cioè la responsabilità aquiliana.

Di qui la possibile lettura della formulazione dell'art. 82, "*danno materiale o immateriale causato da una violazione*", quale riferimento alla sequenza: a) violazione della regola posta a protezione della persona e b) causazione di un danno come *conseguenza ulteriore dell'illecito, almeno tutte le volte in cui non vi sia stata una lesione diretta dei diritti della personalità costituzionalmente garantiti, dimostrata la quale spetta senz'altro all'interessato il risarcimento del danno non patrimoniale quale ristoro della lesione ingiusta del diritto*. Negli altri casi invece, quando la regola organizzativa violata non abbia quale ratio la tutela immediata e diretta di questi diritti, ma di quelli volti a garantire il controllo materiale della conservazione o circolazione dei propri dati, l'interessato dovrà provare la conseguenza dannosa riportata nella sua sfera personale, sotto forma di concreta compromissione della sua sfera di esistenza e secondo standard di medietà sociale, o *de minimis*, che rendono giustificabile il risarcimento<sup>36</sup>. Sono questi, ad esempio, i casi nei quali viene in gioco direttamente il principio della libera circolazione dei dati, per come configurato nel citato comma 3 dell'art. 1 del Regolamento; ed allora il bilan-

---

ni digitali, si veda il nostro Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali, in *Giustizia civile*, 2019, 3, p. 499; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in *Annuario del Contratto 2018*, diretto da A. D'ANGELO, V. ROPPO, Torino, 2019, p. 125, ed ivi altre indicazioni bibliografiche.

<sup>35</sup> In argomento, V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali e la sua applicazione in Italia: elementi per un bilancio ventennale*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., pp. 3-17 ss.

<sup>36</sup> Così ampiamente argomentando, S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da illecito trattamento dei danni personali*, cit., p. 433 ss. Sulla regola *de minimis*, in punto teorico, per tutti, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., p. 634, con riferimento a un generale principio di tolleranza "imposto dai limiti connaturali all'organizzazione giuridica".



ciamento di interessi si struttura tutto in questo contesto, ove pertanto nel nome di quel principio, per come le circostanze lo rendono evidente, può trovare spazio il diritto del titolare del trattamento all'utilizzo/diffusione dei dati, ovvero quello dell'interessato a bloccarne la circolazione<sup>37</sup>.

Ma sono anche i casi nei quali lo stesso principio viene in gioco attraverso la violazione delle regole che richiedono il consenso dell'interessato, quando il titolare raccoglie dati ad esempio a fini statistici e di marketing, ovvero eccede le finalità del trattamento, ma senza che possa dirsi esservi stato un turbamento delle condizioni di esistenza dell'interessato, il quale potrà chiedere la cessazione della condotta illecita per aver questa violato il suo diritto al controllo della circolazione dei dati personali, ma non dovrebbe poter chiedere *anche* il ristoro del danno non patrimoniale se non in presenza di un fastidio, di un disagio personale che abbia un minimo di significatività. Ugualmente nei casi in cui il titolare non ha custodito e conservato adeguatamente i dati, ma alla perdita degli stessi non ha fatto seguito l'accesso di terzi non autorizzati<sup>38</sup>.

In altre parole, in tutti i casi esemplificati, non è che non si possa predicare l'illiceità della condotta e la violazione di un interesse giuridicamente protetto: si vuol solo dire che l'interessato dispone certamente di tutti i rimedi previsti dal Regolamento per reagire alla violazione delle norme poste a presidio della liceità del trattamento ed a sua protezione, ma potrebbe *non disporre anche* del risarcimento del danno non patrimoniale qualora la lesione ingiusta non abbia concretamente provocato quel *quid pluris* di deprezzamento delle condizioni di vita che ne giustifica la concessione, ed in assenza del quale il risarcimento assumerebbe una funzione meramente punitiva incompatibile con i principi che regolano la libera circolazione dei dati come oggetto di un'attività pericolosa ma lecita, se non anche necessaria<sup>39</sup>.

Questo assetto non può essere inteso come effetto di una strategia normativa di intenzionale riduzione del livello di tutela della persona in un ambito di rapporti così al tempo stesso delicato ed esteso. Quanto piuttosto come conseguenza della ricollocazione dei diritti della persona al controllo della circolazione dei propri dati personali in una più com-

---

<sup>37</sup> Sul tema del bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca, si veda da ultimo Cass., SS.UU., 22 luglio 2019, n. 19681, e già Cass., 3 aprile 2018, n. 8084, reperibile in *De Jure* con nota di I. Alagna.

<sup>38</sup> Casistica in S. THOBANI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>39</sup> Esemplare il caso deciso negativamente da Cass., 8 febbraio 2017, n. 3311, con nota di S. THOBANI, *Invio di comunicazioni indesiderate: il risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1539, circa l'irrisarcibilità di un danno non patrimoniale causato dall'invio di 10 email indesiderate in tre anni.



plessa realtà che ha fatto della circolazione dei dati e della loro libera diffusione oggetto di attività e funzioni di rilevanza pubblica e/o istituzionale le quali, inevitabilmente, insidiano i confini (non della protezione, ma) entro i quali la persona può pretendere il rispetto del divieto assoluto di interferenza da parte di terzi nella sua sfera privata. Del resto che il diritto alla protezione dei dati personali non sia una “prerogativa assoluta” è affermato a chiare lettere nel Considerando 4 del citato Regolamento UE 2016/679<sup>40</sup>.

b) Ed è qui che viene in gioco un altro principio già menzionato in precedenza, *simmetrico* e *antagonista al principio della riservatezza*, che si affianca a quello della libera circolazione dei dati assunta quale oggetto di un’attività professionale di trattamento. È il principio generale della trasparenza<sup>41</sup> e della libera accessibilità di alcuni dati alla conoscenza dei quali il legislatore affida il compito di realizzare, volta a volta, interessi pubblici: siano questi legati alla necessità della trasparenza in senso stretto dell’azione amministrativa pubblica, quale suo modo *costituzionale* di essere correlato alla imparzialità e alla efficienza; siano questi legati alla necessità di evitare il dilagare di fenomeni corruttivi nella gestione dei contratti e degli investimenti pubblici. La doverosità della trasparenza, nel suo rilievo costituzionale e nella sua stretta connessione con il carattere democratico del nostro ordinamento, assegna a ciascun cittadino già dotato del diritto al-

