# JUS CIVILE

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

**3-2021**

*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.

JUS CIVILE

# INDICE

*pag.*

**Articoli e Saggi**

Filiazione genetica e interesse del minore: la rotta perduta è perduta? *
di *Leonardo Lenti* 613

Prelazione, e «alienazione» di un diritto *
di *Giovanni Bonilini* 629

Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti) *
di *Ugo Salanitro* 638

Le attuali sopravvenienze contrattuali tra diritto vigente e diritto vivente *
di *Roberto Senigaglia* 650

«Confidenze napoletane» e «fiducia» successoria: (antico) ritratto su (attuale) sfondo *
di *Mariano Robles* 669

«Terapie» di conversione e responsabilità genitoriale *
di *Marco Farina* 719

La comunicazione al pubblico di opere protette dal diritto d'autore nel *World Wide Web*. Limiti all'utilizzo degli *hyperlink* per viaggiare nel ciberspazio *
di *Michael William Monterossi* 736

* Contributo sottoposto a revisione.

# JUS CIVILE

*pag.*

La pandemia come circostanza eccezionale sopravvenuta ed imprevedibile e la sorte dei contratti turistici e dei contratti di trasporto aereo alla luce della normativa emergenziale: criticità e prospettive [*]

di *Maria Cimmino* 773

Le disposizioni anticipate di trattamento nel prisma della comparazione tra Italia e Germania [*]

di *Tania Bortolu* 799

**Giurisprudenza**

Il ruolo della solidarietà familiare tra nullità canonica e cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario. Note critiche in merito a Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, 31 marzo 2021, n. 9004 [*]

*Cass. civ., SS. UU., 31 marzo 2021, n. 9004*

di *Simona Attollino* 820

**Recensioni**

A. Scotti, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, *Quaderni romani di Diritto commerciale. Saggi*, n. 44, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2019, pp. XII-335

di *Andrea Barenghi* 852

W.H. Vasquez Rebaza (al cuidado de), *Principales cláusulas de la contratación privada contemporanea,* Ius et Veritas, Lima, 2021

di *Enrico Gabrielli* 857

JUS CIVILE

*LEONARDO LENTI*

*Professore ordinario di Diritto privato – Università di Torino*

# FILIAZIONE GENETICA E INTERESSE DEL MINORE: LA ROTTA PERDUTA È PERDUTA?*

SOMMARIO*: 1. L'interesse del minore nella disciplina dello stato dei figli. – 2. La verità biologica e i suoi limiti. – 3. La priorità dell'interesse del minore e le azioni per rimuovere lo stato. – 4. Il disconoscimento, l'interesse del minore e il curatore speciale. – 5. L'impugnazione del riconoscimento. – 6. L'impugnazione del riconoscimento di compiacenza. – 7. Il rapporto conflittuale tra la verità biologica e l'interesse del minore.*

**1.** – C'era una volta un diritto della filiazione: era rigido e un po' burocratico, oggetto di controversie più che altro concettualistiche. Regolava con stile ottocentesco la costituzione e la rimozione del rapporto in base a elementi del tutto oggettivi: non si curava degli sconvolgimenti esistenziali che poteva produrre alle persone coinvolte, né del loro sentire.

Poi è progressivamente entrata la soggettività, si è fatto spazio alle scelte personali dell'individuo. Questa vicenda si è articolata in più tappe e ha portato a un cambiamento radicale del diritto della filiazione: è tuttora in corso e la sua direzione è tutt'altro che chiara.

La prima tappa data dal 1975: la riforma generale del diritto della famiglia ha introdotto una valutazione individualizzata dell'interesse del minore in caso di riconoscimento tardivo. Tuttavia per una decina d'anni la Corte di cassazione non ha dato alcun peso effettivo a questa novità: ha semplicemente asserito, in modo acritico, che per un minore è meglio avere due genitori che averne uno solo. Solo nel 1986 l'ha presa in seria considerazione, sulla spinta dell'attenzione alle esigenze particolari di ciascun minore, che

* *Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Massimo Paradiso.*

sempre più intensamente connotava la giurisprudenza dei tribunali per i minorenni, cui allora apparteneva la competenza sul provvedimento di cui all'art. 250, comma 4, c.c.

Con la sentenza-trattato n. 6649 ha indicato i parametri di cui il giudice deve tener conto per decidere. È molto interessante rileggerla con l'occhio d'oggi, anche per la sua profonda assonanza con la recente C. cost. n. 127/2020. La svolta è stata però di breve durata: nel corso degli anni '90 la Corte è ritornata alla propria giurisprudenza precedente, ma aggiungendovi un'altra motivazione, diversa e destinata a un grande futuro: il diritto del genitore, rientrante nel novero dei *diritti fondamentali della persona*, di costituire il rapporto di filiazione, diritto che va assumendo un ruolo sempre più centrale nelle motivazioni. Di conseguenza, secondo l'orientamento oggi consolidato, il limite al riconoscimento tardivo, consistente nell'interesse del minore, opera soltanto in casi davvero fuori dall'ordinario.

Nel frattempo, nel 1983, la l. 184 ha aggiunto tra i legittimati attivi all'azione di disconoscimento il curatore speciale, appositamente nominato dal giudice (art. 244, comma 4°, oggi 6°), su richiesta del minore, se ha compiuto i 16 anni (oggi 14), altrimenti del pubblico ministero, cui nel 2013 è stato aggiunto l'altro genitore. Nel 1991 la Corte costituzionale, con la sentenza n. 429, ha posto una precisazione essenziale: tale nomina può aver luogo solo se è conforme all'interesse del minore.

Nel 1990 la Corte costituzionale, con la sentenza n. 341, ha stabilito che la valutazione dell'interesse del minore, prevista dall'art. 250, comma 4°, dev'essere fatta anche in caso di dichiarazione giudiziale di paternità naturale [1].

Alla fine degli anni '90 le sentenze C. cost. n. 347/1998 e Cass. n. 2315/1999 hanno stabilito l'inammissibilità del disconoscimento in caso di procreazione medicalmente as-

[1] È una sentenza – a mio avviso – errata nei principi, inutile per la tutela del minore e sciagurata per le conseguenze che ha prodotto negli anni immediatamente successivi alla sua emanazione.

È errata nei principi perché – all'opposto di quanto comunemente si legge in dottrina – ha cancellato il parallelismo tra riconoscimento tardivo e dichiarazione giudiziale, che invece prima esisteva: in caso di riconoscimento tardivo il genitore che ha riconosciuto per primo (di solito la madre) esprime la sua scelta a che il figlio abbia due genitori legali dando il consenso e il giudice non ha alcun potere di sindacato; in caso di dichiarazione giudiziale la madre esprime la medesima scelta esercitando l'azione in giudizio, ma qui il giudice ha il potere di sindacato. Introduce quindi una disparità di trattamento prima inesistente.

È inutile per la tutela del minore perché nei fatti il giudice riconosce sempre sussistente il suo interesse. Non solo, ma ha dato anche adito a tecniche difensive dei padri davvero surreali, quale quella di asserrire che averli come padri sarebbe stato contrario all'interesse dei figli!

È sciagurata perché, collocando la valutazione nella fase di ammissibilità (art. 274, poi finalmente cancellato da Corte cost. n. 50/2006), ha fatto sì che i procedimenti che avevano superato la fase di ammissibilità ed erano arrivati a quella di merito, avevano dovuto retrocedere alla fase di ammissibilità, affinché vi fosse valutato l'interesse del minore; con buona pace del principio di ragionevole durata del processo.

sistita eterologa, in nome anzitutto dell'interesse del minore a conservare il rapporto giuridico di filiazione, oltre che per non premiare il «contegno ondivago» del genitore. Oggi la regola è recepita nel formante legislativo dall'art. 9, comma 1, l. n. 40/2004.

L'ultima tappa – quella che a mio avviso ha un effetto più dirompente nel sistema, perché fa cadere ogni *certezza* dello stato – è ancora in corso: l'irruzione dell'interesse del minore nelle due più importanti azioni di rimozione dello stato, il disconoscimento e l'impugnazione del riconoscimento, può portare all'esito di permetterne il rigetto nonostante risulti che non vi è discendenza genetica.

**2.** – La verità biologica è un principio fondante della disciplina della filiazione.

Ma che cosa si intende per verità *biologica*?

Per il maschio il significato è univoco: la derivazione *genetica*, cioè dai suoi spermatozoi, sicché *biologico* e *genetico* si identificano.

Per la femmina, invece, vi sono due diversi aspetti: la discendenza *genetica*, cioè dal suo ovocita, e la *gestazione* e il *parto*. Da quando è divenuta tecnicamente possibile la fecondazione in vitro, i due aspetti possono essere scissi: quindi la verità *di gestazione e parto* e la verità *genetica* non si possono più identificare.

È una costante storica che il principio di verità stia alla base del sistema della filiazione: più precisamente, della verità genetica per l'uomo [2] e della verità biologica consistente nella gestazione e nel parto per la donna. Il formante legislativo (art. 269, comma 3, c.c.) continua a ignorare la verità genetica femminile [3]: è rimasto immutato anche con la riforma del 2013, sicché il compito di regolare la questione spetta alla giurisprudenza.

---

[2] Non è una novità, ma una costante storica, come tutti sanno: la garanzia della discendenza genetica dal *marito-padre* è uno dei fondamenti delle regole sociali e giuridiche che nelle società europee hanno governato per millenni la famiglia patricentrica e la morale sessuale femminile. La riforma del 1975 ha avuto solo l'effetto di ampliarne l'area di applicazione, cancellando o riducendo fortemente le ragioni che in passato vi si opponevano.

[3] Ciò è in linea con la tradizione scientifica plurisecolare risalente ad Aristotele, che ha dominato nella cultura europea dell'era pre-microscopica, fino a metà del XVII secolo, e nel linguaggio ha lasciato una traccia che dura tuttora: i gameti maschili erano e sono chiamati *sperma*, *seme*, facendo così un'analogia con il mondo vegetale evidentemente errata. L'embrione – secondo tale tradizione – si forma per l'azione dello sperma sul sangue mestruale femminile; lo sperma rappresenta il principio vitale (causa efficiente), che infonde l'anima del nuovo essere nella donna, mondo inerte, terreno neutro, che ha la sola funzione di accogliere il seme e di alimentarlo (causa materiale). La discendenza genetica, dunque, è solo maschile, mentre l'apporto femminile alla procreazione è costituito solo dalla gravidanza e non dall'ovocita, la cui stessa esistenza era esclusa nella dottrina aristotelica ed era controversa nella scienza dei secoli XVII e XVIII. Il fondamento culturale e sociale di una simile teoria scientifica è di tutta evidenza.

Il principio di verità è connotato da una grande *elasticità* [4]: può essere compresso in nome di altri principi, cui la società di volta in volta attribuisce un'importanza molto elevata; ma non è mai accantonato.

Così per secoli – in Italia fino al 1975 – la verità è stata limitata da tre principi. Due sono sempre ricordati: uno è la *difesa della famiglia legittima*, ragione giustificatrice della plurisecolare discriminazione verso i figli non matrimoniali e fondamento del pregresso divieto di riconoscere i figli adulterini; l'altro è il *favore per la legittimità* del figlio, fondamento dei limiti posti al disconoscimento, dell'assolutezza della presunzione di concepimento nel matrimonio e della lunghezza del suo termine, 300 giorni, eccessiva rispetto alla realtà biologica della gestazione [5].

Il terzo di tali principi è invece raramente ricordato, ma non è meno importante: la garanzia molto ampia, seppur non completa, dell'*irresponsabilità maschile* in caso di procreazione fuori dal matrimonio, che nel XIX secolo si è molto accentuata rispetto ai secoli precedenti e che costituisce il fondamento dei tradizionali limiti all'accertamento della paternità [6].

Benché tuttora si ripeta – troppo semplicisticamente – che nel diritto della filiazione vi sarebbe una contrapposizione secca tra il principio di favore per la legittimità, che l'avrebbe connotato il prima del 1975, e il principio di verità, che l'avrebbe connotato successivamente, è indubbio che quest'ultimo continui a subire limitazioni, compressioni, anche molto forti e ampie: ma in nome di valori diversi da quelli di un tempo [7].

---

[4] È come una palla, che schiacciata da una forza più o meno grande riassume poi la propria forma rotonda quando tale forza viene meno, salvo essere poi nuovamente compressa da un'altra e diversa forza e così via, man mano che cambiano la società, le idee che la governano e le esigenze che ne derivano.

[5] È proprio l'intensità della discriminazione contro i figli naturali che dava un fondamento giustificativo al favore per la legittimità: evitare il rischio di negare la condizione di legittimità a un figlio che ne aveva diritto, a costo di attribuirla in qualche caso a un figlio che non ne aveva diritto.

[6] Ai tempi del cosiddetto *ancien régime* (fino alla fine del XVIII secolo) operava in linea di massima una presunzione secondo la quale la donna che avesse avuto un figlio fuori dal matrimonio era da considerare vittima dell'inganno o della violenza; pertanto l'uomo, se identificato, era tenuto in linea generale (salvo privilegi di classe) a rimediare sposandola o dotandola. Nell'Ottocento questa sorta di presunzione era caduta: alla donna era stata riconosciuta una sufficiente capacità di autodeterminazione in materia, con la conseguenza, sfavorevole, che la violazione di un principio della morale sessuale – avere rapporti fuori dal matrimonio – era ascritta a sua *colpa* e non meritava quindi tutela. Pertanto l'uomo, cui la morale e il diritto del tempo lasciavano una libertà sessuale incomparabilmente maggiore, era in linea di massima libero da obblighi sia verso la donna sia verso il figlio che ne era nato.

[7] Nella giurisprudenza costituzionale è ormai pacifico che il principio di verità non ha una «rilevanza costituzionale assoluta», tale da sottrarlo a ogni bilanciamento: così Corte cost. nn. 272/2017 e 127/2020, sulle quali ritornerò ampiamente in seguito.

Sono molti i casi in cui oggi il principio di verità soccombe dinanzi ad altri principi.

Soccombe dinanzi al principio di priorità dell'*interesse del minore* in caso di adozione, di riconoscimento tardivo e di dichiarazione giudiziale; vi soccombe in caso di parto anonimo, ma qui è determinante anche la tutela della riservatezza e delle scelte esistenziali della madre; vi soccombe pure in caso di divieto di disconoscere il figlio nato ricorrendo alla procreazione medicalmente assistita eterologa, ma qui è determinante anche il principio di responsabilità per il fatto della procreazione e di tutela della buona fede e dell'affidamento. Soccombe infine dinanzi alla tutela della volontà della persona di diventare genitore, benché sprovvista della necessaria capacità generativa, com'è implicito nella regola stessa che ammette la procreazione medicalmente assistita eterologa.

La regola che impedisce a chiunque, tranne che al figlio stesso, di esercitare le azioni per rimuovere la paternità una volta trascorsi 5 anni dalla nascita, manifesta che il principio di verità soccombe pure davanti all'interesse del minore (in quanto tale) a conservare integri i suoi riferimenti affettivi o, più realisticamente date le circostanze, il diritto al mantenimento; e davanti all'interesse del figlio (in quanto tale) alla tutela della sua identità personale e dei suoi diritti successori [8].

Il principio di verità, infine, soccombe dinanzi alla tutela dell'identità personale del figlio su una questione che, pur diversa dal rapporto di filiazione, vi è strettamente collegata: il diritto di conservare il cognome originario, quando sia divenuto un segno della propria identità personale in senso morale e sociale, nonostante il venir meno dello stato familiare in base al quale era stato attribuito (art. 95, comma 3, d.p.r. n. 396/2000 sullo stato civile, secondo la linea tracciata da C. cost. nn. 13/1994, 297/1996, 120/2001).

**3.** – L'irruzione del principio di priorità dell'interesse del minore costituisce una novità particolarmente *eversiva* dei principi consolidati – come accennato sopra – quando fa il suo ingresso nel campo delle azioni in giudizio volte a rimuovere lo stato, il disconoscimento e l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, poiché rende lo stato soggetto a valutazioni palesemente discrezionali.

[8] Sulla difficoltà di distinguere tra interesse del *minore* in quanto tale e interesse del *figlio* in quanto tale, ma anche sulla sua necessità di tener presente tale differenza, rinvio al mio *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.

Per lungo tempo è stato categoricamente escluso che l'interesse del minore potesse paralizzare tali azioni, da chiunque fossero state promosse. Poi il principio che lo vuole oggetto di una considerazione prioritaria fa fatto la sua comparsa.

In un primo tempo la Corte costituzionale aveva escluso che il principio di verità si ponesse «in conflitto con il *favor minoris*, poiché anzi la verità biologica della procreazione costituisce una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, che si traduce nella esigenza di garantire ad esso il diritto alla propria identità e, segnatamente, all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico» [9]. A questo modo l'interesse del minore era, sì, preso in considerazione, ma non ne derivavano conseguenze dirompenti: era identificato con la verità biologica, sicché rimuovere lo stato che non le corrispondeva era dichiarato come *di per sé* conforme al suo interesse.

Nell'ultimo quinquennio le cose sono profondamente cambiate: l'identificazione dell'interesse del minore con la verità biologica è caduta e ciò ha aperto nuovi scenari, che esporrò nei due paragrafi successivi [10].

Occorre preliminarmente ricordare la differenza della legittimazione attiva alle due azioni di rimozione dello stato: al disconoscimento sono legittimati attivi il padre legale, la madre e il figlio maggiorenne, cui va aggiunto il curatore speciale; all'impugnazione del riconoscimento è legittimato attivo chiunque vi abbia un interesse di natura familiare, quindi anche il supposto padre biologico. La netta discriminazione tra figli matrimoniali ed extramatrimoniali, che ne deriva, mina fortemente il principio di eguaglianza, tanto declamato dalla riforma del 2012-2013, ed è oggetto di molte critiche in dottrina, sulle quali non è questa la sede per soffermarsi.

Per il disconoscimento l'attenzione dev'essere puntata sul caso in cui l'azione è esercitata dal curatore speciale, anzitutto sulla sua nomina e sulle sue funzioni, tenendo conto che la sua iniziativa nasce spesso da sollecitazioni del padre biologico. Per l'impugnazione del riconoscimento l'attenzione dev'essere invece puntata sul caso in cui l'azione è esercitata dal supposto padre biologico: la data la sua legittimazione attiva, la possibilità di nominare il curatore speciale, pur prevista, ha poca importanza.

---

[9] Così si legge in Corte cost. n. 7/2012; nello stesso senso vd. anche Corte cost. n. 112/1997.

[10] Non va sottovalutato il fatto che la recente irruzione della possibilità di attribuire un peso decisivo all'interesse del minore nelle decisioni sulle azioni volte a rimuovere il rapporto di filiazione non corrispondente alla verità biologica si presenta in molti casi interrelata con l'operatività effettiva del divieto di maternità per conto altrui posto dalla l. 40, con riguardo al caso di coppie sia eterosessuali sia omosessuali maschili; tema che però qui non tratterò, poiché dilaterebbe a dismisura questo articolo.

**4.** – La questione dell'interesse del minore può incidere sul disconoscimento e sul suo esito in due diverse fasi: quella della *nomina del curatore speciale*, affinché eserciti l'azione; quella della *decisione* sull'azione di stato, una volta accertato che non vi è discendenza genetica.

Il curatore speciale è nominato dal tribunale ordinario con decreto, assunte sommarie informazioni, su richiesta del minore stesso, se ha compiuto i 14 anni; altrimenti del pubblico ministero o dell'altro genitore.

Le decisioni dell'autorità giudiziaria – tanto del pubblico ministero nel richiedere, quanto del tribunale nel nominare – sono governate dal principio di priorità dell'interesse del minore: come già detto, la richiesta e la nomina sono fatte soltanto se l'esercizio dell'azione vi corrisponde [11]. La valutazione non dev'essere condotta in via astratta e generale, ma deve scendere nella specificità del caso, per cogliere il concreto atteggiarsi dell'interesse di *quel determinato* minore.

L'interesse del minore non è invece oggetto di alcun vaglio giudiziale se la richiesta di nominare il curatore proviene dal minore che ha compiuto i 14 anni, visto che è l'età a partire dalla quale la legge gli attribuisce in queste materie una serie di poteri decisionali autonomi [12].

La regola che nella nomina impone di tenere prioritariamente conto dell'interesse del figlio minore ha una forte incidenza, in linea di principio, anzitutto sulla posizione del padre biologico: dovrebbe consentir di evitare che, se i genitori decidono di non agire per il disconoscimento, questi possa aggirare la sua mancanza di legittimazione attiva sollecitando il pubblico ministero a chiedere la nomina del curatore, e il tribunale a nominarlo [13], con il rischio di scompaginare, a tutto danno del minore (qui considerato *in quanto tale*, più che in quanto figlio), l'accordo raggiunto dalla coppia di restare unita e di allevarlo come figlio comune di entrambi, senza curarsi se ciò corrisponda o meno a verità biologica [14].

Scorrendo la giurisprudenza, emerge che sono molti i casi nei quali la sollecitazione al pubblico ministero proviene invece dal giudice presso il quale è pendente un procedi-

---

[11] Corte cost. n. 429/1991: nel caso di specie il pubblico ministero era stato sollecitato a chiedere la nomina dal preteso padre biologico.

[12] Così Corte cost. n. 429/1991, § 4.

[13] La nomina non è ricorribile per cassazione secondo l'art. 111 Cost., perché privo di decisorietà e definitività (così – giustamente, a mio avviso – Cass. 8617/2017). Tale ricorribililità sarebbe invece ammessa secondo Cass. 4035/1995, con evidente finalità nomofilattica.

[14] Vd. il caso emblematico deciso da Cass. 4035/1995.

mento giudiziario, come quello per i provvedimenti di cui all'art. 333 e per quelli di cui all'art. 337-*ter* sgg., nel corso dei quali sorge il forte sospetto che lo stato del minore non corrisponda a verità biologica.

Il minore, se capace di discernimento, ha il diritto di essere ascoltato dal giudice personalmente già in questa fase del procedimento, e può così esprimere la sua posizione sulla vicenda familiare che lo riguarda. Il principio generale dell'art. 336-*bis* c.c. lo impone e il fatto che il codice definisca «sommarie» le informazioni da assumere in vista della decisione non vale a escluderlo. Se il figlio, informato delle possibili conseguenze che potrebbero derivare dalla nomina, dichiara il suo interesse a mantenere la paternità legale con la quale è cresciuto, e nel contempo il padre legale e la madre, che dovrebbero essere anch'essi sentiti, dichiarano di condividere tale scelta, la nomina non dovrebbe essere fatta, in quanto contraria al suo interesse.

Tuttavia per molti anni è spesso accaduto che tra le «sommarie informazioni» da assumere (art. 244, comma 6) non fosse compreso l'ascolto del minore, neppure se capace di discernimento, con la conseguenza di una nomina compiuta senza gli opportuni accertamenti individualizzati sul suo interesse.

Apro qui una breve parentesi sulla figura del curatore del minore. In tutti i procedimenti che coinvolgono il minore la sua funzione non è, né dovrebbe essere, meramente burocratica. Ha il preciso dovere di cercar di instaurare una relazione diretta con il minore, quanto più possibile empatica, che ispiri a quest'ultimo fiducia in lui. Deve informarlo sulla vicenda processuale e sulle sue possibili conseguenze; deve dargli tutte le spiegazioni opportune affinché raggiunga la massima consapevolezza possibile della situazione in cui si trova e di quella in cui potrà trovarsi al termine del giudizio (art. 10 Conv. Strasburgo 1996 sull'*esercizio dei diritti dei minori*, ratificata con l. n. 77/2003). Inoltre, e soprattutto, ha il delicato compito di cercar di conoscerne e interpretarne le opinioni e le aspirazioni, i desideri e le paure, i sentimenti e le emozioni su tutte le questioni in discussione nel procedimento giudiziario per il quale è stato nominato: in linea di massima deve ispirare la sua condotta processuale a farle valere, salvo ciò sia di sicuro pregiudizio per il minore [15].

[15] L'art. 2, comma 2 della Convenzione ONU sui diritti del minore (1989) stabilisce che «gli Stati parti adottano tutti i provvedimenti appropriati affinché il fanciullo sia *effettivamente tutelato* contro ogni forma di discriminazione o di sanzione motivate dalla condizione sociale, dalle attività, *opinioni professate o convinzioni* dei suoi genitori, *dei suoi rappresentanti legali* o dei suoi familiari» (corsivi miei). Leggendo questa norma in connessione con l'art. 12, comma 1 della stessa Convenzione sul diritto di esprimere liberamente la propria opinione, emerge il ruolo che la Convenzione attribuisce all'opinione del minore capace di

Il curatore non deve mai ridursi a svolgere, nei fatti, una funzione sostanzialmente diversa da questa. Ne tradirebbe gravemente lo spirito, se la interpretasse invece come solo burocratica e formale, oppure – il che è peggio e non è affatto raro – come una sorta di mandato pressoché imperativo conferitogli dall'autorità giudiziaria, quasi agisse "nell'interesse della legge" allo scopo di far trionfare la verità genetica [16].

Quando il curatore è nominato e si giunge quindi al processo per il disconoscimento, è importante tener conto dell'assetto degli interessi contrapposti, coinvolti nella controversia giudiziaria: non è affatto indifferente quale sia la *persona che agisce* in giudizio e quale sia la *condotta processuale* delle parti [17].

Il conflitto d'interessi tra i genitori legali e il figlio minore, da una parte, e il curatore che dovrebbe rappresentare quest'ultimo, dall'altra, emerge ben chiaro quando nel corso dell'azione di disconoscimento esercitata dal curatore del minore, cui si oppongono sia la madre sia il padre legale, quando viene finalmente il momento in cui il minore è ascoltato e dichiara il suo desiderio di mantenere la paternità legale con la quale è cresciuto. Dietro al curatore fanno evidentemente capolino due soggetti privi di legittimazione attiva, il preteso padre biologico, il cui intento è rimuovere l'ostacolo al proprio riconoscimento, e il pubblico ministero, il cui intento potrebbe solo essere quello di garantire la verità genetica, nel presupposto che ciò corrisponda a un interesse pubblico generale. Sono casi in cui è evidente che la nomina del curatore non avrebbe dovuto aver luogo, perché contraria all'interesse del minore: ci si trova dinanzi, infatti, a una famiglia che appare unita, nella quale entra, a scompaginarla, l'azione di un estraneo, il curatore [18]. Il quale però, in linea di principio astratto, non dovrebbe tenere la condotta che ci si può aspettare da un estraneo, essendo il soggetto che ha il compito legale di rappresentare il minore e di far valere la sua voce, il suo interesse.

I casi in cui l'azione di disconoscimento è esercitata dal curatore, il padre legale ne chiede il rigetto e il figlio dichiara che non intende affatto *cambiare* padre erano assai improbabili ancora due decenni fa, ma negli ultimi anni incominciano a ricorrere in giurisprudenza con qualche frequenza. Sono casi in cui la nomina del curatore speciale ha

---

discernimento: è *prioritario* rispetto all'opinione del suo rappresentante legale, tanto più se si tratta di persona diversa dai suoi genitori.

[16] E in altri casi per affiancare il pubblico ministero e rafforzarne la posizione, in piena sintonia con lui: merita di essere segnalato che nella gran maggioranza dei procedimenti per l'adottabilità il curatore o il tutore provvisorio del minore sostengono la necessità di pronunciare l'adottabilità e se non è pronunciata è frequente che impugnino. Una tale costanza statistica mi sembra sospetta.

[17] Lo sottolinea anche Cass. 8617/2017.

[18] Lo evidenzia App. Bologna, 27 marzo 1993, ined., ma confermata da Cass. 4035/1995.

avuto luogo in base ad accertamenti evidentemente troppo astratti e superficiali; e comunque senza ascoltare il figlio. Poi però, nella fase del merito, tale nomina appare gravemente improvvida per il bene del figlio minore: ciò anzitutto a causa della sua decisa opposizione, emersa finalmente al momento del suo ascolto e proprio grazie a questo, e non certo grazie alla formale rappresentanza del curatore.

Quando la vicenda giunge a questo punto, i rimedi astrattamente ipotizzabili per dare un rilievo decisivo al suo interesse mi sembrano due: quello di prevedere che l'azione possa essere respinta solo in nome dell'interesse del minore, la cui valutazione è affidata alla prudente discrezionalità del giudice; e quello di ammettere che nella fase di merito si possa rinnovare la valutazione fatta al momento della nomina del curatore, se il disconoscimento corrisponde o meno all'interesse del minore.

Un recente orientamento di parte della giurisprudenza di cassazione accoglie questo secondo rimedio: premesso che la legittimazione attiva del curatore ha fondamento nella tutela dell'interesse del minore e che è stabilita da un provvedimento condizionato alla clausola *rebus sic stantibus*, la relativa valutazione dev'essere rinnovata nel corso del procedimento di merito, quanto meno al fine di accertare se sia ancora sussistente. Pertanto se il disconoscimento risulta essere contrario all'interesse del minore, l'azione non può essere accolta perché la legittimazione del curatore si considera venuta meno [19].

L'introduzione del termine di 5, trascorsi i quali il disconoscimento più essere proposto se non dal figlio stesso, rende questi casi statisticamente marginali per il futuro; ma per qualche anno ancora relativamente frequenti.

**5.** – La legittimazione attiva a impugnare il riconoscimento è attribuita a chiunque vi abbia un interesse di natura familiare: quindi anche al preteso padre genetico. Questi può dunque agire direttamente e personalmente, a differenza del disconoscimento. Qui dunque manca il filtro dell'interesse del minore, che in caso di disconoscimento opera al momento della decisione sulla nomina del curatore.

[19] In questo senso vd. Cass. 26767/2016, che ripercorre ampiamente l'evoluzione in materia della giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni, seguita da Cass. 8617/2017; vd. in senso opposto Cass. 4020/2017, che ritiene tale interpretazione «priva di basi normative». Vd. inoltre Trib. Como, 13 marzo 2019, che sceglie un'altra via: nonostante il disconoscimento, azionato dal curatore speciale in pendenza della separazione giudiziale della coppia e motivato da dichiarazioni ivi fatte della madre, decide – vista l'indiscussa grave inadeguatezza di costei – di affidare la figlia al servizio sociale con collocazione presso il padre d'affetti, anche se non più legalmente tale, e gli suggerisce di adottarla come figlia del proprio coniuge (art. 44, comma 1, lett. *b*, l. n. 184).

Anche qui, come per la legittimazione attiva alle due azioni di rimozione dello stato, emerge un evidente fondo di favore per la famiglia matrimoniale, nonostante le parole tante volte declamate: la sua intimità è infatti protetta contro le intrusioni provenienti da un terzo molto meglio di quanto sia protetta l'intimità della famiglia non matrimoniale. Ciò è incoerente non solo con il principio dell'unicità dello stato di figlio, ma anche con l'operazione – di valore più che altro psico-lessicale – di cancellare le qualifiche di *legittima* e di *naturale* che comparivano nei testi normativi come attributi della parola *famiglia*, compiuta dal d.lgs. n. 154.

Pur in mancanza di un filtro espressamente previsto dalla legge, a fine anni '80 si è formato un orientamento – derivante, almeno inizialmente, da un mero concettualismo processualistico – che finiva con il raggiungere un risultato simile a quello descritto nel paragrafo precedente per il disconoscimento: era asserita la necessità di provare l'*assoluta impossibilità* della discendenza genetica, dunque una prova particolarmente rigorosa [20]. Ne conseguiva che il rifiuto del minore di sottoporsi alla prova dei marcatori del DNA, spalleggiato dalla madre, non aveva il medesimo peso decisivo a sfavore delle sue pretese che aveva nelle altre azioni di stato, in particolare nel disconoscimento e nella dichiarazione giudiziale di paternità.

Questo orientamento è stato abbandonato di recente: è stato giustamente definito «anomalo ed eccentrico rispetto all'altra giurisprudenza sulle azioni di stato» [21] e incompatibile sul piano logico con i principi che sottostanno al nuovo art. 263. Dovrebbe conseguirne che anche in caso di impugnazione del riconoscimento il rifiuto ha valore di prova, per lo più decisiva, contro chi lo oppone, salvo motivi gravissimi (art. 116, comma 2, c.p.c.). I primi sviluppi di questo nuovo orientamento non sembra però abbiano effettivamente modificato l'esito del processo, ma solo la motivazione della decisione. Il rifiuto del minore, se capace di discernimento, di sottoporsi alla prova genetica è infatti ritenuto giustificato con una larghezza ben maggiore di quella consueta nelle altre azioni di stato, ma con un argomento diverso da quello precedente: con il suo interesse a non veder turbata la propria condizione esistenziale [22].

A questo modo l'esito del giudizio finisce con l'essere molto simile a quello che sarebbe derivato dall'orientamento precedente, pur con una motivazione diversa. Ed è anche sostanzialmente analogo, pur percorrendo una via tecnicamente del tutto diversa, al-

[20] Vd. tra le molte Cass. 17970/2015, 17095/2013, 10585/2009.

[21] Così per prima Cass. 1859/2016, seguita da Cass. 30122/2017, 18140/2018.

[22] Vd. Cass. 18140/2018 e 4791/2020.

l'esito che deriva dall'orientamento accennato nel paragrafo precedente a proposito del disconoscimento azionato dal curatore speciale.

**6.** – In questo quadro legislativo e giurisprudenziale ha fatto irruzione la recentissima C. cost. n. 127/2020, che riguarda un caso particolare, che continua a ricorrere con una qualche frequenza, benché molto minore che in passato: quello del riconoscimento scientemente falso, tradizionalmente detto *riconoscimento di compiacenza*.

In forza del principio codicistico secondo il quale il riconoscimento deve corrispondere a verità, le norme di legge non distinguono tra il caso in cui l'autore del riconoscimento non è consapevole della sua falsità e il caso in cui ne è consapevole, ma ciononostante lo effettua [23]: la sua impugnazione è pertanto ammessa comunque, con la conseguenza patrimoniale che la legge, permettendo all'uomo di liberarsi del rapporto di filiazione [24], gli permette di liberarsi anche dall'impegno di mantenere il figlio.

La Corte costituzionale, con la sentenza 127/2020, in assonanza con i principi indicati nella precedente sentenza 272/2017 [25] afferma che la falsità del riconoscimento, almeno nel caso in cui sia certamente consapevole, non impone l'accoglimento dell'impugnazione: «il bilanciamento tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto e il favore per la verità del rapporto di filiazione – afferma – non può costituire il risultato di una *valutazione astratta e predeterminata* e non può implicare ex se il sacrificio dell'uno in nome dell'altro. L'esigenza di operare una razionale comparazione degli interessi in gioco, alla luce della *concreta situazione dei soggetti coinvolti*, impone al giudice di tenere conto di tutte le *variabili del caso concreto*, sotteso alla domanda di rimozione dello status» (§ 4.3 della sentenza, corsivi miei), fra le quali vi sono «sia il legame del soggetto riconosciuto con l'altro genitore, sia la possibilità di instaurare tale legame con il genitore biologico, sia la durata del rapporto di filiazione e del consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento […], sia, infine, l'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore». L'identità perso-

[23] Anche se potrebbe integrare i reati di falso ideologico (art. 483 c.p.) o di alterazione di stato (art. 567 c.p.).

[24] Vd. Cass. 5886/1991 e da ultima Cass. 30122/2017. Segnalo qualche raro precedente in senso opposto: Trib. Civitavecchia, 23 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 2205, e Trib. Roma, 17 ottobre 2012, in *NGCC*, 2013, I, 349, con nota di M.G. STANZIONE.

[25] Vd. inoltre, nello stesso senso, Cass. 4791/2020, cit.

nale del figlio, dunque, è fondata non solo sul dato biologico, ma anche sui legami affettivi e personali sviluppati nella famiglia [26].

Anche qui dunque, come per il disconoscimento (vd. § 13®), l'accertata mancanza del legame genetico non dovrebbe portare necessariamente ad accogliere la domanda, ma imporrebbe al giudice di operare il bilanciamento descritto sopra, ispirandosi alle variabili indicate dalla Corte.

Anche qui, come per il disconoscimento, l'introduzione del termine di 5, trascorsi i quali l'impugnazione del riconoscimento non può più essere proposta se non dal figlio stesso, rende questi casi statisticamente marginali per il futuro; ma per qualche anno ancora relativamente frequenti.

**7.** – L'interesse del minore sembra così assurgere a un'importanza tale da impedire che le azioni di rimozione dello stato siano accolte, nonostante sia accertata che manca la discendenza genetica. La spinta forse decisiva in tal senso viene dal crescente peso attribuito dal diritto – di fonte legislativa e giurisprudenziale, interna e internazionale – all'*autodeterminazione del minore* interessato, purché sia abbastanza maturo per compiere le scelte fondamentali di vita sulle questioni di carattere personale.

Il giudice può così assecondare la sua eventuale volontà di mantenere la relazione giuridica con il padre legale, purché espressa in modo fermo e chiaro al momento dell'ascolto; e purché sia da costui condivisa, opponendosi al disconoscimento e all'impugnazione del riconoscimento. Come si vede l'*ascolto* del minore capace di discernimento – prescritto in via generale da più norme, tra le quali spicca l'art. 336-*bis* c.c. – oltre che legalmente indispensabile, finisce in questi casi con l'assumere, nei fatti, un valore *determinante*.

Ciò è logicamente coerente con il principio che ammette la conservazione del cognome nonostante il venir meno dello stato familiare dal quale deriva (art. 95, comma 3, d.p.r. n. 296/2000); anzi, che ne è un'importante estensione, perché a questo modo non solo è possibile conservare il cognome, ma diviene possibile conservare anche lo stato stesso.

---

[26] Sottolineo ancora la somiglianza tra queste affermazioni e quelle contenute in Cass. 6649/1986, sull'interesse del minore in caso di mancato consenso al riconoscimento tardivo: Corte cost. n. 127/2020 potrebbe innescare una rivisitazione dell'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato sull'art. 250 c. 4°, dando un maggior peso all'interesse del minore a conservare la propria condizione familiare monogenitoriale, se corresse il rischio di essere turbata in modo rilevante dal secondo riconoscimento, come stabilito dalla sentenza 6649.

Tutto ciò produce – a mio avviso – una rilevante lesione del principio di certezza del diritto in materia di stato delle persone. Mi sembra che si stia navigando in una gran tempesta e che non si disponga di strumenti di orientamento sicuri e, soprattutto, largamente condivisi. Con queste parole non intendo esprimere un giudizio di valore negativo su quanto sta accadendo: oggi non mi sentirei proprio farlo. Ma intendo solo esprimere l'incertezza e la confusione che mi vedo davanti.

Questa sensazione di incertezza e confusione è confermata anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Dietro ai proclami sulla priorità dell'interesse del minore, costantemente ripetuti con enfasi, emergono regole operative non univoche, che mi sembra ne diano differenti configurazioni; e soprattutto che, nel necessario bilanciamento con i diritti e gli interessi dei padri biologici, giungano a risultati assai diversi fra loro. Emblematiche sono le conclusioni, in buona sostanza opposte, cui giungono due note sentenze in materia, spesso richiamate come precedente: *Ahrens c. Germania* (2012) e *Mandet c. Francia* (2016), entrambe a proposito dell'impugnazione di un riconoscimento che era molto probabile fosse consapevolmente falso [27].

Nel caso *Ahrens* si tratta di una neonata, sicché il suo ascolto è ovviamente escluso. Questi i fatti: la figlia nasce qualche mese dopo l'inizio di una convivenza, è riconosciuta dal convivente della madre prima della nascita e vive con loro; pochi mesi dopo un uomo – un *ex* della madre – impugna il riconoscimento: la prova biologica, rinviata più volte per la condotta della madre e del padre legale, lo indica come padre genetico. L'azione è giudicata inammissibile, perché il diritto tedesco ammette l'impugnazione del padre biologico solo se concorrono queste circostanze: una dichiarazione giurata di aver avuto rapporti sessuali con la madre nel periodo del concepimento, la formazione di un rapporto di fatto con il figlio e la completa assenza di rapporti di fatto tra il padre legale e il figlio (§ 1600 *abs*. 1° n. 2 e *abs*. 2° *BGB*): nel caso di specie mancavano il secondo e il terzo requisito.

La Corte ha escluso che l'inammissibilità dell'impugnazione fosse un'interferenza indebita nella vita familiare, poiché questa non si era mai formata, dato che la relazione tra la madre e il padre biologico aveva «natura puramente sessuale» e non intendeva dare vita a un nucleo familiare (§ 59). Eppure in altre sentenze la Corte aveva considerato leso – pur «eccezionalmente» – il diritto alla vita familiare anche se questa non si era potu-

[27] Sono entrambe della 5ª sez. della Corte ed è rilevante che l'unico giudice presente in entrambi i collegi (Nussberger) abbia assunto la stessa, coerente, posizione: favorevole nella sentenza *Ahrens*, dissenziente, con un'ampia opinione, nella sentenza *Mandet*. Ciò evidenzia come si tratti di due decisioni di segno davvero opposto.

ta sviluppare per motivi estranei alla volontà del ricorrente (vd. *Anayo c. Germania*, 2010, e *Pini e altri c. Romania*, 2004). Quanto all'interferenza nella vita privata del padre – unica vita privata presa in considerazione – la Corte premette che si deve distinguere tra il diritto di instaurare con la figlia un rapporto di fatto e il diritto di costituire il rapporto giuridico. Le sue ripetute affermazioni secondo le quali la formazione di un rapporto di fatto dev'essere sempre garantita, salvo sia contrario all'interesse del minore coinvolto nella vicenda, non implicano che debba essere altrettanto garantita pure la costituzione del rapporto giuridico: il margine di apprezzamento lasciato agli Stati in proposito è ampio, data la differenza tra le loro legislazioni (§ 75). Nel caso di specie l'esistenza di un saldo legame familiare tra il padre legale e la bambina, che per il diritto tedesco preclude l'impugnabilità del riconoscimento, costituisce un'ingerenza *giustificata* nella vita del padre genetico.

Nel caso *Mandet* si tratta di un bambino in età preadolescenziale (10 anni), il cui ascolto in linea di principio dovrebbe invece avere un peso rilevante nella decisione. Questi i fatti: il bambino nasce 2 mesi dopo il divorzio dei genitori (che hanno già altri 3 figli comuni); dopo 1 anno l'ex marito della madre lo riconosce, il nucleo familiare si ricostituisce e poco dopo la coppia si risposa; 9 anni dopo la nascita, il probabile padre genetico impugna in giudizio il riconoscimento – come l'ordinamento francese gli consente – e ne ottiene l'annullamento, nonostante l'opposizione del padre legale: la motivazione principale indica come interesse prioritario del figlio minore la verità biologica, nonostante quest'ultimo, ormai decenne, avesse dichiarato al suo curatore e al giudice in forma scritta – non era stato possibile sentirlo perché la famiglia viveva all'estero – di non voler modificare il proprio stato.

La Corte ha escluso che l'annullamento fosse un'interferenza indebita nella vita familiare del minore e della sua famiglia, cioè della relazione di fatto tra figlio, madre e marito, grazie al fatto che il minore era rimasto a vivere con loro (§ 58). Quanto alla relazione giuridica, ha condiviso l'operato dell'autorità giudiziaria francese, affermando che vi è *coincidenza* tra il diritto del padre biologico di effettuare il proprio riconoscimento, previa rimozione dello stato di figlio dell'altro uomo, e l'interesse del figlio minore alla verità genetica (§ 57). Una simile valutazione del suo interesse è evidentemente *astratta*, come mette bene in evidenza l'opinione dissenziente (§ 10), ed è in conflitto con le costanti declamazioni della Corte, secondo le quali l'interesse del minore, invece, dovrebbe essere sempre valutato *in concreto*. Così facendo, mi sembra che la Corte tuteli in realtà il diritto dell'adulto, senza curarsi del benessere di *quel* minore: proprio al contrario di quanto deciso nella sentenza *Ahrens*.

L'orientamento della sentenza *Mandet* è stato poi sostanzialmente accolto anche nelle sentenze *L.D. e P.K. c. Bulgaria* (2017) e *Koychev c. Bulgaria* (2021), sicché mi sembra vada stabilizzandosi.

Guardando al diritto vivente italiano, tale orientamento – che privilegia in modo forte il dato genetico – mi pare vada in direzione opposta rispetto all'orientamento che emerge dalla sentenza 127/2020 della Corte costituzionale e si ricolleghi piuttosto a quello di C. cost. nn. 112/1997 e 7/2012.

L'incertezza e la confusione sono dunque grandi: tutto sta cambiando e non vedo mete chiare e condivise verso le quali andare, ma solo un vagare or qua e or là, sulla spinta turbinosa e cangiante dai venti. La rotta, al momento, mi sembra perduta.

JUS CIVILE

*GIOVANNI BONILINI*

*Professore ordinario di Diritto civile – Università di Parma*

# PRELAZIONE, E «ALIENAZIONE» DI UN DIRITTO*

SOMMARIO*: 1. Alienazione del diritto, cui sia riferito il diritto di preferenza, e inadempimento della prelazione. – 2. L'alienazione del diritto posto a oggetto di prelazione testamentaria. – 3. Diritto di prelazione, e "alienazione" per mezzo della donazione. – 4. Considerazioni conclusive.*

**1.** – Non è infrequente, che il patto di prelazione, oppure la clausola di prelazione, o, ancóra, la disposizione testamentaria contemplante la prelazione, riferisca il diritto di preferenza alla "alienazione" di un dato diritto. Altrettanto è a dirsi, con riguardo a talune norme di legge e, per tutte, si rammenti quella affidata all'art. 732 c.c., che riferisce, appunto, la prelazione ereditaria, alla "alienazione", a un estraneo alla comunione, di quota ereditaria o di parte di essa.

La valenza generale, se non la genericità, del termine "alienazione", comporta, non di rado, problemi interpretativi, in relazione, soprattutto, all'invocato inadempimento della prelazione.

In altri termini, un ulteriore profilo della questione: «inadempimento della prelazione», è rappresentato, appunto, dalle fattispecie, in ordine alle quali, l'obbligazione di preferire, sorgente da clausola, patto, oppure testamento, si riferisca.

È intuitivo che non dovrebbero sorgere problemi, allorquando la clausola, o la disposizione testamentaria, di prelazione sia confezionata nel senso che debba essere rispettata, a titolo di esempio, solo se si venderà un dato diritto; altrettanto è a dirsi, su altro piano, allorquando essa alluda alla locazione, al dare a mutuo, oppure in comodato, *etc*. In altri termini, dovrebbero essere assenti interrogativi ermeneutici, là dove la manifestazione di volontà sia stata formulata in termini tecnicamente precisi, inequivoci, esaustivi.

---

* Contributo destinato agli Studî in onore di Giuseppe Vettori.

Altresì è a dirsi, allorquando il contesto, in cui sia stata calata la previsione del diritto di prelazione, consenta un'agevole, quasi immediata, individuazione del mezzo tecnico di trasmissione del diritto divisato, come è a dirsi, a modo di esempio, allorché sia indiscutibile che il diritto di prelazione sia operativo solo allorquando debba essere erogato un prezzo, il che riporta, con immediatezza, al contratto di compra-vendita.

Può darsi l'ipotesi, peraltro frequente, che le parti, o il testatore, facciano invece impiego, anziché di un vocabolo, tecnico, perspicuo, quindi immediatamente intelligibile, di un termine, che si presti, invece, ad abbracciare più di uno schema negoziale.

Il termine «alienazione», appunto, è impiegato spesso, data anche la riscontrata prevalenza statistica delle occasioni di riferimento del diritto di prelazione al trasferimento della proprietà su un dato bene.

Quel termine, per la sua onnicomprensività, può dare àdito, come anticipato, a fraintendimenti, e controversie [1]. Se codesta espressione, infatti, può apparire concettualmente precisa nel linguaggio tecnico-giuridico, assume però contorni meno definiti, nel linguaggio quotidiano [2].

Orbene, l'interprete, usando l'espressione menzionata, intende alludere alla separazione di qualcosa da qualcuno [3]; alienare, appunto, esprime l'idea di far diventare estraneo a un soggetto, al suo patrimonio, alla sua potestà, un *quid* qualsivoglia [4].