---

<sup>40</sup>“Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell’uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. Il presente regolamento rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta, sanciti dai trattati, in particolare il rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e delle comunicazioni, la protezione dei dati personali, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, la libertà di espressione e d’informazione, la libertà d’impresa, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, nonché la diversità culturale, religiosa e linguistica”. Un esempio, altamente discutibile, ma comunque di interesse teorico significativo sul piano del bilanciamento dei diritti è quello della controversia decisa dal Trib. Milano, 22 luglio 2009, in *Corriere giur.*, 2010, 12, p. 1665, con nota di S. SICA, *Tutela dei dati personali e libertà religiosa quale possibile scriminante del trattamento illecito*, *ibidem*, p. 1669. Nella fattispecie il Tribunale esclude l’illiceità della condotta, rispetto all’art. 26 Codice privacy, di un coniuge il quale aveva fatto uso di dati personali sensibili della moglie, raccolti nell’ambito di sedute mediche, senza il di lei consenso e allo scopo di predisporre un parere tecnico da esibire nella causa di annullamento del matrimonio avanti al Tribunale ecclesiastico. I giudici ritengono che il diritto di autodeterminarsi nella propria sfera religiosa costituisca in questo caso valida esimente della illiceità della condotta, in quanto diritto di pari rango costituzionale rispetto a quello alla riservatezza.

<sup>41</sup>“La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all’attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche. ... Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino.” Così si legge nel fondamentale art. 1 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.



la riservatezza, un contrapposto diritto alla conoscenza: e tale coesistenza fa sì che la strategia di protezione meramente difensiva della persona ceda il posto ad una strategia bilanciata disponibile a sacrificare la riservatezza per valorizzare il diritto di “sapere”, a comprimere il diritto a limitare la circolazione dei propri dati per soddisfare quello opposto a renderli pubblici e disponibili<sup>42</sup>.

Ed invero proprio dalla normativa sulla trasparenza si possono trarre spunti non privi di interesse e di impatto sulla tematica della protezione aquiliana dei dati. Come noto, l’art. 5 *bis* del d.lgs. n. 33 in materia di esclusione e limiti all’accesso civico dispone che “L’accesso di cui all’articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d’autore e i segreti commerciali”. La norma trova il suo ambito tecnico-applicativo specifico, dunque, nella motivazione che la P.A. può addurre per giustificare il diniego di accesso, allorquando si ritenga debba prevalere nel caso specifico il diritto alla protezione dei dati personali sull’opposto diritto a conoscere quelle informazioni. Ebbene, la lettera della norma costruisce tale possibile motivazione intorno alla dimostrazione del cosiddetto “pregiudizio concreto” che l’accesso arrecherebbe al diritto del singolo a tenere riservati quei dati specifici. Ora, le Linee guida previste dalla legge sulla trasparenza a carico dell’ANAC e d’intesa con il Garante<sup>43</sup>, allo scopo di definire le “esclusioni e i limiti all’accesso civico di cui all’art. 5 del d.lgs. n. 33/2013”, si sono occupate esattamente di costruire le linee argomentative che la P.A. deve seguire nel motivare il diniego all’accesso in ragione della protezione dei dati personali cui la richiesta del cittadino si rivol-

---

<sup>42</sup>Le modalità attraverso le quali la legge regola la trasparenza sono molteplici. Si comincia dal (principio generale del) diritto di accesso ai documenti amministrativi, di cui alla legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990; per passare attraverso gli obblighi di pubblicazione di una serie di dati da rendere accessibili in via immediata, e giungere fino all’accesso civico generalizzato anche a documenti ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione e consentito senza necessità di alcuna motivazione specifica (ex d.lgs. n. 33/2013 e n. 97/2016). In ciascuno di questi casi sono sempre presenti norme di combinazione e bilanciamento, volte a proporzionare riservatezza e trasparenza, specie con riguardo ai dati sensibili e ai diritti in ragione dei quali l’accesso è richiesto. In argomento si legga il bel saggio di E. CARLONI, M. FALCONE, *L’equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, cit., *passim*, particolarmente efficace nel dimostrare analiticamente e teoricamente come il principio della trasparenza si innervi tanto quanto il principio della riservatezza nella dimensione personalistica.

<sup>43</sup>E da questi approvate con delibera 28 dicembre 2016, n. 1309, consultabile nella pagina [https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/\\_Atto?ca=6666](https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6666).



ge. Nel distinguere tra eccezioni assolute e semplici limiti di cui all'art. 5 bis sopra citato, si dispone che la PA non potrà opporre un diniego all'accesso basato sul rischio di un pregiudizio in via generica e astratta, ma dovrà "... *b) valutare se il pregiudizio (concreto) prefigurato dipende direttamente dalla disclosure dell'informazione richiesta; c) valutare se il pregiudizio conseguente alla disclosure è un evento altamente probabile, e non soltanto possibile*"; tanto nel contesto temporale della domanda e privilegiando comunque la scelta più favorevole all'accesso. Nelle pagine successive si chiarisce ancora come il "pregiudizio concreto" (anche sul piano morale, sociale o relazionale) possa in tali casi consistere, ad esempio, in eventuali minacce, ritorsioni, azioni da parte di terzi, o furti di identità<sup>44</sup>.

Se non andiamo errati, dunque, la regolazione formale del bilanciamento tra diritto al riserbo e diritto a conoscere induce logicamente e necessariamente a spostare l'asse della tutela del primo al livello dato dalla probabile produzione di quello che, con il linguaggio proprio dell'istituto aquiliano, chiameremmo un *danno conseguenza*, cioè un *quid pluris* rispetto al pregiudizio *in re ipsa* costituito dalla mera divulgazione dei dati personali. Il che significa ancora che, ponendoci nell'ottica di una controversia tra il cittadino i cui dati sono stati resi pubblici e la P.A. che vi ha dato accesso, il cittadino possa vedersi riconosciuto un diritto al risarcimento dei danni anche non patrimoniali solo se dà la prova di quel pregiudizio concreto, causalmente collegato all'ostensione del dato personale, in presenza del quale *soltanto* la norma sulla trasparenza consente il sacrificio del diritto di accesso<sup>45</sup>.

Almeno su questo non secondario terreno, dunque, la mera violazione della norma a tutela dei dati personali non determina alcun pregiudizio risarcibile *in re ipsa* e immediatamente, se non corredata dalla dimostrazione di un danno *concreto* alla sfera personale dell'interessato. Sicché la dogmatica "difensiva" che assisterebbe in termini assoluti il diritto al controllo dei propri dati personali, a fronte della violazione della regola protettiva di condotta sembrerebbe cedere ad una dogmatica "relativizzata" dalla necessità formale di un bilanciamento tra valori costituzionali di pari grado. Circostanza che, con ogni evidenza, non può non trovare la sua ricaduta anche sul piano della tutela aquiliana, peraltro strumento non più esclusivo di protezione del diritto al controllo dei dati personali.

---

<sup>44</sup> Linee guida, cit. *supra*, pp. 11-19 ss. Resta evidente che le argomentazioni della P.A. destinataria della richiesta si formano nell'ambito di un procedimento rispettoso della disciplina di protezione dei dati, e perciò – fra l'altro – anche alla luce delle motivazioni (non vincolanti) addotte dal controinteressato.

<sup>45</sup> In tal senso, per tutti, E. CARLONI, M. FALCONE, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy*, cit., p. 768 ss.



Ciò potrebbe essere ancor più vero se si riflette sul fatto che, imposto all'interessato un onere probatorio di un danno in concreto di fronte alla P.A. che divulga dati personali in ragione del principio di trasparenza della sua azione, non si vedrebbe come esonerare lo stesso interessato da analogo prova di fronte ad un titolare di trattamento privato la cui condotta posta in violazione della regola di riserbo non abbia prodotto un pregiudizio concreto e causalmente collegato alla violazione della regola, allorquando il titolare giustifichi il suo comportamento alla luce del principio di libertà di circolazione dei dati, direttamente invocando a bilanciamento il 3° comma dell'art. 1 del GDPR. Il che è quanto si cercava di argomentare nel punto precedente, e che adesso si vedrebbe rafforzato alla luce di un principio di parità di trattamento fra soggetti pubblici e soggetti privati che operano, ciascuno secondo le proprie regole e principi, attraverso la raccolta e l'elaborazione di dati personali.

Lo scenario che si è provato a tratteggiare vorrebbe rispecchiare la complessità nella quale la persona oggi si trova ad operare, a seguito sia dell'autorappresentazione di sé – probabilmente irreversibile – che i singoli mettono in campo attraverso l'uso delle risorse digitali, con conseguente esposizione del diritto al controllo dei propri dati alla continua interferenza con la libertà di circolazione vantata dai titolari del trattamento; sia dell'incorporazione dei dati personali nei processi produttivi e decisionali (oltre che delle imprese private, anche) delle pubbliche istituzioni, gravate del continuo e concreto bilanciamento tra gli obblighi di trasparenza e i doveri di rispetto della normativa a tutela dei dati personali.

Di qui, la necessità di una diversa precomprensione del conflitto tra riservatezza (in ogni senso) e circolazione delle informazioni e di una più flessibile misura del bilanciamento: in termini più chiari, una diversa misura di valutazione dell'illecito trattamento dei dati personali e del confine tra condotte invasive lecite e condotte invasive illecite. Il che, in fondo, altro non rappresenta che il normale svolgersi nel mondo del diritto dei criteri di valutazione del conflitto tra l'esigenza di conservazione di ciò che spetta a ciascuno e l'altrui libertà di azione, sullo sfondo dell'incentivazione dei comportamenti efficienti dei consociati idonei a massimizzare il benessere sociale condiviso<sup>46</sup>.

6. – C'è infine un altro aspetto che ben si colloca in questo scenario. Ed è quello che si era accennato all'inizio con riferimento al fatto per cui l'offensività dell'economia basata sui dati rispetto alla persona si sviluppa in termini massivi e seriali, nel senso che

---

<sup>46</sup> Sempre utili e attuali perciò gli ammonimenti in tal senso di P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 43-44.



eventuali illeciti perpetrati dai giganti del digitale (ma non solo) colpiscono folle di danneggiati e serie indefinite di persone, peraltro nemmeno sempre catalogabili attraverso categorie predefinite. Potrebbero essere tutti i clienti di un certo servizio “social”, come pure categorie di utenti/persone individuate in base alla razza o al sesso, o semplicemente in base al territorio geografico di residenza, o in base a qualunque altro criterio sviluppato nelle diverse tecniche di profilazione o di marketing, o nei procedimenti automatizzati utilizzati dalle pubbliche amministrazioni<sup>47</sup>.

Mai come in questi casi lo strumentario della responsabilità aquiliana rivela la sua debolezza, o meglio la sua inefficienza rispetto al “danno” del quale vuol fornire un ristoro. La dimensione prettamente individualistica e volontaristica del rimedio aquiliano, a maggior ragione quando il danno da risarcire ha carattere non patrimoniale e dovesse richiedere – come si cercava di argomentare – anche la dimostrazione di un turbamento delle personali condizioni di benessere, rivela tutta la sua impotenza a fronte dell’azione offensiva realizzata in forma massiva da quei “regimi” o “sistemi normativi autonomi” che non hanno dimensione territoriale ma funzionale e dunque transnazionale, e sono in grado di imporre/proporre perciò un assetto di rapporti sociali strutturalmente dimensionato su larga scala e su numeri indefiniti. Forse i giuristi dovrebbero appropriarsi anche loro della conoscenza che altre discipline hanno sviluppato su ciò che, ad esempio, i quattro giganti del FAGA rappresentano sul piano politico, antropologico, oltre che ovviamente economico, e produrre soluzioni rimediali o di controllo adeguate.

Ed infatti, il consolidamento della dimensione globale e massiva del danno prodotto dall’azione di questi “sistemi” rende davvero ingenuo immaginare di reagire *solo* con gli strumenti della responsabilità aquiliana: seppur qualche individuo riuscisse ad ottenere ristoro personale delle lesioni subite, il danno sociale continuerebbe a persistere e a riprodursi in forma esponenziale, senza che le sofisticate teorie che presiedono all’applicazione dei rimedi aquiliani secondo i requisiti di fattispecie che un qualche giudice competente continuerebbe ad esigere (condotta illecita, lesione del diritto, causalità, danno risarcibile) siano minimamente in grado di creare un baluardo o quantomeno una deterrenza efficace.

---

<sup>47</sup> Ogni riferimento sul tema nei contributi citati in nota 15, cui adde G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, 2, p. 199 P. FEMIA, *Contrattazione algoritmica*, Relazione al 14° Convegno nazionale SISDIC su “Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia”, Napoli maggio 2019, reperibile all’indirizzo <http://convegnisisdic.it/>; A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2017, 1, p. 144; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano, decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2019, 1, p. 6 F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alla predizioni dei big data*, *ibidem*, p. 43.