---

[1] Il problema si è posto *ab antiquo*; v., per tutti, E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Milano, 1964, rist., p. 275; più di recente, v. G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 12, alla nota 26, e, *ivi*, il catalogo dei negozî, nei confronti dei quali, la Novella di Romano Lacapeno escludeva potesse esercitarsi il diritto di prelazione.

V. anche, di recente, G. BONILINI, *Se il termine "alienazione" di un bene, cui sia riferito il diritto di preferenza, attenga alla sola vendita del bene*, in *Patto e clausole di prelazione*, a cura di G. BONILINI, Pisa, 2016, p. 283 ss.

Per un'indagine di dettaglio, v. U. GREGO, *Note a F. Glück*, *Commentario alle Pandette*, L. XVIII, trad. it., già diretta da F. Serafini e continuata da P. COGLIOLO e C. Fadda, Milano, 1901, p. 507 ss., in ordine alla *venditio gratiosa*.

Infine, per un esame attento del concetto, che compendia il termine «alienazione», si vedano R. DE RUGGIERO, voce *Alienazione*, in *Dizionario prat. dir. priv.*, diretto da V. Scialoja, vol. I, Milano, s.d., p. 139 ss. e S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, s. d., ma 1958, p. 1 ss.

[2] Di necessità, quindi, anche nel linguaggio testamentario, specie se si consideri la forma olografa. Il problema, però, può porsi anche riguardo all'atto di notaio; considerate le difficoltà, che possono sorgere dall'impiego di un termine polisenso, o, meglio, estremamente comprensivo, qual è, appunto, l'espressione «alienazione», è auspicabile che vi sia l'accertamento della volontà del testatore, onde sia fatto impiego, nell'atto, di espressioni tecniche, quindi capaci di non rendere accidentata la vita e gli effetti della disposizione (v. anche, *infra*, § 2).

[3] S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, cit., p. 1, e già F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, vol. IV, Torino, 1889, pp. 28-29.

Con linguaggio differente, *alienazione* è il trasferimento della proprietà, che si realizza con la vendita, la permuta, la donazione, *etc*., cioè a dire con i negozî *inter vivos* tradizionalmente più importanti, atti a realizzare quel risultato [5].

Se ciò è vero, è ugualmente vero che, di fronte a un negozio, o a una clausola o disposizione, che impieghi quell'espressione, si possa porre il quesito, se si sia voluto effettivamente utilizzarla con una volontà onnicomprensiva, o se si sia alluso soltanto alla compra-vendita del bene [6]; compra-vendita, che, nella mentalità quotidiana, è l'atto traslativo per eccellenza [7].

È facile riconoscere, dunque, che potrà prospettarsi la violazione della prelazione, allorché il soggetto passivo abbia permutato [8], o conferito in società [9], il diritto, la cui «alienazione» comportava il rispetto di una posizione di preferenza, e, ovviamente, senza porre in essere alcuna attività diretta ad appurare, se il prelazionario intendesse avva-

---

[4] R. DE RUGGIERO, voce *Alienazione*, cit., p. 139; S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, cit., p. 1.

[5] S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, cit., p. 1. Cfr., inoltre, R. DE RUGGIERO, voce *Alienazione*, cit., p. 140, il quale precisa che la controversia circa la comprensione, oppure no, nel termine «alienazione», degli atti di ultima volontà, va risolta nel senso che – seppure quegli atti possano esservi ricompresi, in quanto partecipanti dei caratteri proprî dell'alienazione – l'uso comune ha accolto, sotto quel nome, solamente gli atti *inter vivos*; pertanto, è a questi che deve alludersi, allorché sia fatto impiego di quella espressione. Analogamente, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, rist., p. 48.

[6] Identico problema, è noto, si è posto, all'interprete, nei confronti, a titolo di esempio, della norma affidata all'art. 732 cod. civ., che, nel fissare la prelazione legale del coerede, fa impiego, appunto, del termine «alienazione».

Per una chiave di lettura, v. U. MORELLO, *Alienazione di quota e prelazione del coerede*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1967, p. 430 ss., *ivi*, p. 446 ss., spec. pp. 448-449, il quale conclude nel senso che «alienazione», di cui all'art. 732 cod. civ., significhi «vendita».

Sul problema, v. anche G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., pp. 20 e 21, *ivi*, ulteriori riferimenti.

[7] Che la prelazione sia tradizionalmente associata alla vendita, è opinione storicamente consolidata. Si veda, anche per i richiami, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 9 ss.; cfr., inoltre, L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1946, p. 407.

[8] Per l'opinione, secondo la quale il patto di prelazione si applica solo nel caso di (ri)vendita del bene, e, dunque, non in ipotesi di permuta, v. C. L. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, vol. I, Torino, 1914, II ed., p. 930. V. anche: T. CUTURI, *Della vendita. Della cessione e della permuta*, in *Il diritto civile italiano*, già diretto da P. Fiore e continuato da B. Brugi, Napoli-Torino, 1923, rist. della II ed., p. 582; E. PACIFICI MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato*, vol. XII, *Trattato della vendita*, I, Torino, 1929, ed. riv. da G. Venzi, p. 244.

[9] Nel senso che la prelazione, *ex* art. 38 della così detta legge sull'equo canone, non opera, ove l'immobile sia conferito in società di capitali, v. Trib. Treviso, 22 aprile 1982, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 658 ss., con *Osservazioni* di F. PADOVINI.

Sul generale problema, v. anche, nella giurisprudenza francese, Cass., 5 mars 1951, in *Sem. jur.*, 1951, II, 6496, con *Observations* di J. C. LAURENT, e Trib. civ. Périgueux, 25 mars 1952, *ivi*, 1954, II, 7899, con *Observations* di D. B.

lersi del proprio diritto. Analogamente è a dirsi nel caso di «alienazione» del diritto attraverso la *datio in solutum* [10], la donazione [11], la transazione [12], la rendita vitalizia [13], l'assegnazione in sede di asta pubblica [14]. Il problema si è posto, inoltre, relativamente al riporto [15].

Orbene, seppure generalmente infruttuoso, si rivela spontaneo l'invito all'impiego di espressioni immediatamente enunziative dei negozî, in relazione ai quali, la clausola, *etc*., di prelazione spiegherà effetti. Tant'è: la legge stessa non si sottrae all'ambiguità della parola «alienazione», che, come già ricordato, impiega, a titolo di esempio, nell'art. 732 c.c.

Non resta, pertanto, che ricercare le regole, che possano, comunque, risolvere il problema in esame.

Mi pare agevole precisare subito che occorra sempre sondare la concreta volontà delle parti, onde si capisca a quale vicenda, o a quali vicende, si volesse riferire la prelazio-

---

[10] Sebbene le *dationes in solutum* non siano vere alienazioni, la prelazione fu presto estesa anche alle medesime: E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, cit., p. 275.

Nel senso che, ai fini prelatizî, la *datio in solutum* debba essere equiparata alla vendita, v. U. GREGO, *Note a F. Glück*, *Commentario alle Pandette*, L. XVIII, cit., p. 507 (e p. 508), nota b.

*Contra*, C. L. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 930.

[11] Sul punto, v. Cass., 28 febbraio 1953, n. 486, Est. Torrente, in *Foro it.*, 1953, I, (c. 794 ss.), c. 796. V., inoltre, F. D. BUSNELLI, *La prelazione nell'impresa familiare*, in *Riv. not.*, 1981, I, p. 810 ss., *ivi*, p. 821, il quale è nel senso della radicale impossibilità di privare il donante del potere di realizzare l'intento liberale.

[12] Cfr., ancóra relativamente alla prelazione *ex* art. 230-*bis* c.c., F. D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 821, *ivi*, riferimenti.

[13] Esclude che la prelazione operi, se vi sia stata cessione per una rendita vitalizia, C. L. GASCA, *Trattato della compra-vendita civile e commerciale*, vol. I, cit., p. 930. *Adde* E. PACIFICI MAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 244. Analogamente, per il vitalizio alimentare, in ordine alla prelazione agraria, Cass., 30 ottobre 1980, n. 5855, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 519 ss., con nota di E. PEREGO, *La prelazione legale e l'infungibilità della controprestazione*.

[14] Nel senso che il diritto di prelazione possa essere esercitato anche nel caso in cui, alla rivendita del bene, si proceda con l'esperimento dell'asta pubblica, v. App. Milano, 6 dicembre 1935, in *Mon. trib.*, 1936, p. 308. Per la precisazione che il diritto si concreta nella facoltà di sostituirsi al maggior offerente, e, quindi, ad asta definitivamente chiusa, sicché il sistema più semplice è quello di aggiudicare il bene sotto condizione che, entro un termine prefissato, non sia esercitato il diritto di prelazione, v. Cass., 2 febbraio 1937, in *Mon. trib.*, 1937, p. 262 ss., spec. p. 263. Cfr. anche Cass., 24 marzo 1981, n. 1700, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2023 ss., con nota di E. PEREGO, *La notifica della prelazione legale a chi non spetta*.

[15] Nel senso che, alla luce dell'interpretazione del patto, il termine «alienazione» vada inteso, non già nel significato ampio, bensì in quello più ristretto di vendita, e, pertanto, si è escluso che esso comporti l'estensione del diritto al riporto, v. App. Perugia, 20 luglio 1955, in *Rass. giur. umbra*, 1955, p. 108 ss., spec. p. 110. Soluzione differente, però, sembra emergere dalla pronunzia resa da Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 548 ss., particolarmente c. 552.

ne [16]. È *quaestio voluntatis*, invero, accertare se la prelazione risultasse accordata in ordine a tutti i negozî, che possano comportare il passaggio della titolarità di un diritto da un soggetto a un altro, oppure solamente a quelli a titolo oneroso, e, più specificamente, a quelli direttamente, causalmente, traslativi, oppure anche a quelli posti in essere per il raggiungimento di un determinato risultato e, mediatamente, attuino il trasferimento del diritto.

È intuitivo, poi, che il giudice dovrà svolgere quell'accertamento, alla luce di una serie di criterî; non ultimo, quello capace di porre in risalto la circostanza dell'avvenuta previsione prelatizia dietro corrispettivo, oppure no. Il giudice, peraltro, dovrà verificare – relativamente, a modo di esempio, alla permuta – se la controprestazione fosse assolutamente infungibile [17]; dovrà anche porsi l'interrogativo, se l'impiego di un differente negozio traslativo sia unicamente occasionato dalla volontà di aggirare la clausola o la disposizione prelatizia [18].

Occorre rilevare, non di meno, che criterio-guida, non potrà che essere, a mio avviso, quello fondato sull'esigenza di non apportare una smisurata restrizione all'autonomia del promittente.

**2.** – La questione interpretativa presentata, potrà porsi anche relativamente alla disposizione testamentaria di prelazione [19]; analogamente, potrà essere superata solo mediante il criterio-guida dell'ermeneutica testamentaria; vale a dire, tramite la ricerca dell'intento del testatore [20].

---

[16] Per tutte, v. Cass., 10 ottobre 1957, n. 3702, cit., c. 552.

[17] Cfr., anche per una prima serie di riferimenti, E. PEREGO, *La prelazione legale e l'infungibilità della controprestazione*, cit., spec. p. 522.

[18] Cfr., a titolo di esempio, Trib. civ. Périgueux, 25 mars 1952, cit., nota 56, il quale, relativamente al conferimento di un bene in società, rilevò che la medesima fu costituita unicamente per ricevere l'immobile e sanzionò, pertanto, anche alla luce di ulteriori considerazioni in fatto, la «*fraude*» della costituzione di società, «*crée essentiellement en vue de faire échec aux droits*» del prelazionario.

[19] Al riguardo, v. G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 129 ss. (e in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 223 ss.).

[20] La questione è largamente dibattuta; in luogo di tanti, si vedano: A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. III, Padova, 1950, p. 686 ss.; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, spec. p. 120 ss.; P. TRIMARCHI, *Integrazione del testamento mediante elementi ad esso estranei*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 445 ss.; M. SCIALOJA, *Interpretazione testamentaria in riferimento ai criteri di delimitazione del potere d'autonomia del testatore*, in *Dir. e giur.*, 1966, p. 827 ss.; M. CASELLA, voce *Negozio giuridico (interpre-*

Sarà, anche qui, *quaestio voluntatis*; vale a dire, occorrerà appurare se il testatore volesse sì attribuire la prelazione, epperò solo nell'ipotesi in cui l'istituito-onerato voglia vendere il bene, oppure anche nel caso in cui voglia renderlo oggetto di permuta; invero, è in relazione ai fini, che il testatore si propose, e agli interessi, che volle salvaguardare, che il termine «alienazione» potrà assumere un significato concreto, atto a variare, appunto, in funzione di quegli interessi [21].

Da lunga data, è stata costatata l'insufficienza della regola, secondo la quale, deve essere rispettato il senso grammaticale e ordinario delle parole [22], giacché la volontà del testatore deve essere ricercata anche oltre il senso letterale dei termini impiegati [23]. A questa stregua, pertanto, è fondamentale la ricerca dell'interesse, che animò la disposizione [24], non già per conferire una particolare meritevolezza di protezione a quell'interesse, bensì per capire, al riguardo del problema in esame, se il testatore, facendo impiego del termine «alienazione», volesse alludere soltanto alla vendita del bene, oppure anche ad altri negozi.

Sempre eccettuando, intuitivamente, la donazione, come di seguito preciserò.

**3.** – Appare sin ovvio rilevare, che, nell'àmbito del concetto di "alienazione", possa essere collocata, altresì, la donazione, per mezzo della quale, invero, il donante, per spiri-

---

*tazione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, s. d., ma 1978, p. 16 ss., spec. p. 29 ss. Più di recente, v. R. CARLEO, *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, vol. II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1475 ss., *ivi*, numerosi richiami, altresì di giurisprudenza.

Sul più generale problema dell'interpretazione del negozio, mette conto di ricordare il sempre attuale contributo di C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riferimento ai contratti*, Padova, 1983, rist. anastatica.

[21] Specificazione, questa, di una più generale avvertenza, che è stata formulata da S. PUGLIATTI, voce *Alienazione*, cit., p. 4.

[22] Come è noto, è, questa, la così detta regola d'oro degli anglosassoni. Per la valutazione, e un'opportuna puntualizzazione, v. A. TRABUCCHI, *Il rispetto del testo nell'interpretazione degli atti di ultima volontà*, cit., p. 699.

[23] A. TRABUCCHI, *op. loc. ultt. citt.*; E. PEREGO, *Sull'interpretazione della sostituzione e del «*modus*»*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, (c. 1873 ss.), c. 1875.

[24] Alla luce di quanto osservato, si rivela pertinente l'osservazione, secondo la quale, non è pienamente congeniale, alla lettura della clausola prelatizia testamentaria, il criterio, autorevolmente proposto (G. BAUDRY LACANTINERIE-L. SAIGNAT, *Trattato teorico-pratico di diritto civile. Della vendita e della permuta*, trad. it. a cura di P. Bonfante, G. Pacchioni, A. Sraffa, con addizioni di F. Degni, Milano, s.d., p. 55), secondo cui, convenuta la preferenza per il caso in cui si alieni allo stesso prezzo offerto da altri, ne deriverebbe la non violazione dell'obbligo di preferire, se si addivenga a una permuta, oppure a una donazione.

to di liberalità, arricchisce il donatario mediante la trasmissione della titolarità di un proprio diritto, oppure con l'assunzione, in capo a sé, di una obbligazione (art. 769 c.c.).

Gli interpreti, da lunga data, si occupano dell'incidenza, sulla donazione, dei così detti accordi preparatorî [25]. Secondo l'insegnamento tradizionale, la donazione è insuscettibile di vedersi impacciata da qualsivoglia vincolo preliminare [26], quali possono essere la prelazione [27] e il contratto preliminare [28].

Quanto alla prelazione volontaria, si può ricordare come, fatte salve isolate voci contrarie [29], si faccia discendere, dall'inammissibilità dell'obbligazione a donare, l'inammissibilità di un obbligo di donare al soggetto preferito [30], poiché la spontaneità occorre che sia riscontrata, non già al momento in cui si ponga in essere l'obbligazione (a donare, o) a preferire, bensì al momento, in cui si concreti la locupletazione [31].

Non manca, tuttavia, chi sostiene che il patto di prelazione non snaturi il carattere di liberalità [32].

---

[25] In dottrina, si vedano: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954, VIII ed., p. 20 s.; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm*., dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956 (II ed., a cura di U. Carnevali e A. Mora, Milano, 2006), p. 242 ss.; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. civ. it*., dir. da F. Vassalli, Torino, 1961, p. 1004 ss.; G. BALBI, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ*., dir. da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano, 1964, p. 17; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. II, Milano, 1982, p. 847 s.; R. LENZI, *La donazione obbligatoria*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 221 s.; R. PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1994, p. 172 ss.; T. CASSANDRO, in C. IACOVINO-V. TAVASSI-T. CASSANDRO, *La donazione*, coord. A. Cataudella, Milano, 1996, p. 49 ss.; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.,* dir. da P. Rescigno, 6, *Successioni*, t. II, Torino, 1997, II ed., p. 495, nota 46; A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Cod. civ. Comm*., dir. da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 207 ss.

[26] In termini generali, si veda V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno, t. I, Torino, 1999, p. 149 ss.

[27] V., almeno: M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, Milano, 1950, p. 245; G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 36.

Cfr., inoltre, F.A. PORTA, voce *Prelazione*, in *Enc. giur. it*., vol. XIII, P. II, Milano, s. d., (p. 687 ss.), p. 700.

Avanza dubbî, invece, L. SCHUERMANS, *Considerazioni sul patto di prelazione nel diritto italiano*, in *Riv. dir. civ*., 1966, II, p. 263; analogamente, C. SARASSO, *Lineamenti del patto di prelazione*, Milano, s. d., ma 1968, p. 50.

[28] V., almeno, G. BONILINI, *I vincoli preliminari alla donazione*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, vol. VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 635 ss.

[29] G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 135, nota 29.

[30] M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 245.

[31] M. D'ORAZI, *Della prelazione legale e volontaria*, cit., p. 245, nota 34.

[32] G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., p. 135, nota 29.

Di là dell'esito da riconoscere all'eventuale previsione di un diritto di preferenza [33], che avvantaggi un dato soggetto, allorquando un altro soggetto si determinerà a donare un dato diritto, balza all'evidenza la marginalità pratica dell'ipotesi in cui sia previsto che, ove si dia attualità allo spirito di liberalità, lo si indirizzerà a vantaggio di un soggetto, piuttosto che di un altro.

Merita accennare, infine, come l'interpretazione, assolutamente prevalente, del concetto di alienazione, al quale l'art. 732 c.c. rannoda il diritto di prelazione ereditaria, sia nel senso che non abbracci, in codesta fattispecie normativa, il contratto di donazione, sicché i coeredi non vantano punto il diritto prelazione, allorquando un altro coerede doni la propria quota, o frazione di essa, a un estraneo [34].

Basti ricordare, infine, che la ragione fondamentale dell'esclusione della sottoposizione, a retratto successorio, della donazione, risiede nella circostanza che essa è, per eccellenza, alienazione *intuitu personae*, determinata esclusivamente dall'identità e da qualche qualità del donatario, come tale infungibile per antonomasia [35].

Non va dimenticato, peraltro, che la donazione rappresenta, per il donante, un sacrificio troppo elevato, per essere normalmente impiegata come strumento diretto all'elusione del diritto di prelazione [36].

**4.** – Dalle osservazioni proposte, mi pare che emerga l'opportunità di confezionare adeguatamente il patto – o la clausola, o la disposizione testamentaria – di prelazione, onde siano facilmente individuabili le fattispecie negoziali, in ordine alle quali, sia destinata a operare la preferenza, in ipotesi di "alienazione" di un dato diritto.

Il testo negoziale relativo, peraltro, potrà essere illuminato, come sempre, per mezzo del contesto, dal quale si potrà ricavare, a titolo di esempio, che il diritto di preferenza sia destinato a essere operativo soltanto nel caso della vendita, o degli atti che, alla medesima, sono strettamente avvicinabili.

---

[33] È ben noto, che il diritto di prelazione possa trovare fonte sia in una convenzione, sia in una disposizione testamentaria: G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., p. 59 ss. e G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Il testamento. Lineamenti*, cit., p. 129 ss.

[34] V., almeno: P. FORCHIELLI, *Della divisione*, in *Comm. cod. civ*., a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 169 ss., spec. p. 172 s.; M. R. MORELLI, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm*., fondata da W. Bigiavi, Torino, 1998, II ed., p. 75; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2020, X ed., p. 416 ss.

[35] P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 172.

[36] P. FORCHIELLI, *Della divisione*, cit., p. 173.

Considerato, peraltro, che, questa è la regola, il diritto di preferenza è destinato a operare solo a parità di condizioni, sarà sovente agevole riscontrare, con modesto sforzo ermeneutico, l'esclusione di dati negozî, che possano comportare la "alienazione".

Esclusa, per le ragioni prima indicate, la donazione, giacché vige l'incondizionato potere, del donante, di indirizzare, a chi più gli aggradi, l'èsito liberale, è verosimile che possano presentarsi incertezze, in particolare, riguardo alla permuta, che, però, e di frequente, potrà presentarsi come capace di escludere che le si riferisca la prelazione convenuta o disposta, a ragione, non di rado, della infungibilità dei diritti scambiati.

Infungibilità, in definitiva, che potrebbe anche guidare nella soluzione delle ipotesi, nelle quali il diritto, cui si riferisca la prelazione, sia stato dedotto in dazione in pagamento, oppure sia stato reso oggetto, nel giuoco delle reciproche concessioni, del contratto di transazione, stipulato al fine di dirimere una controversia, oppure di prevenirla (artt. 1965 ss. c.c.).

Come sempre, chiarezza di idee, e conseguente chiarezza di dettato, potranno rendere meno accidentata la vita giuridica del convenuto, o disposto, diritto di prelazione, il cui esercizio non può portare, peraltro, alla estesa restrizione dell'autonomia dell'alienante, specie se la sua previsione sia avvenuta in assenza di corrispettivo.

JUS CIVILE

*UGO SALANITRO*

*Professore ordinario di Diritto privato – Università di Catania*

# ORDINANTE E SOCIETÀ. APPUNTI SUI FORMANTI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA (A PROPOSITO DI UNA RIFLESSIONE DI ALBERTO BENEDETTI) [1]

SOMMARIO*: 1. Quale ruolo per le legge nel diritto di famiglia? – 2. L'interesse del minore e la rilevanza del* case law*. – 3. Un confronto tra formanti. – 4. Appunti per le conclusioni.*

**1.** – Vorrei partire dalla bella riflessione di Alberto Benedetti, il quale, in un recente dibattito a più voci sul futuro del diritto di famiglia [2], ha messo in dubbio l'opportunità di ulteriori riforme legislative, invocando la centralità del ruolo della magistratura [3].

Il ruolo del formante legale, secondo Benedetti, è posto in crisi dalla sopravvenuta centralità dell'interesse individuale, che in materia familiare connota il rapporto tra ordinamento e società: i fenomeni della vita affettiva tendono, infatti, ad autoregolarsi, attratti dal modello dell'autonomia privata, intesa "*nella sua dimensione più pura di libertà*". Il giudice, in questa prospettiva, è considerato "*l'unico fattore di ordine in un contesto difficile e complesso*", al quale si richiede di valorizzare, accanto al valore della libertà, quella dimensione altruistica senza la quale verrebbe meno il senso del diritto di famiglia.

Non è una novità che il diritto di famiglia sia scosso e forse travolto dall'emersione della visione individualistica dei rapporti affettivi, come già denunziato dalla dottrina più sensibile. Il tentativo che emerge con forza dal pensiero di Benedetti è di imbrigliare il

[1] Lo scritto riprende l'intervento alla tavola rotonda conclusiva del Corso della Scuola Superiore della Magistratura, "Il nuovo diritto di famiglia", 14-15 gennaio 2021.

[2] Dibattito raccolto nel volume *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, a cura di U. SALANITRO, Pacini, Pisa, 2020.