Ciò è quanto risulta dalle vicende giudiziarie che hanno (pressoché inutilmente) investito uno di quei giganti, Facebook, mettendo in difficoltà uno dei sistemi giurisdizionali più antichi e collaudati del mondo: l'Antitrust statunitense. La vicenda è nota e non la si vuole qui raccontare, se non per valorizzare il tentativo di colpire le massive e sistematiche violazioni dei diritti degli utenti al controllo dei propri dati personali non tanto attraverso la disciplina della privacy, quanto con gli strumenti dell'antitrust. A partire dalle prime indagini della *Federal trade commission* sulla condivisione non autorizzata di dati degli utenti da parte di terzi per fini commerciali e di marketing, infatti, si è fatta avanti l'idea che tutto ciò potesse rientrare nelle fattispecie tipicamente antitrust e fosse perciò perseguibile con i conseguenti strumenti: e così gli illeciti sulla privacy venivano riqualificati come abusi antitrust attraverso un collegamento tra i primi e l'esercizio (distorto) del potere di mercato da parte del *player*.

Mentre le dimensioni del problema prendevano la forma di *Cambridge Analytica*, tuttavia, la soluzione del problema si è costruita intorno agli strumenti degli accordi transattivi tra l'Autorità e il gigante del web e dell'irrogazione di sanzioni pecuniarie, nel dubbio teorico che quell'operazione di riqualificazione degli illeciti sulla privacy in chiave antitrust fosse legittima e opportuna.

Analoga vicenda si è svolta di recente in Germania, dove il dibattito sulla rilevanza delle modalità di raccolta dei dati personali in chiave di abuso e restrizione della concorrenza ha riportato in auge le più sofisticate discussioni teoriche sul concetto di "abuso" e sul nesso di causalità tra quest'ultimo e l'acquisizione di una posizione dominante di rilevanza per l'autorità antitrust<sup>48</sup>.

In questa sede non interessa discutere né i passaggi interpretativi delle decisioni emane e nemmeno gli esiti (spesso deludenti) che ne sono risultati.

Interessa solo argomentare come una corretta e appropriata impostazione dei rimedi contro l'offensività strutturale dell'economia digitale sulla persona non possa più sistematicamente essere regolata soltanto in chiave di responsabilità aquiliana, ma richieda l'utilizzazione di strumenti "altri" preventivi, di tipo macroeconomico se vogliamo, e non (soltanto) di diritto privato. E richieda soprattutto un autentico mutamento di cifra nella considerazione dei giganti del web, soggetti tutti privati, non più soltanto come tali, ma anche e soprattutto – indipendentemente dal loro status privatistico – come agenti di una funzione la cui invasività deve essere controllata con altri e più adeguati strumenti.

---

<sup>48</sup> Sulle interessantissime vicende qui indicate rinviamo ai contributi di C. OSTI, R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, 2, p. 195 e A. GIANNACCARI, *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*, *ibidem*, p. 273.



MICHELE SESTA

*Professore ordinario di Diritto privato – Università di Bologna*

## ULTIMA LEZIONE DEL CORSO DI DIRITTO DI FAMIGLIA

*Jus Civile è onorata di ospitare il testo della lezione svolta dal prof. Michele Sesta lo scorso 3 aprile a conclusione del corso di Diritto di famiglia, che lo stesso ha ininterrottamente tenuto presso la Facoltà giuridica bolognese fin dal 1995; lezione che ha un significato del tutto particolare: è infatti quella con cui l'Amico Michele Sesta ha chiuso il suo insegnamento universitario, iniziato nel 1985 ad Urbino e proseguito, dal 1987 ad oggi, a Bologna, presso quella stessa Facoltà che lo aveva visto matricola nel 1969 e presso la quale aveva incontrato quello che sarebbe divenuto il suo Maestro, Pietro Rescigno.*

*Dopo una prima stagione in cui si era dedicato principalmente a tematiche di diritto patrimoniale, i suoi interessi scientifici si sono progressivamente orientati proprio verso il diritto di famiglia, settore nel quale – come è a tutti noto – è divenuto sicuro punto di riferimento, non solo in ambito nazionale (fondatore del Corso di perfezionamento in diritto di famiglia presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna; direttore della collana Nuovi percorsi di diritto di famiglia, Wolters Kluwer; membro del comitato scientifico delle riviste Famiglia e diritto, Wolters Kluwer, e Familia. Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa, Pacini Giuridica Editore; curatore di opere di grande successo e diffusione, come il monumentale Codice dell'unione civile e delle convivenze, Giuffrè Editore, 2017, ed il non meno monumentale Codice della famiglia, Giuffrè Editore, giunto alla 3ª edizione nel 2015; Autore del Manuale di diritto di famiglia, Cedam Editore, che, giunto alla 8ª edizione nel 2019, può considerarsi ormai un "classico" della materia).*

\*\*\*\*\*

Care Studentesse e Cari Studenti,

oggi termina il Corso di diritto di famiglia. Un Corso che si è tenuto in modo del tutto speciale, perché dopo appena una settimana dall'inizio delle lezioni l'Università è stata chiusa per l'emergenza sanitaria.

Si è chiusa ma non si è fermata; grazie a un eccezionale sforzo organizzativo dell'Ateneo e del Dipartimento, l'insegnamento è proseguito *on-line*, secondo modalità che mai in passato erano state attuate.

Mi auguro che abbiate tratto giovamento da queste lezioni a domicilio, che avete seguito numerosi sino ad oggi. Siamo passati dall'aula reale all'aula virtuale e, per certi versi, la lezione è tornata com'era all'inizio della storia dell'Università, una *lectio*, una

# JUS CIVILE



lettura davanti agli studenti. Forse non abbiamo dialogato come quando le lezioni sono di presenza, tuttavia, grazie a questo mezzo, ho potuto ugualmente darvi un'idea abbastanza estesa dell'attuale diritto di famiglia e, soprattutto, ripercorrere assieme a Voi la via attraverso la quale esso è diventato quello che è.

1. – Vi ho spesso ripetuto – e l'ho scritto di recente in un lavoro i cui contenuti oggi ripropongo a conclusione del Corso – che negli ultimi decenni il diritto di famiglia ha conosciuto una radicale trasformazione, una vera metamorfosi. Credo che questa metamorfosi possa sintetizzarsi nel motto: dal legame matrimoniale al legame genitoriale.