[3] A. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in *Quale diritto di famiglia,* cit., 403 ss. e in *DSF*, 2020, 393 ss.

soggettivismo che rende frammentaria la nostra società, utilizzando lo strumento più duttile con il quale si può esprimere l'ordinante, individuato nel potere regolativo della giurisprudenza. La proposta di Benedetti deve essere inserita, pertanto, in quel dialogo serrato, sul quale è impegnata illustre dottrina, che ha quale oggetto la rilevanza dei formanti e che segna, in una visione più ampia, l'ennesimo momento di crisi del positivismo e del potere legislativo [4].

In questa prospettiva, le domande possono essere articolate in modo da ricondurle al dibattito corrente. È ragionevole mantenere un ruolo predominante al formante legislativo sul diritto di famiglia nell'attuale momento storico, caratterizzato da una società che non è soltanto portatrice di valori plurali, ma che appare frammentata e caratterizzata da un ruolo dominante del soggettivismo individualista? Non sarebbe auspicabile promuovere un maggiore protagonismo del formante giurisprudenziale, quale organo tecnico volto a mediare e a bilanciare i diversi interessi, non più classificabili *a priori* secondo il modello fattispecie\disciplina, ma da articolare di volta in volta in considerazione del concreto conflitto di interessi?

La lettura di Benedetti, tuttavia, non intende lasciare libero il formante giurisprudenziale di pervenire alla soluzione più adatta, perché si prefigge di limitarne l'autonomia, vincolando il giudice ai valori solidaristici costituzionali. In questo senso non sarebbe in contrasto con la proposta di Benedetti mantenere al formante legislativo un ruolo di indirizzo, secondo una legislazione per principi e per clausole generali, che troverebbe già nel dettato costituzionale la sua matrice e il suo orizzonte di senso, da collocare nel bivio tra solidarietà e individualismo [5].

La questione è stata sollevata, tuttavia, e va perciò assunta, nella sua portata specialistica: ossia chiedersi se ci siano ragioni particolari per sostenere che proprio il diritto di famiglia sia caratterizzato dalla necessità di un potenziamento del ruolo del formante giudiziale [6]. Ruolo di formante della giurisprudenza che è certamente condivisibile, per-

---

[4] Per un'esposizione equilibrata si veda: M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *ODC*, 2018, 2, 30 ss., dove ampi rinvii al dibattito dottrinale.

[5] Si può dubitare, pertanto, che la posizione di Benedetti debba essere assimilata a quella di chi ritiene che il formante giurisprudenziale, attraverso il principio di ragionevolezza, sia interprete diretto dei principi di giustizia condivisi dalla collettività e, conseguentemente, dei criteri valutativi dei destinatari della decisione, secondo la tesi sostenuta, tra gli altri, da N. LIPARI, *Ragionare di diritto, oggi,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 489 ss.

[6] Al riguardo, nell'ottica che stiamo esaminando, non può prescindersi da molte delle considerazioni contenute nella riflessione di N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 927 ss.

ché risponde al modello che è considerato corretto sul piano normativo, già per ampie aree del diritto di famiglia, con particolare riguardo al controllo dell'esercizio della responsabilità genitoriale e alle questioni legate all'affidamento dei minori, dove occorre un bilanciamento in concreto. Mi chiedo tuttavia se il modello possa o debba avere una portata pervasiva ed essere risolutivo anche nell'intera materia del diritto di famiglia e perciò anche in quegli altri ambiti, in cui le scelte giudiziali non attengono soltanto alla gestione di rapporti, proponendo soluzioni valide *rebus sic stantibus*, ma intervengono per la definizione di conflitti che investono assetti non solo personali, ma anche patrimoniali, e la cui soluzione è suscettibile di stabilizzarsi nel tempo, con autorità di giudicato, coinvolgendo direttamente anche interessi e aspettative di terzi. Mi riferisco, in primo luogo, alle regole sull'acquisizione e sulla perdita degli *status* (intesi in senso ampio: parentele, affinità, *partnership*, filiazioni), dove si sono registrati i più intensi movimenti del formante legislativo e in cui si avvertono maggiormente le pressioni divergenti dell'opinione pubblica.

**2.** – Al riguardo, nell'attuale momento storico, la tensione tra potere giudiziale e potere legislativo emerge in particolare nella valutazione dell'interesse del minore, il quale deve essere assunto in tutte le controversie che lo riguardano, secondo il canone di prevalenza sancito dalla Convenzione di New York.

L'interesse del minore, in effetti, non è stato preso in considerazione soltanto quale criterio per deciderne l'affidamento in caso di crisi familiare, né per valutare in concreto l'esercizio della responsabilità genitoriale, ma ha anche tradizionalmente rivestito un ruolo importante nei giudizi di stato [7]. In tal senso, le esigenze del minore sono state prese in considerazione ogni qualvolta occorre decidere in concreto se proporre in nome del minore un'azione giudiziale in materia di stato (ad es. nelle procedure *ex* artt. 244, 264, 273 c.c.). In questi casi, non potendo essere rimessa al minore la valutazione dell'interesse, deve essere affidata agli organi competenti in sede di nomina del curatore: ma la valutazione si riferisce alla fase, esterna al processo, in cui si deve decidere se promuovere un giudizio o resistere all'azione altrui. L'interesse del minore non incide quindi sul risultato del giudizio, come invece avviene in altri casi in cui costituisce il pa-

[7] Come dimostrano le belle relazioni di L. LENTI, *La costituzione del rapporto di stato e l'interesse del minore*, e di M. MANTOVANI, *Azioni di stato e l'interesse del minore*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di U. Salanitro, Pacini, Pisa, 2019, 347 ss., 373 ss.; e si aggiunga ora M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli, 2020, *passim*.

rametro per decidere il conflitto tra le posizioni di soggetti terzi, diversi dal minore: situazione che ricorre quando la legge sottopone a cautele la costituzione del rapporto (riconoscimento della filiazione incestuosa, opposizione dell'altro genitore), non potendone stabilire *a priori* la positività.

La giurisprudenza più recente, tuttavia, sembra spingere oltre la rilevanza del potere assegnato all'organo giudiziale, aderendo all'idea per cui, ogni qualvolta il giudizio coinvolga il minore, bisogna valutare in concreto il suo interesse al fine di risolvere il conflitto, anche in quelle fattispecie in cui il bilanciamento sia già stato considerato in astratto dal legislatore [8].

Si può tuttavia dubitare della persuasività di tale lettura. In realtà, l'orientamento giurisprudenziale richiamato, che ha trovato anche condivisione nella Corte costituzionale, si limita ad attribuire direttamente a chi decide nel giudizio di stato – e non al giudice della volontaria giurisdizione che ha nominato il curatore – la valutazione della persistenza dell'interesse del minore a coltivare (o per resistere al) l'azione per l'acquisizione o la perdita dello *status* [9]. La valutazione in concreto dell'interesse del minore, in questa prospettiva, avrebbe il ruolo limitato di consentire al giudice di respingere le domande o le eccezioni formulate dal minore, ancorché astrattamente meritevoli di accoglimento, perché poste o perseguite dal curatore in contrasto con l'interesse concreto dello stesso minore.

Non sembra perciò che dall'accoglimento di siffatto orientamento giurisprudenziale consegua l'affermazione di un ruolo preminente del giudice nelle azioni di stato, volto a sottoporre tutti i processi in cui sia coinvolto un minore a una soluzione che corrisponda sempre alla valutazione in concreto del suo interesse [10].

---

[8] In tal senso potrebbe leggersi Corte cost., 18 dicembre 2017 n. 272, in *Corr. giur.* 2018, 446 ss., con nota di Ferrando. La tesi della rilevanza in concreto dell'interesse del minore è ripresa dalla prima sezione della Cassazione nell'ordinanza di rimessione della questione di legittimità alla Corte costituzionale dell'interpretazione, fatta propria dalle Sezioni unite, secondo la quale contrasta con l'ordine pubblico internazionale il riconoscimento in Italia di un provvedimento amministrativo o giudiziale di riconoscimento del rapporto di filiazione con i genitori intenzionali in caso di maternità surrogata: Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, 2020, 902 ss., con nota di U. Salanitro.

[9] Mi sembra sia questo il senso che si possa attribuire alla giurisprudenza di legittimità, di cui si ricorda Cass., 24 febbraio 2020, n. 4791, in *Fam. e dir.*, 2020, 346 ss., con nota di F. Tommaseo; Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, e Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, entrambe in *Foro it.*, 2017, I, 119 ss., con nota di G. Casaburi.

[10] Andrebbe riconosciuto, piuttosto, un ruolo limitato alla valutazione giudiziale in tutti quei casi in cui la sussistenza di un legame sociale consolidato imponga, nell'interesse del minore, un percorso di formalizzazione del rapporto, restando poi da decidere se la scelta di tale rapporto debba essere rimessa al legislato-

Né tale lettura è considerata in contrasto con il principio convenzionale. Innanzitutto, perché l'interesse del minore è stato valutato in astratto in sede legislativa, rendendo imprescrittibile il diritto del minore all'accertamento della verità e ponendo limiti temporali a iniziative altrui che attentassero alla stabilità di rapporti consolidati. In ogni caso, perché le azioni di stato difendono anche interessi patrimoniali, ad esempio di tipo successorio, che non sono intrinsecamente connessi con la minore età e per i quali si giustifica un bilanciamento più articolato rispetto a quello che potrebbe discendere dalla mera applicazione della convenzione internazionale [11].

**3.** – Il formante legislativo è reputato inidoneo a risolvere in maniera appropriata i conflitti di un'organizzazione sociale caratterizzata da mutamenti troppo veloci e quasi inafferrabili, per cui – chiosa Benedetti – il legislatore o non arriva o arriva tardi; le soluzioni, inoltre, si rivelano spesso distanti dai bisogni della società (si portano ad esempio il regime legale della comunione, minato dal suo abbandono, o la disciplina del contratto di convivenza, disertata perché ritenuta poco appetibile) ovvero forniscono risposte troppo prudenti e suscettibili di superamento (si pone l'esempio delle unioni civili).

Per affrontare i dubbi sollevati da Alberto Benedetti, è necessario fare un passo indietro e chiedersi come sia strutturato, quantomeno in questo momento storico, il rapporto tra ordinante e società. È forte il dubbio che i difetti, imputati al legislatore, scontino un eccesso di fiducia nella giurisprudenza: per contro, mi sembra che emerga una costante nel modo con il quale i diversi formanti dell'ordinamento, legislativo e giudiziale (un discorso a parte vale, come vedremo, per il formante dottrinale), si siano rapportati a quelle esigenze, di natura familiare, che emergono (o che riemergono) e chiedano spazio nella società, ponendosi a volte in conflitto con gli assetti consolidati.

Non è possibile dare una risposta definitiva, anche per la frammentarietà degli studi sociologici e di storia della famiglia [12]. Si percepisce tuttavia che l'intervento normativo – che provenga dal legislatore o da un orientamento giurisprudenziale condiviso – tende

---

re o lasciata alla discrezionalità giudiziaria: al momento l'indicazione della Corte costituzionale è nel senso che la decisione spetti al formante legislativo (Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e n. 33).

[11] Per una disarticolazione dei criteri di soluzione dei conflitti nelle azioni di stato, si consenta il rinvio a U. SALANITRO, *Azioni di stato, interesse del minore e ricerca della verità*, in *Familia*, 2019, 525 ss.

[12] Per un tentativo in questa direzione, si consenta il rinvio a U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Il sistema del diritto di famiglia,* cit., 13 ss. e in *Riv. dir. civ.*, 2019, 563 ss.; si veda ora il brillante *excursus* di M. SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1177 ss.

a riconoscere e regolare gli interessi emergenti soltanto quando questi siano già consolidati nella società, ancorché minoritari. A differenza della dottrina che, in certe sue frange più sensibili, richiede tutela anche per interessi di nicchia o socialmente marginali, il legislatore e la giurisprudenza maggioritaria sembrano caratterizzare l'espressione del loro potere normativo al rispetto di quel frammento del dettato costituzionale per cui la famiglia è da tutelare perché "società naturale": frammento che, in questa prospettiva, è inteso nel senso che gli interessi familiari assumono rilevanza, sul piano della necessità di regolamentazione giuridica, nella misura in cui si siano preventivamente e spontaneamente consolidati nel contesto sociale. In questa sede, appare evidente, si utilizza il termine "società naturale" in un senso che può sembrare lontano da un certo pensiero giusnaturalista: si tratta tuttavia di un significato che, anche alla luce dei lavori preparatori, non sembra così diverso da quello condiviso in seno alla Costituente nel compromesso tra la componente laica e quella cattolica [13].

Gli esempi sono molteplici. Le istanze dottrinali per riconoscere i rapporti di parentela ai figli nati fuori dal matrimonio risalgono almeno alla riforma del diritto di famiglia nel 1975; ma i nati fuori dal matrimonio sono stati registrati come numeri importanti soltanto con il censimento del 2010 e non deve quindi sorprendere che la giurisprudenza non abbia anticipato l'intervento del legislatore del 2012 [14]. Le proposte di modifica degli orientamenti giurisprudenziali consolidati in tema di assegno divorzile sono risalenti, ma hanno trovato accoglimento [15] soltanto quando il modello familiare di diversificazione dei ruoli, che si era imposto (o meglio reimposto) negli anni del dopo guerra e del boom economico, ha perso la sua pervasività e, di fronte alla pluralità degli equilibri coniugali, si è rivelata la necessità di attribuire al giudice un più ampio potere di adattare la regola al caso concreto [16]: non dobbiamo però dimenticare che la garanzia del mantenimento del tenore di vita per il coniuge più debole ha consentito storicamente di bilancia-

[13] Rilevanti sono le parti dei lavori preparatori riportate già da V. BARBA, *Patti prematrimoniali in previsione della crisi familiare*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 212, nota 2.

[14] Si cfr. U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica*, cit., 18.

[15] Prima con la sentenza della prima sezione della Cass., 10 maggio 2017 n. 11504, in *Foro it.*, 2017, I, 2715 ss., con nota di M. Bianca, poi con la sentenza delle Sezioni Unite 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, I, 2018, 2673 ss., con note di G. Casaburi e di M. Bianca. Sulla decisione delle Sezioni Unite, spunti di interesse in P. DI MARZIO, *Una conclusione, ovvero una introduzione?*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 424 ss.

[16] Così SALANITRO, *Per una riflessione sistematica*, cit., 30 s.; nello stesso senso BENANTI, *Dal sistema alle riforme: l'assegno di divorzio*, e C. RIMINI, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la ridistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 65 ss., 77 ss., e in *Riv. dir. civ.*, 2020, 422 ss.

re la fuga convenzionale dal regime legale della comunione dei beni e ha quindi offerto alla coppia un quadro ordinamentale in cui consentire scelte che, in quel contesto sociale, si sarebbero altrimenti rivelate fortemente squilibrate [17].

È vero che ci sono stati interventi legislativi che si sono rivelati inadeguati. Non mi riferisco tanto alla scelta del regime legale della comunione, che in realtà è stato confermato da un numero sempre amplissimo di coppie [18]: anche perché, come spiega bene Andrea Zoppini in un intervento rimasto inedito, si tratta di una disciplina residuale, che impone a chi intende derogarla uno sforzo negoziale [19]. Né mi riferisco al contratto di convivenza, il cui insuccesso sociale si può spiegare alla luce della compressione che questo strumento regolativo subisce da un lato dalla presenza di istituti sempre meno vincolanti – quale è diventato il matrimonio dopo la riforma del divorzio breve o come sono state configurate le unioni civili – e dall'altro lato dalla scelta di libertà sottesa alla volontà della coppia convivente [20].

L'esempio più evidente di regola incongrua è stato quello sulla procreazione assistita, disciplinato da una legge considerata frutto di scelte ideologiche oltranziste. Si può però dubitare che anche in questo caso la colpa non sia tanto del formante legislativo, che aveva predisposto le c.d. "passerelle" (silenzi, ambiguità) per consentire interpretazioni costituzionalmente orientate [21], quanto piuttosto degli interpreti, fortemente polarizzati, che hanno accolto quasi all'unanimità le tesi più restrittive, gli uni per intestarsi una di-

---

[17] Il collegamento tra la disciplina dell'assegno divorzile e la derogabilità del regime patrimoniale della famiglia è segnalato, ancora di recente, da E. QUADRI, *Considerazioni introduttive in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia*, da C. BENANTI, *La funzione dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, e da T. AULETTA, *Riforme ed evoluzioni del diritto di famiglia: riflessioni di un percorso di mezzo secolo*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 469 ss., 588 ss., 627 ss.

[18] Ma cfr. per una valutazione negativa, seppure in un'ottica propositiva di riforma, G. OBERTO, *Attualità del regime legale*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 491 ss.

[19] Ne ho dato conto in U. SALANITRO, *Per una riflessione sistematica,* cit., 31 s, testo e nota 73.

[20] Di grande interesse è la lettura di G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1319 ss. (anche ID., *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, 1189 ss.), per il quale la tipizzazione è strettamente funzionale all'opponibilità del regime nei confronti dei terzi e legittima indirettamente l'autonomia privata dei conviventi. Ma proprio sull'efficacia del regime dell'opponibilità si segnalano molti interventi critici: E. QUADRI, *"Convivenze" e "contratto di convivenza"*, in *Jus civile*, 2017, 2, 106 ss.; G. DI ROSA, *I contratti di convivenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 694 ss.; G. OBERTO, *Attualità del regime legale*, e M. CAVALLARO, Ratio *e tipo nella convenzione matrimoniale e nelle altre fattispecie di recente introduzione*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 501 ss., 553 ss.

[21] È la prospettiva accolta nei miei scritti in argomento: da ultimo si consenta il rinvio a U. SALANITRO, A strange loop. *La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 206 ss.

sciplina da cui aggredire gli assetti normativi più liberali in tema di interruzione di gravidanza, gli altri per lamentarne l'incongruità e perorarne prima l'abrogazione referendaria e poi lo smantellamento da parte della Corte costituzionale [22].

Proprio in tema di procreazione assistita, appare interessante illustrare l'atteggiamento della giurisprudenza sulla costituzione del rapporto filiale in quei casi in cui l'accesso alle tecniche sarebbe vietato per la mancanza di requisiti soggettivi: mentre nel caso di procreazione *post mortem* la Cassazione ha accolto l'idea che, in caso di consenso del defunto, il rapporto si costituisca ugualmente, raccogliendo le sollecitazioni della dottrina [23], nel caso della filiazione da coppia dello stesso sesso la costituzione del rapporto non è stata sinora ammessa [24] e si è preferito rimettere la questione alla Corte costituzionale, accettando il rischio di un successivo rinvio al legislatore [25]. Prospettiva analoga è stata seguita nel caso di filiazione da maternità surrogata solidale: anche qui la giurisprudenza ha tenuto ferma l'estensione analogica al partner del genitore genetico della disciplina dell'adozione in casi particolari [26], adottando un modello di filiazione che non è stato considerato costituzionalmente legittimo dalla Corte costituzionale, la quale a sua volta ha auspicato l'intervento del legislatore [27].

---

[22] Quest'ultima strategia, in larga misura vincente, è stata interpretata in modo esemplare, nei tanti interventi sul tema, da G. FERRANDO, di cui si legga almeno: *La fecondazione assistita nel dialogo tra le Corti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 165 ss.,

[23] Cass. 15 maggio 2019, n. 13000, con nota di M. FACCIOLI, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1282 ss.

[24] Si cfr., per le diverse posizioni, A. NICOLUSSI, *Paradigmi della filiazione*, e M.C. VENUTI, *La genitorialità della coppia omoaffettiva*, entrambi in *Quale diritto di famiglia*, cit., 269 ss., 292 ss.

[25] La vicenda, sollevata dal Tribunale di Padova con riferimento a due donne che avevano avviato una esperienza genitoriale comune, interrotta dalla crisi del loro rapporto, ha avuto un epilogo nella sentenza della Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, con la quale la Corte ha lanciato un "forte monito" al legislatore per individuare una soluzione adeguata alla tutela del minore a mantenere il rapporto con entrambe le donne.

[26] Nel senso che si tratti di un'integrazione di lacuna sopravvenuta (c.d. interpretazione evolutiva), si consenta il rinvio a U. Salanitro, *Per una riflessione sistematica*, cit., 22.

[27] Il caso è stato sollevato dalla prima sezione della Cass. 29 aprile 2020, n. 8325, *cit.*, che ha considerato in contrasto con la Costituzione l'interpretazione, accolta anche dalle Sezioni Unite con la sentenza 8 maggio 2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 737 ss., con nota di U. Salanitro, secondo la quale il genitore intenzionale in caso di maternità surrogata all'estero può accedere all'adozione in casi particolari: contrasto non risolto da Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33, che ha sollecitato l'intervento del legislatore. Sulle questioni di ordine pubblico internazionale e maternità surrogata, si vedano almeno: V. BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione. Nota a Cass. sez. un., n. 12193/2019*, in *Genius,* 2020, 19 ss.; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, Napoli, 2019. Propone interpretazioni costituzionalmente orientate del divieto di maternità surrogata: A.C. GRASSO, *Maternità surrogata altruistica. Un'ipotesi ricostruttiva*, Aracne, Roma, 2020.

Ricorrendo questioni etiche delicate [28], il giudice ordinario non si è sentito legittimato a proporre scelte di piena equiparazione, ma ha preferito aderire a soluzioni che, proprio perché diverse da quelle degli altri soggetti generati da procreazione assistita, si sono rivelate col passare del tempo in contrasto con il dato costituzionale [29].

**4.** – Se si condivide questa sommaria analisi, emerge che i difetti imputati al legislatore, di essere tardivo e inadeguato, sono in realtà ricorrenti anche per il formante giurisprudenziale, ed anche in quei casi in cui esso adotta soluzioni che non sono vincolate dal dato normativo.

A questo punto occorre tornare sulla questione sollevata da Alberto Benedetti, per chiedersi se il bilanciamento tra soggettivismo e solidarietà non possa trovare una risposta, quantomeno di ultima istanza, proprio nel formante legislativo. La circostanza che il legislatore offra una pluralità di strumenti che vengono incontro alle esigenze di individui e formazioni sociali, ancorché alcuni di essi non trovino riscontro nella prassi, non deve essere considerato necessariamente un fallimento del regolatore: il *surplus* di tutele può essere giustificato proprio dall'esigenza di dare una risposta adeguata alla moltiplicazione degli interessi da tutelare. Lo strumento legislativo non deve essere considerato superfluo o ineffettuale, anche quando non incida direttamente sugli specifici rapporti, poiché resta rilevante quale indicatore degli assetti valoriali e degli equilibri normativi [30].

---

[28] Cfr. ancora P. DI MARZIO, *Una conclusione*, cit., 426 ss.

[29] Nel merito si rinvia, tra gli altri, ad A. FEDERICO, *Forme giuridiche della filiazione e regole determinative della genitorialità: la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 317 ss.

[30] Tornando al tema del contratto di convivenza, si ricorda che è stato ripetutamente criticato il legislatore della novella per non avere previsto quale oggetto del contratto la disciplina della crisi nella coppia convivente; critica che deve, tuttavia, tenere conto dell'atteggiamento ostativo della giurisprudenza sui patti prematrimoniali in vista della crisi, nonostante l'opinione più aperta della dottrina e la tendenziale assenza di espresse preclusioni legali. In questa prospettiva si potrebbe considerare l'omissione legislativa espressione della medesima valutazione fatta propria dalla giurisprudenza, tendente a evitare che le decisioni patrimoniali sulla crisi del rapporto siano assunte in un tempo in cui la coppia non sia grado di valutarne adeguatamente la portata. Non è detto che tale valutazione debba essere tenuta ferma, anche perché non appare coerente con la progressiva patrimonializzazione dei rapporti personali in ampi settori del nostro ordinamento. Sul tema dei patti prematrimoniali in vista della crisi si consenta il rinvio a U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 645 ss., dove numerosi riferimenti; ai quali si aggiungano M.L. CENNI, *Crisi familiare, autonomia privata e regimi patrimoniali della famiglia. Il ruolo del notaio*; A. LAS CASAS, *Autonomia privata e contrattazione prematrimoniale*; E. BIVONA, *Gli accordi personali tra coniugi nella famiglia del ventunesimo secolo*; V. BARBA, *Patti patrimoniali,* cit.; E. BARGELLI, *Diritto "privato" e prospettive dell'autonomia coniugale*, tutti in *Quale diritto di famiglia*, cit.,

L'idea che la soggettività degli interessi possa trovare una migliore gestione attraverso la duttilità – direi quasi, la frammentarietà – della giurisprudenza non appare convincente, se questa la si intende come insieme di decisioni casistiche: il valore ordinante della certezza del diritto, che trova riconoscimento anche nei sistemi di *common law* in base alla vincolatività del precedente, non sembra possa essere trascurato. L'assunto che la flessibilità della giurisprudenza, espressione di decisionismo equitativo, si ponga come strumento adeguato all'articolazione degli interessi, tramite una moltiplicazione dei bilanciamenti in concreto, pone il problema della legittimazione del processo di soluzione del conflitto, che perderebbe il riferimento al sistema o quantomeno alla coerenza sapienziale [31].

Il tema della legittimazione delle scelte valoriali si contrappone al potenziamento del ruolo dei giudici negli ordinamenti di *civil law* anche ove tale ruolo sia inteso nel senso più elevato di "dottrina delle corti", in cui si riconosca il compito di esprimere principi e regole alla giurisprudenza, inteso quale corpo sociale dotato di superiore cultura giuridica e di quella consapevolezza dei valori costituzionali e sociali, sì da esprimere una generale capacità di mediare direttamente, in questa epoca di complessità, i conflitti tra interessi divergenti [32].

Difficoltà che emerge in particolare nella disciplina del diritto di famiglia, anche per chi sia convinto dell'opportunità di sottrarre al formante legislativo la selezione delle scelte regolative, per evitare che gli assetti della vita familiare siano condizionati o compressi da valori maggioritari, populisti o addirittura reazionari: scelte che non siano semplicemente tardive o inadeguate, ma che si rivelino in contrasto con le acquisizioni di civiltà che caratterizzano il mondo occidentale contemporaneo e siano foriere di assetti tradizionali o reputati non corrispondenti all'articolazione dei valori e dei modelli sociali

---

99 ss., 363 ss.; M.C. NANNA, *Accordi in vista del divorzio. Validità e legittimità degli atti dispositivi del patrimonio familiare*, Pacini, Pisa, 2020, *passim*.

[31] Si colloca su un altro versante la critica di G. CHRISTANDL, *Percorsi metodologici della civilistica italiana. Una breve storia a partire dal XIX secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 43 ss., 70, per il quale "*l'arbitrarietà della decisione del caso singolo, celata dietro giustificazioni apparenti, priva l'applicazione della legge del suo metodo e conseguentemente della sua scientificità*", in quanto "*la scientificità richiede metodo e il metodo richiede a sua volta un percorso orientato alla legge e guidato da regole che siano almeno formalmente verificabili*".

[32] È il senso in cui il formante giurisprudenziale quale motore dell'evoluzione normativa è apprezzato – e distinto dal decisionismo equitativo del caso concreto – da M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali,* cit., 18 ss., 30 ss., 33, il quale tuttavia osserva che *"la giurisprudenza affronta i problemi sociali soltanto nel prisma della lite, che è una parte importante della realtà, ma fornisce anche una visione parziale e talora distorta dei fenomeni sociali in cui le liti nascono".*

della modernità. Le polemiche legate al d.d.l. Pillon, a tal proposito, si caratterizzavano nel senso che sembrava messa in dubbio la stessa legittimazione del legislatore ad intervenire sulla materia – indirizzando la giurisprudenza verso una soluzione di maggiore equilibrio tra i genitori nella scelta delle modalità di affidamento del minore – ancor prima di criticare una soluzione che, per la sua estrema rigidità, si sarebbe posta in contrasto con la convenzione di New York [33].

È parte di uno scenario più ampio, infatti, la tentazione di affidare una materia così delicata alla giurisprudenza: il tema attraversa questioni fondamentali di politica del diritto, che si collocano al centro dell'odierno dibattito sulle tecniche di governo e che attengono alla crisi dei modelli democratici e all'attrattività dello schema tecnocratico, quale struttura organizzativa idonea a competere nello scenario internazionale.

Si tratta di uno scenario la cui soluzione non mi convince, né in termini generali, né con riferimento al tema della famiglia [34].

In termini generali, per ragioni che sono in parte legate a processi di precomprensione e a una tendenziale diffidenza, storicamente giustificata per chi è cresciuto in un certo clima culturale della seconda metà del Novecento, sulle effettive capacità di una élite tecnocratica di individuare e perseguire il bene comune [35].

Diffidenza che si moltiplica nella misura in cui l'opzione giudiziaria o tecnocratica andrebbe a coinvolgere i temi della famiglia, soprattutto per le implicazioni connesse con le scelte di rilevanza etica: non perché sia convinto che le decisioni parlamentari siano esenti da errori o non possano produrre soluzioni che siano fonte di ingiustizie e\o che ledano il benessere di gruppi ed individui; né perché sia affezionato all'idea, la quale ha in effetti caratterizzato il nostro tempo, che il processo legislativo o le consultazioni referendarie producano prevalentemente risultati più avanzati e progressisti di quelli che potrebbero scaturire da un organismo dotato di *expertise* e cultura giuridica.

Il dubbio sulla scelta del formante da preferire si gioca tutto sulla legittimazione delle politiche in una materia così vicina alla sensibilità collettiva, in cui il rischio di scolla-

---

[33] Diverse prospettive critiche emergono da U. SALANITRO, *Il diritto del minore alla bigenitorialità e il d.d.l. Pillon*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 333 ss. e da M.R. MARELLA, *Tra pulsioni punitive e rigurgiti proprietari. I molti pasticci del d.d.l. Pillon*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 109 ss.

[34] Evoca addirittura il dubbio sulla legittimazione degli *overruling* giurisprudenziali nel diritto di famiglia S. PATTI, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 459.

[35] Tanto più che – come suggerisce M. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali,* cit., 34 – con la perdita di centralità del formante legislativo, è difficile che il ruolo di decisore politico di ultima istanza possa essere assunto dalla magistratura e non piuttosto da un potere di governo accentrato.

mento tra ordinamento e società potrebbe sollecitare scenari imprevedibili: sono convinto che sia preferibile sopportare il rischio dell'approvazione di una regola "ingiusta" o "errata" di matrice parlamentare – che troverebbe la censura degli organi costituzionali o una correzione degli interpreti [36] – piuttosto che sottrarre queste materie al dibattito politico più ampio e alla partecipazione popolare, aumentando la sensazione di impotenza che caratterizza i corpi elettorali delle democrazie mature nell'era della globalizzazione.

È un invito alla cautela, nella consapevolezza dell'imperfezione di qualsiasi soluzione, ma nella convinzione che la crisi di legittimazione del sistema democratico sia il problema centrale al quale dovrebbero dedicarsi gli sforzi delle menti, anche giuridiche, più raffinate di questo tempo: non dimenticando che un sistema democratico ben bilanciato, per quanto in equilibrio precario, sembra essere ancora, nell'attuale momento storico, lo strumento più adeguato per fare fronte alle difficili sfide del pluralismo e della frammentarietà etica e sociale.

[36] L'adesione all'idea che l'interprete debba essere fedele al formante legislativo, non impone – anzi può prescindere – dal rispetto del testo, ogni qualvolta gli elementi di contesto suggeriscano un *défaillance* del regolatore; né pretende il rispetto delle scelte valoriali del legislatore storico ogni qualvolta i mutamenti degli equilibri normativi e/o dell'assetto sociale abbiano provocato il sopravvenire di una lacuna e l'esigenza di intervenire con il meccanismo correntemente noto come "interpretazione evolutiva": al riguardo cfr., persuasivamente, A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 421 ss.

JUS CIVILE

*ROBERTO SENIGAGLIA*

*Professore ordinario di Diritto privato – Università Ca' Foscari Venezia*

# LE ATTUALI SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI TRA DIRITTO VIGENTE E DIRITTO VIVENTE

SOMMARIO*: 1. I rapporti contrattuali "messi in crisi" dall'emergenza sanitaria. – 2. Vincolatività del contratto e inadempimento contrattuale. – 3. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione. – 4. Rimedi demolitori versus rimedi conservativi del contratto. – 5. I rimedi alla significativa onerosità sopravvenuta della prestazione. – 6. L'obbligo di rinegoziazione tra buona fede ed equità. – 7. Una considerazione finale.*

**1.** – Il tempo dell'emergenza pandemica da COVID-19, iniziata nel 2020, continua a portare con sé non soltanto disposizioni eccezionali concernenti particolari aspetti di specifiche situazioni, ma pure percorsi ermeneutici volti a individuare le possibili soluzioni giuridiche agli effetti, non soltanto patrimoniali, generati dalle restrizioni via via sancite sui rapporti di diritto privato.

L'emergenza economica interessa, evidentemente, anche i rapporti contrattuali [1]; in particolare, possono essere "messi in crisi" i contratti a prestazioni corrispettive ad ese-

[1] Vari contributi sono stati dedicati al tema, tra cui: F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus",* in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; A.M. BENEDETTI e R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *Dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e Mercato*, 2020, 3 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia da Covid-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 581 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, in *Jus civile*, 2020, 465 ss.; A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 *bis*, 236 ss.; M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, *ivi*, 314 ss.; A.M. BENEDETTI, *Obbligazioni e contratti al tempo dell'emergenza: l'esperienza italiana (art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020), ivi,* 266 ss.; E. NAVARRETTA, *CoVid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, 87 ss.; P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoVid-19*, *ivi*, 73 ss.; F. MACA-

cuzione istantanea differita o ad esecuzione periodica o continuata, retti da uno specifico equilibrio economico, quello voluto dalle parti, il quale giustifica la "misura" delle prestazioni reciproche. Ad essere colpito è il sinallagma contrattuale, costituito dal rapporto funzionale tra le prestazioni, che vede ogni prestazione porsi in funzione della controprestazione, nel senso di trovare in quest'ultima la propria giustificazione.

Questa cifra funzionale, che pone in rapporto tra loro le prestazioni, edificata dall'assetto di interessi dello specifico contratto, è la *ragione* dell'esplicazione dell'autonomia contrattuale e quindi della determinazione delle parti a concludere il contratto: valutate le condizioni presenti nel momento delle trattative e della formazione dell'accordo, le parti si vincolano fissando un preciso assetto patrimoniale distribuendo, in capo a ciascuno, diritti e obblighi. Così, guardando a uno dei rapporti più colpiti dagli eventi, con riferimento a un contratto di locazione di un immobile a uso non abitativo il canone è definito, anche dopo ampie trattative, tenendo conto di tutti i contenuti del contratto, non soltanto di quelli attinenti alla materialità dell'oggetto (le caratteristiche strutturali e logistiche dell'immobile oggetto della locazione), ma pure dei costi e dei benefici associati alle altre previsioni contrattuali, ivi comprese quelle sulla durata e sulla distribuzione delle spese in capo alle parti.

Ebbene, questo legame funzionale tra le prestazioni può venir meno per effetto di eventi *sopravvenuti*, non calcolati e non calcolabili al momento della conclusione del contratto.

La pandemia da COVID-19 è stata subito annoverata tra queste sopravvenienze [2]. Nello specifico, ad essa sono legati eventi di forza maggiore (sopravvenuti, imprevedibili e inevitabili), generati anche dal *factum principis* ovvero da provvedimenti legislativi o regolamentari, che impediscono l'esecuzione della prestazione o che, pur non impedendola, la rendono economicamente più gravosa [3].

L'evento sopravvenuto può rendere disfunzionale il rapporto contrattuale a prestazio-

---

RIO, *CoVid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, *ivi*, 80 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, Speciale n. 2, 159 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, 245 ss.

[2] Cfr. G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia nei contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, 57 ss.; P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, 2445.

[3] Si veda P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoVid-19*, cit., 73; E. NAVARRETTA, *CoVid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit., 87.

ni corrispettive: o perché l'esecuzione di una delle prestazioni non è resa più possibile, privando così la controprestazione della sua ragione di essere; o perché una delle prestazioni è divenuta significativamente più onerosa, ossia economicamente non più giustificata dal valore della controprestazione. In quest'ultimo caso, non è la ragione dell'esecuzione della prestazione a venir meno, ma soltanto la ragione della sua entità, essendo stato scombinato, in modo rilevante, l'equilibrio definito e voluto dalle parti al momento della conclusione del contratto e all'esito delle valutazioni operate secondo il principio di normale aleatorietà.

**2.** – Al cospetto di codeste sopravvenienze e delle relative istanze della parte contrattuale svantaggiata, l'ordinamento e con esso il suo interprete sono stati interpellati per porre soluzioni idonee a realizzare gli interessi delle parti e del mercato in generale.

Occorre subito constatare che nonostante la disciplina generale del contratto presente nel nostro Codice civile non abbia conosciuto riforme significative come avvenuto, invece, in altri ordinamenti dell'Europa continentale (il riferimento è, in particolare, alla Germania e alla Francia) ed essendo, quindi, sostanzialmente databile ai tempi dell'entrata in vigore del Codice, il diritto civile si è trovato meno impreparato di quanto si immaginava dinanzi ai disagi generati dalla pandemia.

E questo specialmente grazie alla forza assiologica espansiva propria dei *principi* e delle *clausole generali*[4].

Talune regole generali del nostro diritto contrattuale, infatti, parrebbero non concedere soluzioni sufficientemente appaganti al contraente che si trovi a patire economicamente gli effetti delle sopravvenienze legate alla pandemia, imprevedibili al tempo della conclusione del contratto stipulato in un momento in cui non vigevano le restrizioni dovute all'emergenza sanitaria.

Il riferimento è anzitutto al principio della *vincolatività* del contratto: se quest'ultimo ha «forza di legge tra le parti e non può essere sciolto se non nei casi stabili dalla legge» (art. 1372 c.c.), la parte che dovesse subire, a causa delle sopravvenienze, un significativo mutamento delle proprie condizioni economiche rispetto a quelle presenti e previste (o prevedibili) al momento della conclusione dell'affare, non potrebbe di sua iniziativa sciogliere il contratto né, tantomeno, modificarne i suoi contenuti patrimoniali. A questa

[4] Sul tema si veda, da ultimo, P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021, *passim*.

regola si accompagna quella che considera inadempimento ogni forma di inesatta esecuzione della prestazione contrattuale, elevandola a fonte di responsabilità per i danni che ne discendono, a meno che il debitore non provi che la prestazione è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.).

Alla rigidità di queste regole si sono appellati quei giudici che, a fronte delle sopravvenienze dell'emergenza sanitaria, non hanno accordato alcun rimedio alla parte economicamente svantaggiata, specie in termini di ridefinizione delle condizioni economiche del contratto. In questo senso, la giurisprudenza di merito, dopo aver precisato che «un contratto non è modificabile né unilateralmente da una delle parti né – in assenza di previsione normativa o di clausola pattizia di rinegoziazione – d'imperio dal giudice», ha ritenuto che «in assenza di copertura normativa di clausole pattizie che prevedano l'obbligo di rinegoziazione a carico delle parti, da cui si desuma almeno il criterio di riparto dei relativi rischi, non può farsi applicazione del criterio della buona fede integrativa al fine di addivenire a una rimodulazione degli obblighi negoziali a carico dei contraenti, salvo incorrere nella violazione dell'autonomia contrattuale delle parti, costituente limite insuperabile anche per il giudice» [5].

Ma a fronte di queste regole generali, gli eventi eccezionali e imprevedibili legati alla pandemia da COVID-19 sono ritenuti, dallo stesso ordinamento, idonei a vincere la vincolatività del contratto e ad esonerare la parte inadempiente dalla responsabilità per i danni cagionati.

È fuor di dubbio, infatti, che quanto disposto dalla normativa emergenziale, la quale ha sospeso, totalmente o parzialmente, ampi settori di attività imprenditoriali nonché la libera circolazione delle persone, integri gli estremi della *forza maggiore*: di un evento imprevedibile e insuperabile da parte di chi lo subisce, dinanzi al quale, cioè, non è possibile opporre alcuna resistenza essendo del tutto estraneo alla propria sfera di controllo. L'inferenza è che la prestazione che non può essere eseguita perché impedita da uno di questi provvedimenti è da ritenersi divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore, con l'ulteriore effetto di esonerare quest'ultimo dall'obbligo di risarcire i danni discendenti dall'inadempimento.

Pur essendo questa soluzione agevolmente rintracciabile nella disciplina generale delle obbligazioni (art. 1218 c.c.), il legislatore emergenziale ha voluto comunque confermarla nella previsione contenuta nell'art. 9, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Decreto Cura-Italia"), a tenore della quale «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente

[5] Trib. Biella, 17 marzo 2021, in banca dati *ForoPlus*.

decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti» [6].

**3.** – Chiarito l'impatto delle restrizioni sui profili attinenti alla responsabilità per inadempimento, rimane da definire la possibile sorte dei contratti resi disfunzionali dalle sopravvenienze in questione.

Ora, il ragionamento sui rimedi messi a disposizione della parte i cui interessi patrimoniali sono pregiudicati dalle sopravvenienze legate alla pandemia da COVID-19 esige un diverso svolgimento a seconda che si tratti di contratti a esecuzione istantanea, specie se differita, oppure di contratti ad esecuzione continuata o periodica.

In entrambi i casi occorre, comunque, chiarire quali soluzioni l'ordinamento offra, al di là di quelle espressamente articolate secondo la tecnica della fattispecie.

Quanto ai contratti a esecuzione istantanea differita, il mercato ha conosciuto situazioni problematiche relative a contratti stipulati prima dell'emergenza sanitaria o in un periodo in cui erano venute meno le restrizioni impeditive, ma la cui esecuzione cadeva nel periodo in cui non era possibile eseguire la prestazione.

In questi casi, essendosi verificata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, stando agli artt. 1463 ss. c.c., è dato ottenere la risoluzione del contratto, ovvero lo scioglimento del rapporto contrattuale.

Peraltro, già da tempo la giurisprudenza ha riconosciuto che la fattispecie possa aver luogo non soltanto quando il debitore non possa oggettivamente eseguire la prestazione per causa sopravvenuta a lui non imputabile; ma anche quando pur essendo possibile a quest'ultimo eseguirla sia il creditore a trovarsi nell'impossibilità di riceverla o utilizzarla [7].

---

[6] Sul modo di intendere questa previsione si veda Trib. Bologna, 11 maggio 2020, in *Corr. giur.*, 2020, 1090 ss., con nota di S. GUADAGNO, *L'incidenza della difficoltà ad adempiere a causa del Covid-19 sui rapporti contrattuali in corso, tra emergenza e prospettive*. Si rinvia inoltre a O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione* ex *art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 *bis*, 352 ss.; G. IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, *ivi,* 366 ss.

[7] Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 531, con nota di S. NARDI, *Contratto di viaggio «tutto compreso» e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; Cass., 10 luglio 2018, n. 18047, in banca dati *De jure*; Cass., 29 marzo 2019, n. 8766, in banca dati *De jure*.

Ma anche rispetto a questa situazione, la casistica può presentarsi variegata, potendosi prospettare casi di:

a) impossibilità *definitiva* della prestazione (art. 1463 c.c.). In tale ipotesi il contratto si scioglie di diritto e, se l'altra parte ha già eseguito la sua prestazione, opera l'obbligo restitutorio secondo la disciplina del pagamento dell'indebito (art. 2033 c.c.).

Per taluni contratti, la normativa emergenziale ha previsto una diversa distribuzione dei rischi rispetto a quella operata da questa regola generale [8]. È il caso dei contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, dei contratti di soggiorno e di pacchetto turistico, rispetto ai quali l'art. 88 *bis* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, dopo aver ricondotto espressamente l'evento pandemico alla fattispecie contemplata dall'art. 1463 c.c., riconosce in capo al vettore, alla struttura ricettiva o all'organizzatore il *diritto di scegliere* tra il rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio, per il soggiorno o per il pacchetto turistico ovvero l'emissione di un *voucher* di pari importo. Per le strutture ricettive che hanno sospeso l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza sanitaria il potere di scelta si estende anche alla possibilità di offrire all'acquirente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore, con restituzione della differenza di prezzo [9].

Il bilanciamento degli interessi operato in questi termini è stato ritenuto non conforme ai diritti del consumatore. Tanto che sia la Commissione europea [10] sia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato [11] hanno rilevato, alla luce della normativa eurounitaria (di armonizzazione massima) sui c.d. "pacchetti turistici", la necessità di garantire comunque al viaggiatore la possibilità di ottenere il rimborso di quanto anticipato [12].

---

[8] Cfr. E. NAVARRETTA, *CoVid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit., 90.

[9] V., in proposito, C. IRTI, *"Contratti di soggiorno" e COVID 19. Parte prima. Nel periodo emergenziale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, n. 12 *bis*, 460 ss.; R. SENIGAGLIA, *"Contratti di soggiorno" e COVID 19. Parte seconda. Nel periodo post-emergenziale*, *ivi*, 469 ss.

[10] Raccomandazione della Commissione del 13 maggio 2020, C(2020) 3125 final, relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia da Covid-19, in *https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/recommendation_vouchers_it.pdf.*

[11] AGCM ST 23, 27 maggio 2020, in merito alle criticità della disciplina di cui all'art. 88 *bis* del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche dall'art. 1, comma 1, della legge 24 aprile 2020, n. 27, in *https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/ST23_segnalazione.pdf.*

[12] La Commissione Europea, rilevata la contrarietà delle disposizioni suddette alla relativa normativa eurounitaria, ha messo in mora lo Stato italiano, dando così avvio a una procedura di infrazione, poi archiviata anche a seguito delle soluzioni *medio tempore* introdotte dal legislatore italiano.

b) Impossibilità *parziale* (art. 1464 c.c.). La prestazione può divenire impossibile per il debitore (a eseguirla) o per il creditore (a riceverla o utilizzarla) soltanto in parte (si pensi a un contratto di locazione turistica rispetto al quale soltanto per una frazione della durata pattuita non è possibile eseguire e/o godere della prestazione). In tal caso è riconosciuto all'altra parte, in ragione del suo interesse, una duplice possibilità: mantenere in essere il contratto ottenendo una riduzione della propria prestazione; recedere dal contratto se, appunto, non v'è un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

c) Impossibilità *temporanea* (art. 1256, comma 2, c.c.). La prestazione non può essere oggettivamente eseguita nel termine pattuito, ma potrà esserlo in un momento successivo quando, appunto, sarà possibile (si pensi alla fornitura di un quantitativo di materie prime o di altri beni). In tale caso il debitore dovrà eseguire la prestazione quando essa sarà possibile e non risponderà del ritardo *ex* art. 1218 c.c., a meno che, in base alle circostanze concrete («al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'affare») non debba più ritenersi obbligato a eseguire la prestazione o si debba ritenere che il creditore non abbia più interesse a conseguire la prestazione.

**4.** – Soltanto nell'ipotesi di impossibilità parziale è riconosciuto alla parte che la subisce il diritto di mantenere in vita il contratto, pretendendo dall'altra parte la corrispondente riduzione della propria prestazione e quindi la rideterminazione della misura delle reciproche prestazioni. Negli altri casi il rimedio espressamente previsto dal legislatore è di tipo *demolitorio*, avente cioè l'effetto di sciogliere il rapporto contrattuale.

Ma potrebbe essere interesse della parte svantaggiata disporre di un rimedio *conservativo* (o manutentivo) del contratto, volto unicamente a ridefinire i termini economici dello stesso; esigenza, questa, particolarmente avvertita quando la parte è un imprenditore, spinto dall'interesse di neutralizzare il rischio di perdere l'avviamento e di cessare l'attività economica [13]. L'esigenza può sorgere rispetto a casi di impossibilità temporanea in cui permane l'interesse del creditore ad avere la prestazione, ma a condizioni diverse; o di un contratto stipulato nel periodo non emergenziale a ese-

[13] Si veda F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129 ss.; ID., *CoVid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, cit., 82.

cuzione differita, da eseguirsi in un periodo quando è venuto meno l'impedimento alla prestazione ma permangono ancora numerose restrizioni legate all'emergenza sanitaria.