Si è infatti verificato un passaggio per certi versi epocale, come quello che oltre un secolo e mezzo fa aveva messo in luce Sumner Maine; dalla preminente rilevanza giuridica del matrimonio, che in tutti gli ordinamenti europei stava alla base dei rapporti familiari, a quella attribuita ai legami di filiazione, oggi contrassegnati da una loro propria stabilità giuridica, indipendente da quella del rapporto, se sussistente, tra i genitori: è proprio la fermezza del vincolo di filiazione, cui corrisponde un comune esercizio della responsabilità genitoriale, che reca riconoscibilità e identità alla famiglia contemporanea. Per di più, come è stato scritto molto efficacemente, l'indissolubilità, che è stata per secoli la caratteristica del matrimonio, si è trasferita dal legame orizzontale di coppia a quello verticale genitori-figli, considerato che i genitori, anche se non più coniugati tra loro conservano un legame giuridico connesso all'esercizio comune della responsabilità genitoriale.

2. – Ma andiamo con ordine. Tutti siamo consapevoli della precarietà che caratterizza i legami orizzontali tra adulti, indipendentemente dalla forma giuridica che li contraddistingue, tanto che i moderni ordinamenti europei non frappongono alcun ostacolo allo scioglimento dei vincoli matrimoniali, sul presupposto della configurabilità di un vero e proprio diritto di separarsi, divorziare e costituire una nuova famiglia. Sappiamo anche che per secoli le cose non sono andate in questo modo e che l'ordinamento poneva vincoli rigidi alla possibilità di sciogliere il matrimonio, anche in assenza di figli, perché esso costituiva la garanzia della stabilità dell'istituzione familiare, alla quale l'ordinamento assegnava una irrinunciabile funzione sociale nonché compiti di cura e assistenza dei suoi membri dalla nascita sino alla morte. Di questa risalente concezione – che l'epidemia in atto ha singolarmente reso attuale – è testimone l'art. 29 Cost. che, riconoscen-

## JUS CIVILE



do i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, evidenzia come essa costituisca un organismo in qualche modo titolare di interessi distinti da quelli dei singoli membri che di essa fanno parte. È altresì chiarissimo come questa disposizione consideri il matrimonio quale indispensabile base giuridica per l'attribuzione dei diritti che l'ordinamento riconosce a quella società naturale chiamata 'famiglia'. È anche pertinente notare che il secondo comma dell'articolo consente che, nell'ambito del rapporto matrimoniale,

il legislatore possa prevedere limiti al principio dell'eguaglianza giuridica e morale tra i coniugi «a garanzia dell'unità familiare», che, nella visione del Costituente, si conferma dunque il bene prioritariamente tutelato.

La formula costituzionale risale a oltre settanta anni fa e naturalmente la realtà socioeconomica che essa rifletteva non è quella odierna di una Nazione postindustriale. L'Italia era all'epoca un Paese eminentemente agricolo e l'attività era perlopiù esercitata da coltivatori diretti o da mezzadri attraverso il lavoro di tutta la loro famiglia, che era chiamata a svolgere una funzione produttiva di primario rilievo.

Si pensi che nel codice civile, fino al 1964, era previsto all'art. 2142, rubricato «Famiglia colonica», che la composizione della famiglia del mezzadro non potesse volontariamente essere modificata senza il consenso del concedente (cioè del proprietario del fondo concesso in mezzadria) salvi i casi «di matrimonio, di adozione, e di riconoscimento di figli». È ovvio che la famiglia venisse qui in rilievo quale organismo produttivo, al punto che i suoi membri non potevano liberamente modificarne la composizione e, quindi, per esempio, abbandonare la casa comune senza il consenso del concedente (art. 2148 cod. civ.). Oggi l'agricoltura ha perso d'importanza e comunque è da tempo industrializzata: in ogni campo, il valore supremo è quello della mobilità, della disponibilità al lavoro e al consumo, e per i vincoli rigidi – come il matrimonio tradizionale – lo spazio è assai ristretto, riservato alla volontaria e libera scelta.

Come scrisse con singolare preveggenza, più di sessant'anni or sono, l'allora trentenne Pietro Rescigno “la famiglia ha perduto la sua funzione tradizionale sul piano dei rapporti economici e sul piano delle relazioni sociali. Può sembrare paradossale, ma, perduti questi valori economici e sociali, la famiglia si è svuotata anche del suo alimento spirituale, cioè dell'amore. Del resto, un pensatore non sospetto aveva già sottolineato che non si sta assieme per stare assieme, ma per fare assieme qualcosa”. Mi fa piacere constatare, tuttavia, che la funzione economica della famiglia non sia scomparsa e tuttora esiga risposte dal diritto, come il bel libro di Luigi Balestra, *Business e sentimenti*, ha di recente confermato.

# JUS CIVILE



L'enorme evoluzione del tessuto economico e sociale che si è prodotta in questi decenni ha inevitabilmente modificato i comportamenti e i valori, favorendo l'accettazione di relazioni familiari anche al di fuori del vincolo matrimoniale, in precedenza assolutamente osteggiate. Sotto questo profilo, l'art. 29, comma 1, Cost. può definirsi metaforicamente un fossile, cioè il resto pietrificato di un organismo un tempo vivente, considerato che, anche in Italia, nonostante la formula costituzionale, oggi l'ordinamento disciplina e attribuisce natura familiare a tante relazioni che non si fondano sul matrimonio, a riprova che il diritto non è quello scritto nella legge ma quello che vive nella società.

Sul piano giuridico occorre altresì considerare che la norma dell'art. 29 Cost. deve oggi coordinarsi con quanto disposto dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, secondo la quale a ogni persona è riconosciuto il diritto fondamentale «di sposarsi e di costituire una famiglia», formula che rende evidente come l'ordinamento, nel suo insieme, consideri familiari relazioni che prescindono del matrimonio. Anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo enuncia all'art. 12 il diritto dell'uomo e della donna di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto, il che testimonia come possa costituirsi una famiglia anche senza matrimonio, specie con riguardo ai rapporti di filiazione.

Sotto altro riguardo, è stato da tempo dimostrato come il principio dell'art. 29 Cost. vada interpretato secondo criteri sistematici ed innanzi tutto coordinato con quanto disposto dall'art. 2 Cost. e si è quindi concluso che la formula, ancorché fortemente caratterizzata dal richiamo al matrimonio, non impedisca di ritenere che anche una relazione di fatto, la quale ricalchi lo schema della convivenza familiare secondo un modello socialmente e storicamente tipizzato, dia vita ad una formazione sociale, la cosiddetta «famiglia di fatto», nell'ambito della quale la persona deve ricevere protezione e tutela dei propri diritti.

Durante il Corso abbiamo approfondito il contenuto della l. n. 76/2016 che – sulla scia di consimili considerazioni – ha introdotto l'unione civile tra persone dello stesso sesso e dettato regole in materia di convivenza di fatto.

Recentemente ho notato come la formula costituzionale, che la cultura dei giuristi esattamente attribuisce al pensiero cattolico, si rispecchi singolarmente in un celebre passo del *De Officiis* di Cicerone, il quale rilevava che per natura tutti i viventi hanno il desiderio di procreare e che quindi la prima forma di società risiede nell'accoppiamento, poi si incarna nei figli, infine in una casa e nei beni comuni: «Ed è questo il primo principio della città e, direi quasi, il semenzaio dello Stato». Nel pensiero di Cicerone la finalità sociale della famiglia ne costituisce l'essenza stessa. Notavo come il passo del *De*

# JUS CIVILE



*Officiis* riecheggia nel titolo della prolusione bolognese di Antonio Cicu, Maestro della nostra Università al cui nome è intitolata la ricchissima biblioteca giuridica da lui fondata. Quella prolusione fu letta esattamente cento anni or sono per inaugurare l'insegnamento del Diritto civile che Cicu impartì per trent'anni nel nostro Ateneo; in essa, egli prende le mosse proprio dall'aforisma ciceroniano per evidenziare il nesso tra società domestica e società politica, tra famiglia e Stato, per mettere in luce come nella famiglia e nei rapporti familiari predominino interessi superiori a quelli dei singoli individui e doveri piuttosto che diritti.

3. – Siamo tutti consapevoli che oggi le cose non stanno più così e che anzi i diritti e gli interessi individuali dominano tutte le relazioni familiari, non solo degli adulti, ma anche dei figli, perché anche l'interesse del minore, che definiamo superiore, è pur sempre interesse individuale di uno specifico soggetto minore.

Ma tutto questo significa che negli ordinamenti europei contemporanei si è perduta la dimensione sociale dei rapporti familiari o che, invece, essa si presenta sotto diverse angolazioni? L'idea che tenterò di argomentare è la seconda, e nuovamente osservo che la pandemia ha messo in luce il ruolo solidaristico e la funzione sociale che nell'emergenza la famiglia ha pur sempre il compito di svolgere e le tragiche conseguenze dell'allontanamento degli anziani dal suo interno.

Come è stato scritto, un nuovo paradigma temporale ha poco a poco intaccato le strutture sociali, compresa la famiglia, che si è trovata investita dalla cultura del narcisismo, dalla rivendicazione del diritto alla felicità e alla autodeterminazione di ciascun individuo. La famiglia ha infatti cessato di essere una istituzione incaricata di assicurare le condizioni di sopravvivenza della collettività e si è ridotta a una dimensione di relazioni private tra individui. Così facendo la famiglia post-moderna sembra collocarsi in un orizzonte temporale che fa leva esclusivamente sul presente, che ha perduto il senso del passato precedente i rapporti dell'attualità e che non si preoccupa del futuro.

Noto per inciso che questo spiega le recenti riforme del diritto francese in materia successoria, tese a liberare la volontà del singolo dai laccioli familiari, mentre in Italia ancora il regime della successione legittima e soprattutto di quella necessaria, che secondo alcuni rappresenta un ostacolo alla libertà individuale, non è stato intaccato. La disciplina giuridica della famiglia e quella delle successioni – in origine ispirate a un unico modello di famiglia fondato sul matrimonio indissolubile e sul susseguirsi delle generazioni – si sono da tempo fortemente divaricate, così che, paradossalmente, la volontà e la

## JUS CIVILE



autonomia della persona rispetto ai rapporti familiari che la riguardano trovano maggiore riconoscimento in vita, mentre si restringono con riguardo alle sue decisioni di carattere successorio. Il regime della successione necessaria, che coinvolge discendenti, ascendenti e coniuge, mette bene in luce la dimensione intergenerazionale della famiglia, cioè delle differenti sequenze familiari vissute dalla persona defunta, fermo restando che esso sembra presupporre che il *de cuius* sia stato parte di un'unica famiglia, mentre oggi può accadere che nella sua vita se ne siano avvicendate più d'una. Il che evidenzia molteplici storture, specie con riferimento al coniuge "dell'ultima ora", chiamato alla successione come se avesse condiviso una vita matrimoniale di decenni.

Ripercorriamo quanto accaduto negli ordinamenti europei durante gli ultimi tempi, in Italia a partire dal 1970 allorché fu introdotto il divorzio, che ha rappresentato il punto di avvio di una inarrestabile evoluzione del diritto di famiglia. In breve, il regime della coppia coniugata, al quale come si è visto la Costituzione attribuisce una rilevanza fondante, è stato liberalizzato e reso precario. A seguito di numerose riforme succedutesi in quest'ultimo mezzo secolo, oggi la coppia che voglia vivere un rapporto affettivo e sessuale riconosciuto come rilevante dall'ordinamento giuridico può optare per tre o forse quattro distinte situazioni: quella del matrimonio, aperto in molti Paesi europei anche a persone dello stesso sesso, dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, della convivenza tra persone di sesso diverso o dello stesso sesso con i caratteri previsti dalla legge, di una convivenza del tutto libera, addirittura senza alcuna coabitazione. A ciascuna di queste situazioni, che pure in linea di principio possono consentire di configurare relazioni familiari, la legge attribuisce diversa valenza. Sotto altro riguardo, può affermarsi che ognuno è libero di scegliere su misura il vestito che maggiormente si adatta alle proprie esigenze affettive e relazionali, con diverse graduazioni di responsabilità e che ciascuno di questi modelli può succedersi nel tempo di vita della medesima persona. Infatti, qualunque sia la veste giuridica prescelta, l'interessato può unilateralmente e rapidamente sciogliere il vincolo giuridico di coppia o cessare la convivenza.

Tutto ciò era impensabile fino a qualche decennio fa e stravolge il contesto tradizionale. Nel diritto italiano questa prospettiva ha di recente coinvolto il problema della determinazione dell'assegno divorzile, la cui disciplina è stretta tra le contrapposte esigenze di libertà dello sposo e di solidarietà postconiugale.