Ma questa esigenza è avvertita specialmente nei contratti di durata ad esecuzione continuata o periodica, conosciuti anche come *contratti relazionali*, caratterizzati da un rapporto continuativo tra le parti [14].

È il caso, ampiamente conosciuto dalla giurisprudenza di questi tempi, dei contratti di locazione di immobili ad uso non abitativo [15].

La risposta a quell'esigenza è stata da molti individuata nell'art. 1464 c.c., ravvisando nei provvedimenti che hanno sospeso lo svolgimento dell'attività imprenditoriale all'interno degli immobili oggetto della locazione, incidenti non sulla *quantità* ma sulla *qualità* delle prestazioni, dei fatti generativi di impossibilità temporanea della prestazione; la quale, rispetto ai contratti di durata, comporta l'applicabilità della disciplina dell'impossibilità parziale [16]. Nello specifico, non potendo il locatore adempiere l'obbligo di mantenere la cosa nello stato «da servire all'uso convenuto» (art. 1575, n. 2, c.c.), il conduttore – a sua volta impedito a servirsi della cosa «per l'uso determinato nel contratto o per l'uso che può altrimenti presumersi dalle circostanze» (art. 1587, n. 1, c.c.) – potrà, secondo il suddetto dettato normativo, attivare il rimedio conservativo chiedendo la riduzione del canone dovuto oppure, qualora sia venuto meno, in modo apprezzabile, il suo interesse all'adempimento parziale, recedere dal contratto. E a ciò si giunge anche muovendo dalla categoria della presupposizione, ritenendo cioè che l'impossibilità di svolge-

---

[14] Relativamente a questa categoria v. F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 582 ss.; G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, cit., 57; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19,* in *Contratti*, 2020, 712; ID., *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12 *bis*, 422 ss.

[15] Si veda in proposito V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del* Coronavirus, in *Giustiziacivile.com*, 2020, Speciale n. 2, 235 ss.

[16] G. CARAPEZZA FIGLIA, *Rimedi contrattuali e disfunzioni delle locazioni commerciali. Problemi e limiti dell'attivismo giudiziale nell'emergenza Covid-19,* cit., 717, il quale osserva che questa impostazione «conduce a trasferire nella sfera del locatore il rischio della sopravvenienza, ricorrendo all'applicazione diretta e non analogica di un rimedio codificato, preferibile, sia sul piano ermeneutico sia su quello della prevedibilità delle decisioni giudiziali, al rimando a una figura dall'incerta portata applicativa, come il difetto di presupposizione». In questo senso v. anche A. D'ADDA, *Locazione commerciale ed affitto di ramo d'azienda al tempo del CoViD-19: quali risposte dal sistema del diritto contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Supplemento 3/2020, 106.

re l'attività commerciale nell'immobile locato incide su un presupposto che colora «di un senso concreto il complessivo affare» [17].

Pare tuttavia che rispetto a questi rapporti contrattuali, l'effetto generato dai provvedimenti restrittivi legati alla pandemia non sia tanto quello di aver reso la prestazione impossibile da parte del debitore/locatore [18]. Quest'ultimo, infatti, nonostante le disposizioni emergenziali abbiano impedito di utilizzare i locali per lo svolgimento dell'attività commerciale, ha comunque potuto eseguire la prestazione, mantenendo il bene nel godimento del locatario. D'altro canto il conduttore, nonostante quei divieti, ha continuato a rimanere nel godimento del bene, sia pure non potendo svolgere la propria attività commerciale, artigianale, alberghiera, industriale, non potendo quindi servirsi dello stesso per «l'uso determinato nel contratto». Peraltro, gli eventi legati alla pandemia da COVID-19 hanno costituito una «circostanza estrinseca rispetto alla *res*», non rilevante ai sensi dell'art. 1578 c.c., ovvero come fattore che abbia comportato l'insorgenza di vizi nella cosa tali da diminuire in modo apprezzabile l'idoneità all'uso pattuito [19].

In sostanza, rispetto a questi rapporti, l'evento straordinario e imprevedibile non ha inciso sulla possibilità dell'esecuzione della prestazione, ma più propriamente sul sinallagma cristallizzato al momento della conclusione del contratto, scombinandolo, in molti casi in modo significativo, rendendo una prestazione (quella del conduttore) eccessivamente onerosa rispetto alla controprestazione (quella del locatore).

E questo in quanto la specifica sopravvenienza, quale evento eccezionale e imprevedibile, ha mutato significativamente le condizioni presenti e quelle prevedibili al momento della conclusione del contratto, attentamente ponderate dalle parti e poste a fondamento della loro scelta.

Ora, il profilo causale del contratto di locazione commerciale non comprende anche

---

[17] Così E. NAVARRETTA, *CoVid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit., 88. V. anche P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, cit., 77.

[18] E. NAVARRETTA, *CoVid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit., 88. Si veda anche C. SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 130 ss.; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 860 ss. In giurisprudenza v. Cass., 13 ottobre 2016, n. 20620, in banca dati *De jure*. Altra dottrina è giunta a riconoscere il diritto di recesso in capo alla parte svantaggiata muovendo dal concetto di causa in concreto e ravvisando nelle sopravvenienze un impedimento alla realizzazione della stessa; cfr. S. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Studi senesi*, 2010, 286 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, 425. In giurisprudenza v. Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, c. 214 ss.; Cass., 29 marzo 2019, n. 8766, in banca dati *De jure*.

[19] Così Trib. Biella, 17 marzo 2021, in banca dati *ForoPlus*.

la produttività dell'attività che il conduttore svolge all'interno dei locali. Il locatore deve garantire l'idoneità del bene all'uso che se ne vuole fare, ma non il suo rendimento o il suo utilizzo effettivo da parte del conduttore. In altre parole, la causa del contratto riguarda la dimensione materiale dell'immobile e non anche quella giuridica e produttiva dello stesso. Sì che l'impossibilità sopravvenuta di svolgere l'attività imprenditoriale nell'immobile oggetto della locazione, non comportando impossibilità della prestazione, non può giustificare la risoluzione di diritto del relativo rapporto contrattuale *ex* artt. 1463 e ss. c.c. [20].

Ma vi è chi ravvisa nei provvedimenti che hanno sospeso le attività commerciali dei limiti all'uso degli immobili, sì che «il rischio dell'impossibilità deve essere riferito all'uso convenuto del bene e conseguentemente ricadere nel locatore» [21].

Comunque, quel che è fuor di dubbio è il fatto che l'imprenditore non potendo svolgere, totalmente o anche solo in parte, la propria attività nell'immobile locato si trova nell'oggettiva difficoltà economica di sostenere il peso del canone inizialmente pattuito, essendo venuta meno la fonte di finanziamento (l'attività d'impresa), il presupposto per poter far fronte allo stesso [22]. Tanto che, come si legge in un'illuminata pronuncia di merito, «in un'ottica di distribuzione del rischio, qualora il conduttore fosse costretto a corrispondere interamente il canone originariamente pattuito, pur non potendo esercitare l'attività imprenditoriale che generava la necessità di prendere in locazione quell'immobile ovvero potendola sì esercitare, ma con stringenti limiti, il locatore verrebbe a trovarsi in una posizione di eccessivo vantaggio, continuando a ricavare un lucro che verosimilmente non otterrebbe se l'immobile venisse locato nel contesto dell'attuale situazione emergenziale, atteso il valore ridotto del bene in tale periodo» [23].

---

[20] Trib. Roma, 25 febbraio 2021, in banca dati *ForoPlus*. V. anche Trib. Roma, 23 marzo 2021, n. 5224, in banca dati *ForoPlus*; Trib. Pordenone, 8 luglio 2020 in *http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/23880.pdf*; Trib. Macerata, 28 ottobre 2020, in banca dati *ForoPlus*.

[21] U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus,* cit., 239.

[22] Tant'è che come hanno giustamente sottolineato i giudici di merito «la crisi economica dipesa dalla pandemia Covid e la chiusura forzata delle attività commerciali (…) devono qualificarsi quale sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale; invero, nel caso delle locazioni commerciali il contratto è stato stipulato "sul presupposto" di un impiego dell'immobile per l'effettivo svolgimento di attività produttiva, e segnatamente nel caso di specie per lo svolgimento dell'attività di ristorazione», così Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. it.*, 2020, 2433 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice* ex *art. 1374 c.c.?* e di P. GALLO, *Emergenza Covid e revisione del contratto*.

[23] Trib. Milano, 21 ottobre 2020, in *Contratti*, 2021, 162, con nota di M. MANELLI, *Sopravvenienze e*

Ma la risposta conservativa/correttiva del contratto non pare propriamente rintracciabile nell'art. 1464 c.c., passando per la categoria della presupposizione o forzando l'incidenza dei limiti spostandola dall'attività al (godimento del) bene locato.

Convince piuttosto che essa sia data dalla legge non con la forma della fattispecie ma con lo strumento della clausola generale, il più adatto a porre soluzioni a casi non accoglibili nei rigidi schemi formali. Tanto che che la cromatura dell'incidenza dei provvedimenti restrittivi sulle attività commerciali è talmente variegata, anche in ragione di fattori contingenti (di luogo, struttura, utenza, ecc.), che il solo discorrere di impossibilità prospetta non pochi dubbi.

**5.** – La fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili conosce un'espressa previsione nell'art. 1467 c.c.; il quale accorda alla parte svantaggiata soltanto un *rimedio demolitorio* del contratto, ovvero la sua risoluzione. È soltanto all'altra parte che è riconosciuto il potere di evitare lo scioglimento del rapporto contrattuale «offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto» [24].

Stando pertanto a questa previsione normativa, il contraente che lamenta la sopravvenuta eccessiva onerosità della propria prestazione per effetto degli eventi legati alla pandemia da COVID-19 non ha altra soluzione che quella di privarsi del contratto, essendo riconosciuto soltanto all'altra parte il potere di mantenerlo in vita rinegoziando i termini economici.

È questa la logica della fattispecie, i cui presupposti sono rigidamente scanditi e non agevolmente ravvisabili, a partire dall'onerosità sopravvenuta, la quale, è sovente significativa anziché eccessiva, ma proprio perché tale pur sempre meritevole di soluzione normativa.

Oltretutto, come dicevamo, non è interesse della parte svantaggiata, specie se si tratta di un imprenditore, sciogliere il rapporto contrattuale, ma piuttosto conservarlo a condizioni diverse, ovvero rinegoziando i suoi termini economici. In sostanza, il rimedio caducatorio, previsto dall'art. 1467 c.c., non è ritenuto soddisfacente.

Ma nel nostro ordinamento manca una regola generale espressa che accordi alla parte

---

*Covid-19: prime applicazioni giurisprudenziali della rinegoziazione secondo la relazione tematica della Cassazione n. 56/2020.*

[24] Cfr. F. MACARIO, *CoVid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, cit., 81.

la cui prestazione sia divenuta significativamente onerosa per effetto di un evento sopravvenuto, eccezionale e imprevedibile, il diritto di ottenere dall'altra parte la rinegoziazione del contratto. E ciò a differenza di quanto è dato constatare in altri ordinamenti europei (si pensi alla Francia [25] o alla Germania [26)], ma anche nelle fonti di *soft law* riguardanti principi di diritto contrattuale [27].

In questa direzione muovono anche i *Principles for the COVID-19 Crisis* formulati dall'*European Law Institute*. Segnatamente, il *Principle 13* dispone che «*Where, as a consequence of the COVID-19 crisis and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including where the cost of performance has risen significantly, States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into renegotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation*».

Ma, ad oggi, come si diceva, nonostante siano presenti nell'ordinamento italiano specifiche previsioni normative, riguardanti taluni tipi contrattuali, di modifica delle condizioni economiche in caso di sopravvenienze significative che incidano sull'equilibrio del contratto – come, ad esempio, nel caso del contratto di affitto (art. 1623 c.c.) o del contratto di appalto (art. 1664 c.c.) –, manca una regola generale che accordi alla parte svantaggiata un rimedio conservativo del contratto con il diritto di ottenere dall'altra parte la rinegoziazione delle sue condizioni o la revisione giudiziale delle stesse.

---

[25] Art. 1195 c.c. «*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*».

[26] Art. 313 BGB «*Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.*

*Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.*

*Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung*».

[27] V., ad esempio, art. 6.111 (*Changes of Circumstances*) dei *Principles of European Contract law*; art. 6.2.3 (*Effects of hardship*) degli *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*; art. III. – I: 108 (*Variation or termination by agreement*) del *Draft Common Frame of Reference*. Si veda anche art. 89 (*Changes of Circumstances*) della *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* COM (2011) 635 final.

L'indubbia esigenza (e urgenza) di munire l'ordinamento di tale soluzione espressa è attestata pure dal D.D.L. n. S. 1151 "Delega al Governo per la revisione del codice civile" ove tra i principi e i criteri direttivi che dovranno guidare i decreti legislativi per la revisione e l'integrazione del Codice vi è pure la previsione del «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti» (art.1, lett. i) [28].

Quanto alla normativa emergenziale, l'unica previsione di rinegoziazione, sia pure formulata non in termini di obbligo ma di facoltà, è quella dell'art. 216, commi 1 e 2, del 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", c.d. "Decreto Rilancio") relativa agli impianti sportivi. Nello specifico, si prevede che le parti dei rapporti in concessione di impianti sportivi possano concordare, quando il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziarie originariamente pattuite «anche attraverso la proroga della durata del rapporto, in modo da favorire il graduale recupero dei proventi non incassati e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati». In caso di mancato accordo, è riconosciuto alle parti il diritto di recedere dal contratto e, se questo viene esercitato, al concessionario di ottenere il rimborso di quanto indicato nella disposizione normativa. Mancando la previsione di un *obbligo* di rinegoziazione, non è neppure prevista la possibilità per la parte svantaggiata (il concessionario) di rivolgersi al giudice per ottenere una sentenza correttiva del contratto, che tenga luogo del mancato accordo di rinegoziazione.

**6.** – Nonostante l'assenza di una previsione espressa dell'obbligo di rinegoziazione, il nostro ordinamento è comunque dotato di strumenti normativi capaci di fondarlo, in capo a entrambe le parti, ogni qual volta sopravvengano circostanze non calcolate né calcolabili al momento della conclusione del contratto e che incidano sul sinallagma, sulla sua specifica cifra di equilibrio economico.

È noto che tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno principalmente ravvisato i

[28] Si veda *http://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/51488.pdf*.

referenti normativi di questo obbligo nella clausola generale di buona fede contrattuale e nel principio di solidarietà economica, politica e sociale, di cui essa è espressione, sancito dall'art. 2 Cost. [29] È proprio la solidarietà che impone alle parti, in presenza di eventi del tipo di quelli oggetto di queste riflessioni, di non far prevalere, tra gli interessi in gioco, un interesse sull'altro, adottando così un approccio individualistico, ma di attuare un *ragionevole bilanciamento* tra gli stessi [30].

In quest'ordine di senso, l'obbligo di buona fede esige dalle parti il dovere di comportarsi correttamente, salvaguardando l'interesse dell'altra parte quando ciò non comporti un apprezzabile sacrificio del proprio [31]. E trattandosi di un obbligo fondato sul principio suddetto, esso si pone a fondamento di tutto il rapporto, dal momento delle trattative (art. 1337 c.c.) a quello della esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.).

Le parti, dunque, essendo obbligate non soltanto a ciò che risulta espressamente dal contratto ma pure, a norma dell'art. 1374 c.c., da tutto quanto discende dalla legge (dagli usi o dall'equità), sono chiamate anche ad adempiere l'obbligo di buona fede nella fase di esecuzione del contratto [32]. E, di conseguenza, anche l'obbligo di rinegoziare i termini del contratto, secondo una logica solidaristica e non egoistica, quando gli eventi sopravvenuti, straordinari e imprevedibili impongono, secondo lealtà e correttezza, condizioni economiche diverse da quelle volute dalle parti al momento della conclusione del contratto [33]. Tant'è che se codeste circostanze fossero state presenti in quest'ultimo momen-

---

[29] Cfr. P. GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 367; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 86 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 3; P. GALLO, *Contratto e buona fede*, Torino, 2009, 407 ss.; V. ROPPO, *Il contratto,* in G. IUDICA e P. ZATTI, *Tratt. dir. priv.*, II ed., Milano, 2011, 160 ss.; F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 117 ss.; R. SACCO, *La buona fede nella fase precontrattuale*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1183 ss.; E. NAVARRETTA, *CoVid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit., 91.

[30] Si veda L. MENGONI, *Obbligazione «di risultato» e obbligazioni di «mezzi». Studio critico*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368 ss.; D. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 711; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 150; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 206 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, quarta edizione riscritta e ampliata, IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 5 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 167 ss.

[31] Cfr., *ex multis*, Cass., 6 maggio 2020, n. 8494, in banca dati *De jure*; Cass., 29 gennaio 2018, n. 2057, in banca dati *De jure*; Cass., 15 ottobre 2012, n. 17642, in banca dati *De jure*.

[32] Si veda F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537 ss.

[33] In tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, quarta edizione riscritta e ampliata, I, *Metodi e tecniche*, Napoli, 2020, 5 ss. insegna che «le clausole generali consentono la concretizzazione e la specificazione delle molteplici possibilità di

to, le parti sarebbero giunte a definire una cifra diversa dell'equilibrio economico pattuito [34].

Ebbene, se al verificarsi di queste circostanze le parti non adempiono spontaneamente l'obbligo di rinegoziazione, è possibile ricorrere al giudice per ottenere il medesimo risultato.

L'intervento correttivo del giudice nel contratto è consentito proprio in forza dell'obbligo di rinegoziazione che grava sulle parti; il quale, se non espressamente previsto, è comunque imposto dalla legge, per il tramite della clausola generale di buona fede [35]. E la legge, come dicevamo, per quanto non disposto dalle parti, integra il contenuto del contratto (art. 1374 c.c.) [36], facendo di quest'ultimo una «sintesi di auto ed eteroregolamentazione» [37].

È in ragione della presenza dell'*obbligo a contrarre* (a rinegoziare) che la sentenza, come condivisibilmente precisato nella Relazione tematica dell'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020 [38], costituisce una

---

attuazione dei principi, operando contemporaneamente come tecniche di controllo della compatibilità tra principi e regole».

[34] Muovendo dal criterio di interpretazione del contratto secondo buona fede che esige di «illuminare il senso dell'accordo proprio alla luce delle circostanze concrete in cui si sviluppa l'esecuzione del contratto», taluna dottrina osserva che «se la sopravvenienza altera a tal punto la distribuzione del rischio contrattuale da renderlo radicalmente infedele rispetto all'originario accordo, la buona fede interpretativa porta alla luce quel che due parti "corrette" avrebbero fatto se avessero conosciuto le condizioni generate dalla sopravvenienza: *id est*, avrebbero diversamente regolato i loro interessi», così E. NAVARRETTA, *CoVid-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, cit., 91.

[35] La Corte di legittimità ha in tal senso precisato che la buona fede contrattuale, oltre a essere regola di comportamento delle parti e regola di interpretazione del contratto è anche «criterio di determinazione della prestazione contrattuale, costituendo invero fonte – altra e diversa sia da quella eteronoma e suppletiva *ex* art. 1374 c.c. che da quella cogente *ex* art. 1339 c.c. – di integrazione del comportamento dovuto, là dove impone di compiere quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio», così Cass., 6 maggio 2020, n. 8494, cit.

[36] Sul punto si rinvia a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *passim*.

[37] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, cit., 5.

[38] Consultabile in *https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf*. Questa Relazione si lega a quella dello stesso Ufficio del 10 settembre 2010, n. 116 su "Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto", consultabile in *https://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_116_2010.pdf*. In questa relazione si legge che «nella buona fede è stato ravvisato, oltre che un criterio di integrazione del contratto, anche un limite generale all'esercizio dell'autonomia privata, e, quindi, uno strumento di controllo della ragionevolezza e dell'equilibrio del contenuto del contratto».

forma di esecuzione specifica, tenendo luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso, ovvero producendo gli stessi effetti dell'obbligo non adempiuto (art. 2932 c.c.) [39].

La peculiarità di questo obbligo a contrarre è evidentemente il suo contenuto indeterminato. Difatti, in assenza di una disciplina della rinegoziazione che trovi fonte nell'autonomia contrattuale e che specifichi i parametri all'insegna dei quali debba essere operata la ridefinizione delle condizioni economiche del contratto, il relativo obbligo, pur sussistendo, si presenta sprovvisto di contenuto determinato. Ma ciò non autorizza il giudice, chiamato ad attuarlo in forma specifica, a procedere in modo arbitrario [40], ma prendendo a riferimento gli «elementi rigorosamente espressi dal medesimo regolamento negoziale» [41]. Dovendo comunque tener luogo del mancato accordo di rinegoziazione, egli dovrà operare all'insegna della clausola generale di buona fede, istitutiva di quell'obbligo, e quindi individuando i parametri operativi dall'*interno* del contratto e dell'assiologia ordinamentale, scrutando gli assetti dello specifico rapporto in dialogo con i modelli comportamenti osservabili nel settore di mercato interessato.

In questo senso si sono orientati quei giudici che, preso atto delle sopravvenienze legate alla pandemia da COVID-19, incidente nel sostrato fattuale e giuridico del contratto, hanno riconosciuto in capo alla parte svantaggiata il diritto di ottenere dall'altra parte la rinegoziazione delle condizioni economiche del contratto in base al dovere di buona fede nell'esecuzione dello stesso. Con l'ulteriore inferenza che in siffatta ipotesi sorge «in base alla clausola generale di buona fede e correttezza, un obbligo delle parti di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell'alea normale del contratto» [42].

Altre pronunce di merito hanno invece fondato l'intervento correttivo del giudice sull'*equità*, quale fonte integrativa del contratto, giungendo a ritenere che detto intervento giudiziale «sia possibile, concorrendone i presupposti e senza fare un sovrabbondante ri-

---

[39] Su tale profilo si vedano le considerazioni di M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, 89, il quale sostiene che «il comportamento della parte in mala fede non è sanzionabile con un rimedio analogo a quello della sentenza che sta in luogo del contratto, secondo l'art. 2932 c.c.».

[40] Su tale profilo v. F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 585; R. GELLI, *Emergenza sanitaria e rinegoziazione dei contratti di locazione commerciale e affitto d'azienda*, in *Contratti*, 2021, 34.

[41] Così nella Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione; v. *supra* nota n. 38.

[42] Trib. Roma 27 agosto 2020, cit., 2434. V. anche Trib. Milano, 21 ottobre 2020, cit.

corso alla generale clausola di buona fede, anche solo in ragione dei poteri equitativi concessi al giudice dall'art. 1374 cod. civ.» [43].

E ciò in linea con quella dottrina che respinge la funzione integrativa della buona fede e dunque la possibilità che attraverso di essa il giudice possa intervenire sul contenuto del contratto [44]. Attività, quest'ultima, consentita, invece – secondo questa linea di pensiero – soltanto attivando lo strumento dell'equità e non la buona fede «perché non è in mala fede chi vuol eseguire il contratto ai tempi e condizioni pattuite» [45]. E l'equità correttiva, oltre che integrativa (art. 1374 c.c.), autorizza il giudice anche a spingersi oltre l'apprezzabile sacrificio della parte non svantaggiata [46]; limite, questo, che invece ordina l'ambito applicativo della buona fede quale regola di comportamento e non di correzione del contratto [47].

Ma l'equivoco si coglie proprio là dove si avverte che il ruolo correttivo/integrativo dell'equità *ex* art. 1374 c.c. entra in azione «quando le parti non abbiano già regolato il caso e che la legge nulla dica in ordine a quello specifico tipo contrattuale, come accade per l'appalto per le precise ipotesi disciplinate dall'art. 1464 c.c.» [48].

L'argomento non convince proprio in ragione del fatto che, in assenza di una previsione contrattuale che disponga l'obbligo di rinegoziazione nel caso in cui sopravvengano eventi eccezionali e imprevedibili che scombinano in modo significativo l'equilibrio economico del contratto, quell'obbligo discende direttamente dalla legge per mezzo di

---

[43] Trib. Treviso, 21 dicembre 2020, in *Giur. it.*, 2021, 589, con nota di G. SICCHIERO, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità* ex *art. 1374 c.c.*

[44] Si veda U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio,* I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1974, 36 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 62 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, II, Torino, 1988, 172 ss.

[45] G. SICCHIERO, *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice* ex *art. 1374 c.c.?*, cit., 2438.

[46] Cfr. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 205 ss.

[47] G. SICCHIERO, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità* ex *art. 1374 c.c.*, cit., 592, il quale specifica che equità «significa valutare il caso concreto che coinvolge quei due specifici contraenti ed imporre una soluzione che, fondata pur sempre sul principio di solidarietà costituzionale, affronti l'esito dell'evento eccezionale ed imprevedibile contemperando al meglio le contrapposte esigenze e riducendo al minimo i reciproci sacrifici». Dello stesso Autore v. *Un nuovo ruolo per l'equità* ex *art. 1374 c.c.*, in *Giur. it.*, 2020, 2317 e *Buona fede integrativa o poteri equitativi del giudice* ex *art. 1374 c.c.?*, ivi, 2436. Perplessità sul ricorso alla buona fede oggettiva per fondare l'obbligo di rinegoziazione sono rigorosamente argomentate anche da E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, *passim*.

[48] G. SICCHIERO, *La prima applicazione dell'intervento giudiziale fondato sull'equità* ex *art. 1374 c.c.*, cit., 592.

una tecnica normativa non necessariamente legata alla forma della fattispecie; la legge, infatti, sancendo il dovere di buona fede in tutta la dinamica del rapporto contrattuale, al sopravvenire di quegli eventi, razionalmente impone la rinegoziazione. E allora, stando al principio di gradualità che presiede le fonti di integrazione del contratto di cui all'art. 1374 c.c., nessun ruolo può essere riconosciuto all'equità integrativa; la quale entra in gioco soltanto quando nulla ha disposto l'autonomia delle parti, né la legge, né gli usi, assumendo così carattere del tutto residuale [49].

Così come la cooperazione tra le parti secondo buona fede trova il limite nell'apprezzabile sacrificio del proprio interesse, negli stessi termini è delimitato l'operato correttivo del giudice. Egli, nel momento in cui interviene attivando le clausole generali per comporre gli interessi contrapposti deve agire in conformità al principio di ragionevolezza [50]; il quale, nel caso specifico, impone di non arrecare un sacrificio sproporzionato all'altra parte nel riequilibrare gli assetti economici del contratto nel periodo interessato dallo stato di eccezione. D'altro canto anche quando opera con lo strumento dell'equità, il giudice deve attingere i criteri dal mercato e, non potendo modificare la volontà delle parti, gli è consentito soltanto inserire regole ulteriori purché coerenti con il programma concordato dalle parti.

**7.** – La pandemia da COVID-19 ha dato senz'altro evidenza al carattere fondamentale della componente solidaristica del rapporto contrattuale, la quale, in presenza di sopravvenienze eccezionali e imprevedibili che rendano una prestazione significativamente onerosa rispetto all'altra, tende a *conservare* il contratto ridefinendo la proporzionalità tra le prestazioni.

È senz'altro vero che principi e clausole generali accordano un potere forte al giudice nel momento della lite e creano, dunque, incertezza nel mercato [51], anche quando, rispetto alla buona fede, si predica fermamente la necessità di correlare il relativo obbligo «al-

---

[49] Cfr. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., 88; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, 413 ss.; F. RIZZO, *L'evoluzione dell'integrazione del contratto secondo buona fede ed equità*, in *Contr. impr. Europa*, 2018, 457.

[50] Si rinvia a G. PERLINGIERI *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 85 ss.; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2015, 85 ss.; F. MACARIO, *CoVid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, *ivi*, 85.

[51] Si veda P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di CoViD-19*, cit., 78.

le condizioni del caso concreto, alla natura del rapporto, alla qualità dei soggetti coinvolti» [52]. Soltanto l'autonomia contrattuale può controllare questo fattore di in certezza, regolando i criteri all'insegna dei quali il principio o la clausola generale devono operare. Ragion per cui, tra i tanti insegnamenti che debbono trarsi da tutte le sopravvenienze scaturite dall'emergenza sanitaria, sul piano giuridico-contrattuale l'esperienza insegna che le parti, in sede di formazione del contratto, debbono valutare se regolare la rinegoziazione, inserendo in esso una clausola di *hardship* o di adeguamento nel caso sopravvengano eventi eccezionali e imprevedibili che incidano, in modo significativo, sull'equilibrio tra le prestazioni, specificando altresì i parametri all'insegna dei quali essa deve essere fatta operare.

[52] Cass., 30 ottobre 2007, n. 22860, in banca dati *De jure.*

JUS CIVILE

*MARIANO ROBLES*

*Professore ordinario di Diritto privato – Università di Bari*

# «CONFIDENZE NAPOLETANE» E «FIDUCIA» SUCCESSORIA: (ANTICO) RITRATTO SU (ATTUALE) SFONDO*

ξυνὸν δέ μοί ἐστιν, ὅππόθεν
ἄρξωμαι· τόθι γὰρ πάλιν ἵξομαι α ὖθις.

Indifferente è per me il punto da
cui prendere l'avvio; là, infatti,
nuovamente dovrò tornare.

PARMENIDE DI ELEA, Fr. B 5 (cit. A. Nolletti, *Parmenide profeta della globalizzazione?*, Edigrafital, Teramo, 2004, p. 52)

La verità nasce come paradosso […]
e muore come ovvietà.

A. SCHOPENHAUER, *Parerga e paralipòmena* (1851), t. 2, Adelphi, Milano, 1983, p. 488

SOMMARIO*: 1. Autonomia negoziale e «gestione» di interessi: alle radici (successorie) della clausola «confidenziale». – 2. Interpretazione storica della clausola e sua (possibile) attualizzazione. – 2.1.* Segue: *tra «flussi» giuridici ed «esegesi» normativa. – 2.2.* Segue: *la sua portata effettuale. – 3. Clausola «confidenziale» e moderne declinazioni. – 3.1.* Segue*: il (tradizionale) paradigma del* pactum de non alienando. *– 3.2.* Segue: *l'(incompatibile) applicabilità al negozio testamentario. – 3.3.* Segue: *l'eterogeneità dell'interesse tutelato. – 3.4.* Segue: *la limitazione temporale. – 4. Il (nuovo) paradigma dell'«atto di destinazione». – 5. Prima ipotesi ricostruttiva «costituzionalmente orientata» dell'atto di destinazione* mortis causa: *«effettività» della tutela quale «proporzionalità» interpretativa. – 6. Violazione «destinatoria» e vizio funzionale da evizione. – 6.1.* Segue: *la tutela in prospettiva rimediale. – 6.2.* Segue: *forme testamentarie e (ultime) volontà «destinatorie». – 7. Seconda ipotesi ricostruttiva «costituzionalmente orientata» dell'atto*

* Il presente contributo rielabora, con opportuni aggiornamenti, il lavoro pubblicato con il titolo *Pianificazione successoria e clausola «confidenziale»: sulle (antiche) tracce della (moderna) «fiducia» testamentaria*, in M. LUPOI (cur.), *Studi sul Trust – Quad. Trust e attività fiduciarie*, n. 13, Milano, 2018, p. 81 ss., al quale sia consentito rinnovare i più sinceri ringraziamenti

*di destinazione* mortis causa: *autonomia testamentaria quale (espressione di) «sussidiarietà» c.d. conformativa.*

**1.** – Nel recente D.D.L. Sen. n. 1151 del 19 marzo 2019, recante delega al Governo per la revisione del codice civile – le cui sorti sono state segnate dall'intervenuta emergenza pandemica ancorché, forse, non già (mutuando un'invalsa terminologia civilistica) in via 'perentoria', quanto (e prospetticamente) 'manutentiva' – si prevede, tra l'altro, la possibilità di «*consentire la stipulazione di patti sulle successioni future*», con una sensibile modifica dell'attuale (divieto sancito dall')art. 458 c.c., secondo suggestioni di chiara matrice tedesca. Il profilo non ha mancato di destare l'interesse di quanti, sul presupposto del mutato modo di intendere «proprietà» e «famiglia» – pilastri fondativi dell'antico edificio successorio –, ha rimarcato il problema di una rilettura (finora alquanto marginale) anche del secondo libro del codice civile alla luce dei princìpî costituzionali.

In particolare, nonostante l'abbondante letteratura formatasi sulla molteplicità degli strumenti a disposizione, quale valida alternativa «negoziale» al testamento nella trasmissione intergenerazionale del patrimonio, resterebbe tuttavia ancora largamente inesplorato l'ampio territorio di quei rapporti ove tale ordine di risvolti si salda con peculiari condizioni del potenziale beneficiario, implicanti una mediazione "programmatica" ulteriore, irrelata a talune contingenze e, quindi, non sempre valutabile al momento dell'atto (dispositivo) di ultima volontà. Si pensi al caso (non esattamente "di scuola", in virtù dell'attuale pur breve termine per l'impugnativa *ex* art. 263 c.c., decorrente tuttavia dall'annotazione, salva l'operatività della disciplina transitoria di cui all'art. 104, comma 10, d.lgs. n. 154/2013) del «compiacente» riconoscimento, per finalità solidaristiche, di figlio «biologico» di amico intimo, incapiente e scopertosi malato terminale all'atto della relativa nascita, dalle cui ultime volontà emerga *ex* art. 256 c.c. l'intenzione ricognitiva (nel caso, corroborata da indicazione di materiale genetico per fini comparativi), insieme a cospicui lasciti frattanto pervenutigli, di cui è designato beneficiario a titolo di legato (rimesso *ex* art. 632 c.c. al «vero» onerato) lo stesso «falso» dichiarante, 'previo' (i.e., *if and when*) tempestivo ristabilimento della verità naturale; di là dalla funzione (in tutto o in parte) 'remuneratoria' (a salvaguardia) del contemplato lascito [1]. La risposta interpre-

[1] Si valorizzano i preziosi spunti forniti dall'approfondito intervento di M. LUPOI, *Per una rilettura degli artt. 631 e 632 c.c.: l'affidamento fiduciario di un programma*, in AA.VV., *Percorsi giuridici tra tradizione e innovazione*, I, *L'affidamento fiduciario successorio* (Atti dell'omonimo Convegno fiorentino, 22 marzo 2019), inserito nella *Bibl. Online Fond. It. Notar*., 2019, 2, dal 9 marzo 2020.

tativa non potrebbe che muovere dal tormentato travaglio di cui la dimensione «fiduciaria» dei fenomeni giuridici – ove chiamata ad operare fuori dal «letto di Procuste» della tipologia di obbligazioni espresse dall'art. 2034 c.c. – è stata, per certi versi, 'vittima' e con cui ha dovuto confrontarsi.

Non a caso, tra le più influenti conseguenze nel superamento dei c.d. vincoli di *status*, «specchio» della posizione gerarchica socialmente ricoperta dall'individuo durante l'*Ancien Régime*, alla stregua della prismatica «proiezione» dominicale a ciascuno corrispondente, vi è stata certamente l'ambita parificazione delle singole posizioni soggettive tramite l'(esaltazione dell')autonomia contrattuale [2]. E ciò, con l'unica (ma significativa) eccezione delle prerogative che ne hanno delimitato tassativamente la libertà di azione riguardo a(l godimento de)i «beni», in quanto «misura» – sia in relazione a quelli *attuali*, che *futuri* – della capacità individuale di «impegnarsi contrattualmente» (arg. *ex* art. 2740 c.c.) [3].

Tali esiti, riassumibili nell'(apparente incontrovertibile) antitesi tra «relatività» negoziale (*inter partes*) e «realità» dominicale (*erga omnes*), denotano la 'faglia concettuale' forse più profonda (e risalente), dischiusa dal graduale processo di divaricazione tra diritto continentale ed anglosassone, mirabilmente indagato da Maurizio Lupoi, il quale ne propone una rinnovata disamina, partendo dai presupposti metodologici propri della linguistica comparata. Sembra, cioè, ragionevole muovere dalla considerazione che (tal)i caratteri distintivi tra (i due) sistemi risultino più agevolmente comprensibili qualora se ne focalizzi l'attenzione sulla fase in cui quest'ultimi erano (ancora) indistinguibili: una sorta di «indoeuropeo del diritto» quale chiave interpretativa in grado di superare la c.d. 'miscomparazione', sostituendola con un'autentica analisi giuridica [4].

---

[2] Sul(la formula) «movimento dallo *status* al contratto» – oltre al classico H.S. MAINE, *Ancient Law* [1861], ed. it. cur. V. Ferrari, Milano, 1998, spec. p. 91 s. e p. 129 s. – restano imprescindibili P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in AA.VV., *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, II, *Diritto civile*, Padova, 1970, spec. p. 546, ove si rilevava come dalla «mobilità» del *contratto*, per come concepito nella codificazione liberale, si torni alla «rigidità» degli *status*, «non già che la condizione sociale della persona ne domini tutta la vita ed il destino, ma il ritorno allo *status* viene inteso nel senso che per ogni settore di attività i contratti siano destinati a modellarsi secondo tipi e discipline che rispecchiano la posizione sociale delle parti (fino al punto di vedere nel contratto un mezzo tra i tanti in cui si esprime la politica economica dello Stato)»; ripreso da ID., *Situazione e* status *nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 s., spec. p. 221; nonché G. ALPA, Status *e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993, p. 205 ss. Più di recente, vi è tornato F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di* status, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810 s.; utile sintesi in A. TRISCIUOGLIO, *Concetto di* status *nel pensiero giuridico*, in *Dir. e proc.*, 2017, p. 13 ss.

[3] Per approfondimenti, v. ora G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tr. dir. civ.*, dir. R. Sacco, *Le obbligazioni*, t. 2, Torino, 2011, p. 75 s.

[4] Per tale approccio, v. l'importantissima ricostruzione sempre di M. LUPOI, *Alle radici del mondo giu-*

Provando a sviluppare in premessa le implicazioni sottese a tali preziose suggestioni, il (principale) limite connaturato all'*efficacia soggettiva* del rapporto regolato dal «contratto», in quanto dato *logico* prim'ancora che *giuridico* (arg. *ex* artt. 1321 e 1372, comma 1, c.c.) – essendo ogni sfera individuale governabile dalla sola volontà del suo titolare –, ne segna parimenti il limite all'autonomia, di cui il contratto è espressione: il relativo potere, infatti, non potrà esercitarsi se non «limitatamente in direzione» di quei soggetti, verso i quali il contratto riceverà tutela da parte dell'ordinamento giuridico [5]. Ma poiché l'autoregolamento esprime 'gestione' *inter partes*, così da non poter essere, nel contempo, 'posizione di norme' *erga omnes* ossia estrinsecazione di «imperio», sottratto alle attribuzioni del soggetto di diritti [6], la (jheringhiana) «signoria della volontà» (*Herrschaft*) non avrebbe giammai potuto espandersi al punto da rilegittimare quell'assetto composito di *statuti proprietari*, caratteristico dell'Età intermedia, in cui l'Illuminismo aveva intravisto – come accennato – il fondamento (politico) e l'icona (giuridica) della «diseguaglianza» e, per ciò stesso, convintamente espunto dalla (pur ampia) *libertà negoziale* riconosciuta all'individuo [7].

Ne consegue, per quanto qui interessa, che la volontà di quest'ultimo non avrebbe (avuto) il potere né di predisporre contratti *costitutivi di diritti reali atipici*, in grado di restringere, oltre alla libertà del predisponente, anche quella di chi acquista un diritto sul «bene» oggetto (*ex* art. 810 c.c.) del diritto «atipico»; né di concepire contratti *atipici ad effetti reali*, parimenti in grado di imporre ai terzi «vincoli» da loro non assentiti, rispetto

---

*ridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma, 1994, spec. p. 16 s., il quale sottolinea come l'unità giuridica europea sarebbe stata una realtà "pre-irneriana", concretatasi gradualmente in epoca altomedievale e compiutasi soltanto al suo tramonto, per essere quindi disarticolata dalla Scuola Bolognese.

[5] La questione è stata affrontata soprattutto nella ricerca del fondamento «collettivo» del contratto di lavoro subordinato, nell'attuale sistema sindacale c.d. «di fatto», in mancanza della fonte «legale» a tal fine richiesta dall'art. 39, comma 4, Cost. Per una puntuale disamina, cfr. L. CASTELVETRI, *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 847 s.

[6] Per una compiuta ricostruzione dei contributi in tema di «autonomia contrattuale», cfr. E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e princìpi*, in AA.VV., *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, in *Quad. Fior.*, n. 43, t. 1, Milano, 2014, p. 589 s.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 3ª ed., Padova, 2014, p. 182 ss.; G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tr. dir. civ. comm.*, dir. A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, p. 385 ss. Un'attenta disamina giurisprudenziale del principio è condotta da C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contratti*, 2017, spec. p. 630 ss.

[7] Su tali complessi profili, cfr. M. COMPORTI, *Diritti reali in generale*, in *Tr. dir. civ. comm.*, dir. A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, 2ª ed., Milano, 2011, p. 6 s.; nonché O.T. SCOZZAFAVA, *Beni e proprietà nella pandettistica*, in ID., *Studi sulla proprietà*, Torino, 2014, spec. p. 127, testo e note.

al bene oggetto di negoziazione [8]. Entrambe le descritte conseguenze, a loro volta espressione del c.d. principio di «tipicità» (o *numerus clausus*) [9] dei diritti reali, troverebbero (oggi) un 'addentellato' costituzionale alla luce della riserva di legge prevista dall'art. 42, cpv., Cost., (ch)e (rinvia al disposto) degli artt. 832 e 1322, comma 2, c.c., in ordine alle modalità di fruizione (i.e., godimento) dei beni [10].

Il c.d. «metodo dell'economia» [11], cui il codice civile del 1942 è notoriamente ispirato, aveva in sostanza confermato le linee di tendenza appena tracciate. E così, l'art. 1173 c.c. fa derivare il rapporto obbligatorio da ogni atto o fatto idoneo a produrlo, ma pur sempre «in conformità dell'ordinamento giuridico»; l'art. 1322 c.c. pone alla libertà di predisporre contratti «atipici» l'analogo limite, contrassegnato dalla necessità che questi siano idonei a realizzare interessi meritevoli di tutela «secondo l'ordinamento giuridico»; l'art. 1987 c.c. esclude che la promessa «unilaterale» sia fonte di obbligazioni «fuori dei casi» determinati dalla legge; l'art. 2004 c.c. limita ai casi stessi la libertà di emissione di titoli al portatore, recanti un'obbligazione pecuniaria.

Tali indici normativi suggerirebbero come il potere della «volontà» assuma carattere recessivo nelle sue manifestazioni efficaci, essendo in grado di sopravanzare la «legge» *solo nella misura in cui* quest'ultima (glie)lo permette. In base alla schematizzata «intelaiatura» codicistica, la volontà individuale dovrebbe, pertanto, ritenersi competente ad indicare gli effetti (propriamente) *economici* dell'atto di autonomia, non anche quelli

---

[8] Vi si soffermano A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, I, Padova, 1982, spec. p. 166; nonché G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, II, 2ª ed., Roma, 2001, p. 149 s. Più in generale, cfr. U. MORELLO, *Tipicità e* numerus clausus *dei diritti reali*, in *Tr. dir. reali*, dir. Id.-A. Gambaro, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, p. 67 s.

[9] Ne ricostruisce finemente la genesi, P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, 1977, spec. pp. 257-271. Sul distinguo tra «numero chiuso», relativo all'*esclusività della fonte regolatrice* (primaria), e «tipicità» relativa alla *determinazione dei contenuti* (selezionabili dal soggetto), v., con pari acume, M. COMPORTI, *Contributo allo studio del diritto reale*, ivi, s.d., spec. p. 293. In giurisprudenza, per l'affermazione che: «[…] il divieto di costituire diritti *in re aliena* diversi da quelli previsti dal codice limita la libertà contrattuale in relazione alla struttura del diritto reale, ma non al contenuto dello stesso», v. Cass., 4 gennaio 2013, n. 100, punto 3a in motiv., fonte *@DeJure*.

[10] Così, già U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, p. 65. Sul necessario completamento del precetto costituzionale tramite specifiche disposizioni normative ad oggi mancanti, v. però V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* 'iura in re aliena' *e il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992, p. 64, ed *ivi* anche nt. 2. Peraltro, la modernità della logica "pertinenziale" nella disciplina proprietaria – antecedente al prevalere della «destinazione» sulla mera «circolazione» – è ben rimarcata da A. IANNARELLI, *Proprietà e beni. Saggi di diritto privato*, Torino, 2018, p. 37 ss.

[11] Su cui, v., per tutti, F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile* [1942], ora in AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti (1940-1979)*, t. 3, Napoli, 2012, p. 2372 s.

*giuridici* [12], nonostante – sarà bene rimarcarlo da subito – la presenza, all'interno del suo impianto normativo, di discipline chiaramente propense a valorizzare, in particolare, differenziati «statuti di appartenenza» nell'accennata ottica gestionale: basti pensare all'impiego polivalente dell'usufrutto, tra i pochi (ancorché eloquenti) casi di contaminazione «rovesciata» tra diritto civile e commerciale, per come unificati nella (nuova) codificazione [13].

Il che, peraltro, non era stato sufficiente ad arginare la forte spinta dogmatica, di matrice germanica, a regolare i fenomeni sociali classificandoli in rigide categorie giuridiche, ove ogni elemento «funzionale» dovesse essere assorbito dalla «struttura» che l'atto di autonomia avrebbe dovuto rivestire, ai fini del suo valido ed efficace perfezionamento [14].

Un chiaro indice sintomatico dell'impostazione accolta è rappresentato dalla disciplina della simulazione (*ex* art. 1414 c.c.), ove l'attenzione del codificatore è tutta riposta nelle (sole) regole di opponibilità ai terzi aventi causa e al ceto creditorio, rispetto alle parti contraenti, per l'implicita disapprovazione verso l'accordo intercorso, *rilevante* unicamente 'di riflesso' (*rectius*, nei limiti derivanti) dalla tutela riservata ai primi [15]. Una tecnica regolativa addirittura «rincarata» in ambito successorio – per accostarsi, così, al tema della presente indagine – laddove la c.d. «fiducia» testamentaria, intesa quale «risvolto» *mortis causa* della fattispecie testé richiamata, viene espulsa *ope legis* dal (potenziale) *thema probandum*, in caso di controversia (arg. *ex* art. 627 c.c.) [16].

E tuttavia, non sono tanto sporadiche le ipotesi in cui, con particolare riferimento all'autonomia testamentaria, il ricorso a formule linguistiche mutuate dal lessico comune, non sempre traducibili in clausole «univocamente significanti» *sub specie juris*, sia pure con l'assistenza notarile, inducono ad una (kelseniana) *Rechtsfindung* (i.e., ricerca di

---

[12] Significativo appare, in proposito, il dettato dell'art. 1424 c.c., che fa' salva l'efficacia per la volontà «contrattuale» (c.d. «ipotetica») delle parti, in relazione agli assetti (in predicato, *patrimoniali*) desiderati (i.e., «avuto riguardo allo scopo perseguito»), purché quest'ultimi siano "convertibili" in uno schema di qualificazione, che ne approvi *legalmente* gli esiti.

[13] Cfr. R. BENCINI, *L'abuso dell'usufruttuario nel diritto commerciale*, in *Soc*., 2016, p. 946 s.

[14] Ne tratta ampiamente, nella prospettiva «proprietaria» qui considerata, F. SCAGLIONE, *La tutela civile del mercato concorrenziale*, in ID., A. PALAZZO, A. SASSI, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, p. 190 s.

[15] Illuminante l'approccio problematico seguito da R. SACCO, *Il contratto simulato*, in ID., G. DE NOVA, *Il contratto*, 4ª ed., Torino, 2016, p. 631 s.