Il tema contrassegna in modo differente i vari modelli europei. Significativo a questo riguardo il *clean break*, proprio della più parte degli ordinamenti di *Common Law* e che ha fatto capolino anche in quello italiano, che tuttavia non pare pronto a riceverlo. In Italia, la Cassazione ha chiarito che – in caso di accertata sperequazione economico-red-



dituale tra gli ex coniugi – spetta a quello svantaggiato un assegno la cui entità deve essere ragguagliata al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare valorizzando le aspettative professionali ed economiche sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente. Nel Regno Unito, ove è stata concepita la citata formula del *clean break*, la permanenza di vincoli economici tra gli ex coniugi è contemplata alla stregua di una soluzione del tutto residuale – cfr. § 25A(2) *Matrimonial Causes Act* –. La legge in particolare obbliga il giudicante a considerare in prima istanza l'opportunità del *clean break* e quindi di una divisione netta del patrimonio mediante *financial orders* (con la significativa eccezione della presenza di figli). I *periodical payment orders* eventualmente disposti, altresì, possono avere durata limitata in corrispondenza della raggiunta autonomia patrimoniale dell'ex coniuge beneficiario.

Con riguardo all'ordinamento tedesco, la materia è incardinata sul principio fondamentale della autoreponsabilità (§ 1569 BGB), alla cui stregua “dopo il divorzio ciascuno dei coniugi deve farsi carico del proprio mantenimento”. Coerentemente, l'assegno divorzile ricorre soltanto in ipotesi connotate da esigenze di tipo squisitamente alimentare: assolve in altri termini una funzione assistenziale ed è, peraltro, suscettibile di limitazione temporale.

In Francia, ancora, i rapporti tra ex coniugi sono ispirati alla logica della *table rase*. La materia è informata a un principio di concentrazione delle conseguenze del divorzio: con lo scioglimento del matrimonio, un'unica prestazione di capitale (la *prestation compensatoire*, art. 270, comma 2, cod. civ.), a beneficio dell'ex coniuge che soffra la disparità reddituale, adempie una funzione compensatoria, indennitaria e alimentare.

L'ordinamento spagnolo si connota invece per una maggiore vicinanza a quello italiano, contemplando una *pensión compensatoria*, prestazione tendenzialmente periodica appannaggio dell'ex coniuge che subisca un peggioramento della situazione economica successivamente al divorzio, in ragione dello squilibrio patrimoniale in seno alla coppia. L'assegno può tuttavia essere sottoposto a termine.

4. – Alla precarizzazione della relazione di coppia l'ordinamento contrappone una forte consolidazione dei legami genitoriali, attuata attraverso strumenti giuridici che in passato non avevano ragione di esistere perché i legami verticali erano garantiti dalla indissolubilità del vincolo matrimoniale, cosicché la tutela si indirizzava prioritariamente in favore dei figli legittimi.

La stabilità del legame di filiazione si presenta sotto un duplice aspetto: in primo luo-



go, con l'affermazione dello stato unico di figlio e con riguardo alle regole che, nell'ambito della crisi del rapporto genitoriale, disciplinano l'affidamento dei figli minori e gli obblighi nei confronti dei figli maggiorenni non autosufficienti; in secondo luogo, con riguardo al regime delle azioni di stato. Sotto il primo profilo occorre ricordare che, a seguito della importante riforma intervenuta nel 2012, in Italia è stato affermato lo stato unico di figlio, il che significa che la condizione giuridica del nato è indipendente dalla sussistenza del vincolo matrimoniale tra i genitori, ed è identica per tutti. Il dato di maggior interesse è che non solo è venuta meno la secolare differenziazione tra figli legittimi e figli naturali o illegittimi, ma che il matrimonio non è più la porta d'ingresso nella famiglia, in quanto il vincolo di parentela si instaura ora tra discendenti e collaterali indipendentemente dal rapporto giuridico matrimoniale dei genitori.

In altri termini la parentela non è più condizionata dal matrimonio, che ha così perduto una delle sue più essenziali finalità e si è ridotto a orpello della relazione di coppia.

All'unicità dello stato di figlio corrisponde quella delle regole che governano la responsabilità genitoriale, che sono le stesse sia nel caso di matrimonio o convivenza dei genitori sia nel caso in cui essi vivono separatamente e non coabitano. In ogni caso, i genitori esercitano la responsabilità di comune accordo e quindi devono relazionarsi tra loro per assumere le più opportune decisioni nei confronti dei figli, allo stesso modo in cui farebbero se coabitassero tutti assieme. Insomma, si è genitori per sempre e in coppia, non *uti singuli*. In maniera corrispondente, il figlio è titolare del diritto alla bi-genitorialità, cioè a mantenere identici rapporti con i genitori e con i parenti dei relativi rami anche quando questi non convivano. Sembra dunque che il legislatore esiga che le relazioni familiari come tali non risentano per il venir meno o addirittura per l'insussistenza *ab origine* della relazione orizzontale, che nel passato regime costituiva la base della famiglia.

Come abbiamo visto, c'è un altro profilo che testimonia l'intento del legislatore di rendere indissolubile il vincolo di filiazione, come è dato trarre dalla disciplina delle azioni di stato. Occorre ricordare che in origine vigeva il principio del *favor legitimitatis* che consentiva l'azione di disconoscimento della paternità solo al marito della donna coniugata, che doveva esercitarla subito dopo la nascita del figlio, in un termine molto breve. Questo da un lato garantiva la stabilità della famiglia, dall'altro sacrificava l'emersione della verità della filiazione.

Per contro, l'azione di impugnativa del riconoscimento del figlio naturale era esperibile da chiunque ne avesse interesse ed era imprescrittibile proprio in considerazione del fatto che in quell'epoca il figlio concepito fuori del matrimonio non disponeva di una



piena e incondizionata tutela e soprattutto non era giuridicamente inserito in una rete di rapporti familiari. Con le riforme degli anni Settanta ha trovato ingresso il principio della verità nei rapporti di filiazione, che poteva essere accertata in un tempo anche molto successivo a quello della nascita. Occorre anche ricordare che il principio della verità poteva finalmente trovare ingresso grazie ai progressi delle scienze mediche che, a partire dagli anni Ottanta, consentirono di escludere e di determinare con certezza la paternità del nato.

Più di recente, il nostro legislatore ha posto nuovi limiti temporali all'accertamento della verità, limiti ai quali non soggiace il figlio, per il quale le relative azioni sono imprescrittibili. Per gli altri, e particolarmente per colui che viene indicato come padre, decorsi cinque anni dalla nascita, l'azione non è più esperibile e lo stato di filiazione si consolida anche se si sia scoperto che esso non corrisponde alla verità biologica della procreazione.

Conclusivamente, l'elemento biologico ha perduto quella primaria rilevanza che gli era stata attribuita ed è stato sostituito dall'interesse del figlio – che a ben vedere riflette anche un interesse più ampio dell'intera società – alla stabilità della relazione con chi risulti suo genitore affinché venga ad essere accudito e mantenuto nel contesto relazionale in cui è rimasto collocato per un tempo significativo. In questo ambito ha assunto ampio rilievo la disciplina della procreazione medicalmente assistita, tema dibattutissimo anche in questi mesi. Anche qui lo stato del nato dipende non tanto dalla verità biologica quanto piuttosto dalla assunzione di responsabilità della coppia che accede alle tecniche.

Come è stato scritto, una tale evoluzione si è resa necessaria “in tempi ove le famiglie sono fragili, le coppie instabili e i minori sballottati da una famiglia all'altra. Il minore, come detto, rimane uno degli ultimi elementi di stabilità a partire dal quale il legislatore potrà ricostruire il diritto della famiglia”.

In questo quadro, volendo ricercare l'odierno fondamento giuridico delle relazioni familiari, torna singolarmente attuale il passo di Cicerone da cui siamo partiti. Pare infatti potersi affermare che lo scemare della *vis matrimonii* consenta di concludere che oggi la prima forma di società – che continuiamo a chiamare famiglia – piuttosto che nel matrimonio trovi il proprio fondamento nella procreazione, come del resto, secondo Cicerone stesso, avveniva in origine, se è vero che *prima societas in ipso coniugio* (vocabolo traducibile con ‘accoppiamento’) *est, proxima in liberis*. Una simile lettura appare come si è visto confermata dalle disposizioni in materia di unicità dello stato di filiazione e di responsabilità genitoriale, atteso che i genitori hanno lo stesso stato giuridico rispetto ai figli, indipendentemente dal fatto che siano coniugati e addirittura che convivano; in altri

## JUS CIVILE



termini, quindi, perché vi sia giuridicamente famiglia, non occorre il matrimonio, né che vi siano unità della casa e comunanza di beni. Gli attuali lineamenti della famiglia, pertanto, appaiono modificati, non è più il matrimonio *seminarium rei publicae*, quanto piuttosto, come ai primordi, il fatto della procreazione.

Un'evoluzione così radicale come quella che si è prodotta negli ultimi cinquant'anni può creare ad un tempo facili entusiasmi oppure desiderio nostalgico di antichi modelli.

Io credo che il giurista debba attenersi con realismo a ciò che la concreta esperienza sociale, che peraltro non segue necessariamente un percorso lineare e progressivo, sottopone alla sua indagine. A questo riguardo soccorrono le lucide parole scritte quasi cento anni fa da Thomas Mann a proposito della crisi del matrimonio, questione sulla quale già allora si rifletteva non senza preoccupazione: “In ogni campo la cosa più dannosa e più sbagliata è la restaurazione di ciò che fu, giacché indietro non si torna. Ogni evasione in forme storiche ormai svuotate di vita è oscurantismo; ogni pia repressione della conoscenza non produce che menzogna e malattia. È una pietas falsa, votata alla morte e in fondo priva di autentica fede, giacché non crede nella vita e nelle sue inesauribili forze risanatrici. La via dello spirito deve, in tutti campi, essere percorsa fino in fondo, affinché l'anima possa tornare ad essere. Non si tratta di reprimere e di restaurare, ma di assimilare, nel corpo e nello spirito, la nostra conoscenza, così da costruire una nuova dignità, una nuova forma, una nuova cultura”.

5. – Care Studentesse e Cari Studenti, oggi non si chiude solo questo Corso ma anche il mio insegnamento universitario, iniziato a Urbino nel 1985 e proseguito a Bologna dal 1987 ad oggi. In 35 anni ho tenuto migliaia di lezioni a decine di migliaia di studenti. I miei laureati bolognesi sono oltre 1.100, la più parte con tesi in diritto di famiglia, insegnamento che ho avuto l'onore di inaugurare sia nell'Ateneo di Urbino che qui a Bologna, allorché il Corso fu istituito nel 1995. Di ciò sono sempre grato ai Colleghi di allora e a Quelli di oggi.

Tutto questo non sarebbe stato se non ci fosse stato, già al primo anno di studi, nel 1969, l'incontro, per me fulminante, con il Maestro Pietro Rescigno, che saluto con memore affetto e che avrei voluto potesse ascoltarmi oggi. Voglio anche ricordare con animo grato il Maestro Francesco Galgano, che con generosità ha contribuito alla mia formazione e alla mia carriera. Saluto i miei numerosi Allievi presenti: per tutti, Luigi Balestra, Enrico Al Mureden, Margherita Pittalis, Riccardo Campione, Maria Novella Bugetti, Luisa Pascucci e Alessandra Spangaro, docenti in questo o in altri Atenei. Saluto an-

## JUS CIVILE



che i miei Collaboratori più giovani, sempre vicini e disponibili, ai quali auguro ogni successo. Ringrazio tutti, perché il Loro impegno generoso e il comune lavoro di squadra hanno permesso di realizzare tante iniziative didattiche e di ricerca: penso al Corso di perfezionamento in diritto di famiglia, ai numerosi Convegni, a partire da quello Per i cinquant'anni del codice civile, e ai lavori scientifici, come il Codice della Famiglia, il Codice delle Successioni, il Codice dell'Unione civile e delle Convivenze; penso ai Prin, i cui risultati sono consegnati ai volumi: La responsabilità nelle relazioni familiari e L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione attuale delle risorse sanitarie. Consentitemi ancora di rivolgere un saluto grato ai tanti con cui ho condiviso l'attività professionale, per tutti Barbara Ruggini e Mirco Cilotti, anche in rappresentanza delle decine di giovani che si sono avvicinati nel mio Studio in oltre quarant'anni di avvocatura. Da ultimo, ma non per ultimo, rivolgo un pensiero affettuoso a Paola, Andrea, Stefano, Nicoló, a Lorenzo, Cloe, Bianca, nata quando questo corso era appena iniziato, e a Coloro che non ci sono più, la mia famiglia.

Bologna, 23 aprile 2020