[16] Sulle cui problematiche, v. A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, spec. p. 61 s.; ripreso ed ampliato in ID., *Le successioni*, t. 2, 2ª ed., Milano, 2000, p. 46 s.; nonché M. LUPOI, *I* trust *nel diritto civile*, in *Tr. dir. civ*., dir. R. Sacco, *Diritti reali*, t. 2, Torino, 2004, pp. 195-206.

senso) – ben oltre il principio (codificato *ex* art. 1367 c.c.) di «conservazione» degli atti negoziali –, frutto di prassi che l'attuale sistema delle fonti sembra aver accantonato (quando non del tutto disperso) nelle trame astratte della Pandettistica ottocentesca. Per cui, se è vero che la «micro» comparazione si rivela il metodo migliore per l'analitica comprensione di fenomeni all'apparenza opacizzati [17], verificarne brevemente gli sviluppi, attraverso alcune vicende tipiche dei rapporti successori, costituirà la 'cartina al tornasole' di non sempre oculate ricostruzioni, sedimentate nel tempo, benché poco rispondenti alla concreta prospettiva storica che ne sono all'origine.

È il caso delle (fin troppo dimenticate) c.d. «confidenze napoletane» [18] che, contrariamente a quanto i repertori di giurisprudenza (teorica e pratica) possano mostrare, esplicano ancora il proprio potenziale ermeneutico nell'agevolare la definizione degli esatti contorni di talune situazioni controverse, riguardanti giudizi quasi sempre intrapresi per (lamentata) violazione nell'impiego dei cespiti all'uopo devoluti dal *de cujus*. Come anticipato, occorrerà attingere all'esperienza unitaria del diritto «comune» – che agli «affidamenti» patrimoniali tra privati ha offerto ben più che una tutela episodica o «equitativa» – per inquadrarne stabilmente la disciplina nel(l'attuale) sistema delle fonti, compiendone un consapevole (ed auspicabile) recupero all'attualità normativa.

**2.** – Si è visto come i sostenitori della tradizionale dottrina della simulazione, nel rappresentarne il (sotteso) fenomeno «fiduciario» come *anomalia* (eccedenza) e/o come *patologia* (abuso), non soltanto hanno rinunciato ad approfondire i nessi che quest'ultimo può assumere nell'esperienza del diritto, ma ne hanno diffuso un'immagine pregiudizialmente negativa; o meglio, di implicita incompatibilità con l'ordine giuridico. La scarsa attenzione prestata ai dati emergenti dalla storia e dalla realtà negoziale è testimoniata, non a caso, dalla (pressoché totale) esclusione dell'autonomia testamentaria dal-

[17] Pregnanti le riflessioni, in argomento, ancora di M. LUPOI, *Comunicazione e flussi giuridici*, in F. CARPI (cur.), *Due* iceberg *a confronto: le derive del* common law *e* civil law, in *Quad. Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 12, Milano, 2009, p. 89. Merita segnalarsi la recente significativa tematizzazione rispetto agli stessi 'princìpi' quali «flussi di senso deontologico» da parte di A.M. GAROFALO, *Princìpi, formanti e ricodificazione*, in P. SIRENA (a cura di), *Dal* 'fitness check' *alla riforma del codice civile. Profili metodologici della ricodificazione*, Napoli, 2019, p. 229 ss.

[18] Un'ampia ricognizione storica dell'istituto «confidenziale» trovasi in F. TREGGIARI, *La fiducia testamentaria prima dei codici*, in M.L. BICCARI (cur.), *Fiducia,* trusts*, affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, in *St. urb.*, monotematico, 66 (2015), p. 261 s.; nonché M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei* trust *negli ordinamenti di origine e in Italia*, 3ª ed., Padova, 2016, p. 257 s.

l'orizzonte teorico del negozio «fiduciario», che appare caratterizzato da un indispensabile «bilateralismo» [19].

E tuttavia, sussiste «fiducia» anche nei negozi «unilaterali», in una duplice manifestazione: come «causa» della dichiarazione di ultima volontà (i.e., l'accordo fra testatore ed erede, sotteso alla clausola testamentaria, rivolto al conseguente passaggio devolutivo), nonché come intenzione «affidante» implicita [20]. Il fenomeno, concettualmente inspiegabile sulla base degli assunti dogmatici (in termini di *bilateralità*, piuttosto che *simulazione* ovvero *interposizione*) e valutativi (i.e., «eccedenza» del *mezzo* sullo *scopo*; «potestà» di *abuso*), diviene invece intelligibile se letto anch'esso in chiave di *titolarità nell'interesse altrui*: una formula che, assumendo la vicenda «proteiforme» della *proprietà* e dei suoi strumenti traslativi, coglie appieno la nozione di quella che viene comunemente indicata come «proprietà fiduciaria» [21], in cui la *spettanza* si risolve nella *gestione*.

Un'elaborazione più aderente alla storia ed alla realtà avrebbe, quindi, dovuto individuare il contrassegno delle relazioni «fiduciarie» non già nella *disomogeneità* tra «scopo economico» e «mezzo giuridico», bensì nella *connessione funzionale* tra la «tipicità» del mezzo giuridico e l'«atipicità» del c.d. «intento empirico» (*Absicht*), vero marchio genetico della *fiducia* [22]. Già Emilio Betti aveva indicato nella prassi romanistica dei c.d. ne-

---

[19] Non a caso, il pandettista che meglio ne definì il concetto accenna sempre e soltanto alle «parti» del negozio fiduciario: cfr. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 518.

[20] F. TREGGIARI, «Fiducialitas». *Tecniche e tutele della fiducia nel diritto intermedio*, in M. LUPOI (cur.), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006, p. 70 s. Sulla dimensione «implicita» del fenomeno esaminato si tornerà *infra*, § 5.

[21] Cfr. A. PALAZZO, *Apparenza e pubblicità degli acquisti* mortis causa *e* trans mortem, in *Familia*, 2005, p. 79 s.; A. GAMBARO, *I* trusts *e l'evoluzione del diritto di proprietà*, in I. BENEVENTI (cur.), *I* trusts *in Italia oggi*, Milano, 1996, pp. 57-66; M. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadrim.*, 1990, p. 1 s.

[22] Alle radici di tale concetto, sorto non a caso in ambiti di «gratuità negoziale», v. approfonditamente S. TOLONE AZZARITI, Auslegungsfragen. *Linee interpretative de'* La proprietà temporanea *e del suo paradigma*, in AA.VV., *Problemi attuali di diritto privato. Studi in memoria di Nicola Di Prisco*, t. 1, Torino, 2015, spec. p. 1084 s., testo e note; ripreso da A.M. GAROFALO, *Le regole costitutive del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Napoli, 2018, p. 96 ss. Un'impostazione comune alle «servitù prediali», quale *diritto reale tipico a contenuto atipico*, nelle pagine classiche di F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale* (1967), Napoli, rist. 2014, spec. p. 115 ss.; nonché di P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali*, Milano, 1974, p. 46; più di recente, C. GRANELLI, *Diritti reali tra innovazione e continuità*, in *@juscivile.it*, f. 10/2014, spec. p. 311 s. Non a caso, è stato osservato come il nuovo art. 2645-*ter* c.c. consenta ora di costituire delle vere *servitù irregolari* «opponibili» ai terzi, mediante la prevista trascrivibilità dei vincoli di asservimento a favore della «persona», piuttosto che del «fondo»: così, R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, Torino, 2012, p. 158 s. V. anche *infra*, nt. 109.

gozi *dicis causa* [23], ossia nella finalizzazione «anomala» di negozi tipici, il «luogo di nascita» di due famiglie tra loro strettamente apparentate: quella dei negozi «simulati» e quella dei negozi «fiduciari» [24].

La vicenda consisteva nella «mimesi» di negozi, che le parti impiegavano rispettandone la «struttura» tipica ed esteriore, ma adattandoli a nuove «funzioni». Segretezza dell'«intento empirico» e «mezzo giuridico» della simulazione negoziale non implicavano necessariamente un'intenzione fraudolenta: un «disvalore» abitualmente associato alla fenomenologia dei negozi «indiretti», alla luce dell'art. 1344 c.c. Semplicemente l'autonomia privata, per ovviare all'esiguità di mezzi giuridici messi a disposizione dal diritto positivo, ovvero per rimuovere ostacoli al soddisfacimento di determinate aspettative, adoperava gli schemi offerti dall'ordinamento 'piegandoli' a finalità sino ad allora sconosciute, ma non per questo illecite (ancorché lo stesso sistema ispirasse la «negozialità» in frode alla legge e ai creditori).

L'interprete antico – come quello medievale – guardava piuttosto alle intenzioni sottese alle «finalità» perseguite dalle parti o dal singolo disponente, non già alla «tipicità» dello schema formale risultante dalla dichiarazione. Non rilevava, ad es., che la donazione tra coniugi fosse una causa «illecita» di trasferimento, se essa veniva contratta per uno scopo che ne travalicava la finalità tipica: donare il bene al marito, in vista della sua successiva restituzione al figlio, sotto forma di legato, non equivaleva ad arricchire il donatario (che, in realtà, era tale solo formalmente, ma di fatto era un *nudus minister*), poiché la donazione compiuta dalla moglie consisteva, in realtà, in una «fiducia» con causa «lecita», e quindi valida [25].

Nell'ottica che domina questi casi la simulazione non appare, dunque, affatto: «come un vizio del negozio, ma come una forma di linguaggio di gergo, nel quale ciò che deve avere valore sociale e giuridico fra le parti non è il segno adoperato, ma [...] l'allusione in essa contenuta» [26]. L'impiego «funzionale» di forme tipiche preesistenti, che la diver-

---

[23] Su cui, v. F. TERRANOVA, *Sul valore delle espressioni* 'dicis gratia' *e* 'dicis causa' *nel linguaggio dei giuristi*, in *SDHI*, 81 (2015), pp. 263-303; nonché A. SALOMONE, *Venditio donationis causa*, 2ª ed., Torino, 2016, spec. p. 9, testo e note.

[24] E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, p. 279 s.

[25] Cfr. F. TREGGIARI, Minister ultimae voluntatis. *Esegesi e sistema nella disciplina del testamento fiduciario*, I, *Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, 2002, p. 87 e p. 129 s.; nonché A. PALAZZO, *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 253 s., ed *ivi* anche nt. 33.

[26] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1955), Napoli, rist. 2002, p. 395.

gente determinazione causale dei privati 'deviava' verso risultati atipici, era quindi alla base dei negozi compiuti *fiduciae causa*.

«Sorto come strumento foggiato dall'iniziativa dei privati per adattare a talune nuove esigenze o ad interessi nuovi la consolidata struttura di schemi formali», il negozio fiduciario si colloca così «al limite tra l'ordinamento qual è in un certo momento storico e quale dovrebbe essere ovvero quale sarà in un momento successivo»[27]. Questa funzione della «fiducia» fra privati come fattore di evoluzione del diritto è valsa continuamente, nel corso della storia, ad opacizzare, sino alla (pressoché totale) scomparsa, istituti giuridici non più compatibili con la loro funzione socio-economica e a promuovere la nascita e l'avvicendamento di nuovi «tipi» negoziali, che hanno ottenuto dall'ordinamento riconoscimento ufficiale.

Se, di solito, l'area delle situazioni «fiduciarie» opera in parallelo (e spesso, in antagonismo) con l'ordinamento «dato», è da esso, tuttavia, che attinge costantemente i suoi schemi operativi. Lo testimonia, in modo eloquente, l'utilizzo che della *fiducia* ne fa ancora una volta il diritto successorio romano.

Nata, in particolare, come rimedio all'«iniquità» delle numerose incapacità soggettive dell'epoca antica, l'istituzione «fiduciaria» dell'erede – contrassegnata dalla «nudità» economica del *titolo* successorio e dalla *destinazione* della ricchezza a terzi beneficiari – soddisfaceva svariate necessità di pianificazione patrimoniale trans-morte. Socialmente tipico era, ad es., l'uso della successione ereditaria differita del minore d'età, rispetto al quale le fonti romane assimilano significativamente l'*heres fiduciarius* al *tutor*, appunto in considerazione dell'onere (i.e., la gestione in funzione conservativa dell'eredità, in vista della successiva devoluzione al fedecommissario) che «assorbe» il titolo proprietario, indirizzandone tutti i relativi *commoda* a vantaggio dell'effettivo beneficiario[28].

Questa «fiducia», che ha innervato l'esperienza giuridica romana – cui non destava alcuno "scalpore" (né, tanto meno, leggeva in chiave di «eccedenza del mezzo sullo scopo») il trasferimento *pleno jure* di un bene, per finalità che travalicavano l'interesse «diretto» dell'*accipiens* – ha avuto libertà di azione anche nel sistema del diritto comune europeo, che nel *pactum* inteso come «affidamento» (*confidentia*) meritevole di tutela giudiziale, nonché nel canone dell'interpretazione «soggettiva» della volontà testamentaria, dissolveva la rigida «tipicità» dei negozi traslativi dei diritti reali, declinando in chiave «fiduciaria» i concetti e gli istituti della tradizione successoria.

---

[27] N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, pp. 9-11.

[28] V. ancora F. TREGGIARI, *Minister ultimae voluntatis*, cit., p. 105 s.

Proprio la salvaguardia per le (ultime) volontà di chi non potrà, *in re ipsa*, curarne di persona l'attuazione (anche coattiva) testimoniano di un fenomeno, per sua natura, strettamente radicato nelle risalenti origini etico-religiose del momento del trapasso e delle relative conseguenze patrimoniali, e che si è da sempre mostrato insofferente alle rigide classificazioni dogmatiche invalse [29]. Di guisa che, non sembra superfluo soffermarsi, sia pure brevemente, sul retroterra «gius-culturale» da cui il fenomeno ha preso forma e consistenza, non senza avvertire che, qualora punti di contatto fossero ravvisabili rispetto ad istituti tipici della moderna codificazione, ciò imporrà evidentemente di riflettere sulla corretta operatività di quest'ultimi; in particolare, se la loro portata «effettuale» non debba essere piuttosto esplorata alla luce degli elementi valorizzabili da quel retroterra stratificatosi nel tempo.

**2.1.** – Spazi alquanto ridotti la «fiducia» è notoriamente riuscita a ritagliarsi nei sistemi nazionali 'a diritto legificato', caratterizzati dall'«assolutismo» della norma statuale e dal «formalismo» dell'interpretazione, entrambi fattori inibitori del fenomeno fiduciario [30]. Peraltro, converrà precisare che l'espressione *confidentia* poco o nulla ha a che vedere con l'invalsa categoria del «negozio fiduciario» noto ai Pandettisti, i quali vi avevano dedicato, si è visto, studi alquanto circospetti. In ciò, coerenti epigoni del grande Baldo degli Ubaldi, il quale per primo aveva «codificato» quel che la tradizione giuridica anglosassone era riuscita in forma originale a rimuovere e che, per ciò stesso e nel contempo, ha costituito il principale motivo di «paralisi» per la *confidentia* nell'esperienza continentale: l'evidenziata contrapposizione dei profili «reali» (c.d. *property rules*) con quelli «obbligatori» (c.d. *contract rules*); sfociata, poi, nell'«ipostatizzata» inconciliabilità tra una *fiducia* c.d. «romanistica», caratterizzata dall'«assolutezza», ed una c.d. *germanica*, connotata dalla «limitatezza» del dominio acquisito dal fiduciario [31].

---

[29] L'idea per cui il testamento non ritrova nella propria peculiare disciplina le motivazioni del relativo inquadramento dogmatico, e che *a fortiori* quest'ultimo non vada collegato alla «struttura» dell'atto nella sua funzione tipica, ma al modo di porsi della «sfera effettuale» e, quindi, ai «risultati concreti» connessi, emerge chiaramente sempre da N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, spec. p. 240 s.

[30] Sul cui pernicioso processo di «dogmatizzazione» si diffonde, giustamente, sempre F. TREGGIARI, *Negozio fiduciario, fiducia, disposizione transmorte*, in S. MAZZARESE, A. SASSI (cur.), *Studi in onore di Antonio Palazzo*, t. 2, *Persona, famiglia e successioni*, Torino, 2009, spec. p. 891 s.

[31] Distinzione elaborata, proprio in materia testamentaria, da A. SCHULTZE, *Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentvollstreckung* [Breslau, 1895], rist. anast., Aalen, 1973, p. 95 s. (§ 13: «Die germanische *fiducia* im Gegensatz zur römischen *fiducia*»); nonché ID., *Treuhänder im geltenden*

La singolarità dell'istituto è data, infatti, dalla sua ascendenza in area anglo-normanna, nelle cui fonti legali si rinviene il termine francese *affiance* [32], dal cui ceppo si sviluppò in tutto il continente europeo la figura del *fedecommissum confidentiale* o *purum*, che si differenziava dall'istituto romanistico sotto un duplice aspetto. In primo luogo, i beni oggetto della *confidentia* erano (nella «titolarità», e tuttavia) «sottratti» ad azioni esecutive da parte dei creditori del c.d. «confidenziario»: un elemento che permarrà a connotare la disciplina di altri «patrimoni di scopo», proliferati in seguito all'espansione della moderna economia capitalistica [33].

In secondo luogo – ed è, forse, questo il tratto peculiare e distintivo dell'istituto – la figura del «confidenziario» si distacca gradualmente dalla sua originaria (e connaturata) qualità di «erede» *pleno jure*, per trasformarsi in quello che il diritto continentale avrebbe qualificato in termini di esecutore testamentario. Volendo, anzi, meglio delineare l'effettivo ruolo svolto da tale figura, significativo appare un passo dello stesso Baldo degli Ubaldi, secondo cui: *«Non credo quod iste Pollidius possit* retinere quartam*. Nam licet nomen et* ius haeredis *habeat, tamen tamquam* minister ad opus pietatis *videtur»* [34].

Il brano se, da un lato, sottolinea il fondamento etico-religioso (*ad opus pietatis*) della fattispecie in esame, d'altro lato, testimonia della segnalata difficoltà concettuale già presente nell'illustre Commentatore, al pari dei giuristi continentali suoi posteri, di discernere il momento dell'«appartenenza» (inscindibilmente correlata al *jus haeredis*) da quello della «gestione» (*minister*) dei lasciti, per le cui finalità, coerenti «all'evidenza» (*videtur*) con quel (diverso ed ulteriore) fondamento (i.e., «causa»), l'istituito ne era divenuto beneficiario. Conseguenza di tale «commistione» era l'impossibilità per il «confidenziario» di esigerne, alla stessa stregua dell'ordinario *fideicommissum*, la quota-parte, sotto forma di «legato per il quarto» (*Non credo […] possit retinere quartam*) a suo vantaggio [35].

---

*bürgerlichen Recht*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 43 (1901), p. 6 s. (§ 2: «Unterschied zwischen römischer und germanischer Treuhänderschaft»).

[32] Sulle origini della nozione, v. sempre acutamente M. LUPOI, *Trust and Confidence*, in 125 (2009) *L. Quart. Rev*., spec. pp. 254-255.

[33] Per una panoramica, v. utilmente A. FUSARO, *Patrimoni di scopo,* trust *e fiducia nell'esperienza giuridica italiana* (Relazione al *Master in Diritto privato europeo*, presso la Sapienza romana), al relativo *@sito* dal maggio 2012.

[34] BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem*, ad lib. XXIII Digesti, § *Cum Pollidius*, n. 2. Per un recente riesame delle fonti in materia, v. ora M. GIULIANO, *Contributo allo studio dei* trust *"interni" con finalità parasuccessorie*, Torino, 2016, p. 100, testo e note.

[35] Secondo quanto riportato già in F. FORAMITI, voce *Quarta*, in *Enc. Leg.* (ovvero *Lessico ragionato di gius naturale, civile, canonico, mercantile-cambiario-marittimo, feudale, penale, pubblico-interno, e delle genti*), IV, Venezia, 1839, p. 280. La medesima regola «preclusiva» che si rinviene nella *Glossa* accursiana

Oltrepassando le «assonanze» puramente linguistiche, una tappa fondamentale è rappresentata da una sentenza del 1452 – la cui riconduzione nel contesto esaminato è merito indiscusso delle raffinatissime ricerche dovute nuovamente a Maurizio Lupoi [36] – emessa dal noto giureconsulto (di epoca Tudor) John Fortescue, in un caso di trasferimento di un immobile a favore di quattro persone, benché a «beneficio vitalizio» di una sola tra queste, alla cui morte l'erede del trasferente ne rivendica(va) la restituzione. La domanda giudiziale era chiaramente diretta a far valere un «accordo fiduciario» contrastante con le regole della *real property*, in conformità alle quali la (controversa) cessione immobiliare era stata perfezionata.

La profonda cultura civilistica del Primo Giudice della Real Camera Fortescue, alla luce delle difese svolte (nonché delle ammissioni rese) dai convenuti in giudizio, lo indusse ad inquadrare (e qualificare correttamente) [37] la fattispecie nell'ambito delle prerogative del «confidenziario», il quale *non sentit commodum*, ossia «non può trattenere alcun bene» [38]. L'evidente parallelismo che si viene, così, ad instaurare tra la figura dell'«erede fiduciario» e quella dell'«esecutore testamentario» era così scaturita in *common law* nell'individuazione di un c.d. «ufficio fiduciario di necessità» [39], stante appunto la (fisio)logica impossibilità per il defunto di curare personalmente l'attuazione anche coercitiva delle proprie ultime volontà, e che, se proprio un'«analogia» volesse suggerire in *civil law*, dovrebbe piuttosto rivolgerla alla (moderna e ben diversa, come si vedrà) fattispecie (di fonte legale) della *negotiorum gestio*.

---

(*Commentaria*, ad C. 6.42.32.), in relazione alle prerogative dell'«esecutore testamentario»; eloquente è la spiegazione che ne dava il Moreau, segnalando che: «se si lega non al creditore ma ad un altro sotto la condizione però di restituire il legato al creditore, la falcidia non deve aver luogo, perché *senza riguardarsi la persona interposta*, si considera solo quella che deve raccogliere il legato» (J.-L. MOREAU DE MONTALIN, *Analisi delle Pandette di Pothier*, ed. it. cur. A. Lanzellotti, Napoli, 1829, p. 221) (c.vo aggiunto). Se ne desume l'evoluzione, impossibile da sviluppare in questa sede [v. *amplius* G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*, in *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo*, LIX (2016), p. 241 s.] dal *beneficium*, implicante la «compartecipazione» di posizioni «ibride» (accostabile al moderno «onere») nell'unica fattispecie (successoria), all'*officium* che ne segna il definitivo superamento sul piano causale (e delle conseguenze patrimoniali).

[36] Cfr. ancora M. LUPOI, *Trust and Confidence*, cit., spec. pp. 264-265; nonché ID., *Comunicazione*, cit., pp. 87-88.

[37] Testualmente: «jeo ne veier diversite enter feffement & devise quant a cel entent, pur que *il ne voile le dedire, s. que il fuit de confidence*, il est reason que vous relessent al heire, quod omnes justices concesserunt»; (1452) 30 Trin. Hen 6: Fitzherbert, *La Graunde Abridgement* (1514), "Devise", 22.

[38] C.A. DE LUCA, *De confidentiali haeredis institutione* [1697], Ch. CII, n. 2.

[39] Testualmente: *«car ce trust est de necessite*, quar un mort home ne poit performer son volounte demesne*»*; (1522) Y.B. Mich. 14 Hen 8 pl. 5 (*Gervys v. Cooke*, Yearbooks of Henry VIII (J.H. Baker ed., 2002, SS 119) 108 at 115).

**2.2.** – Il Rinascimento aveva, dunque, prodotto un sentimento di comunanza culturale, che rese più agevoli i «flussi» giuridici. I giureconsulti anglosassoni ne erano pienamente partecipi e consapevoli, e su questa circolazione di modelli legali furono elaborate le teorie e le regole «amorfe» attualmente raccolte sotto l'unitaria denominazione di *trust*.

Ci fu, peraltro, un'epoca antecedente, all'apogeo di quell'esperienza unitaria segnalata in apertura, ove l'Europa, non soltanto continentale e mediterranea, fu anche politicamente «omogenea», in virtù dell'influsso esercitato dalle dinastie regnanti di stirpe normanna, i cui sovrani, soprattutto tra XI e XIV secolo, dominavano dall'Inghilterra angioina al Meridione d'Italia, passando attraverso la Francia e la rotta slavo-balcanica del Principato russo di Kiev, sino ai Regni di Polonia ed Ungheria [40]. Il che comportò l'inevitabile «osmosi» di regole giuridiche di ascendenza anglo-normanna, quale appunto l'*affiance*, all'interno dei territori assoggettati, tra cui il Regno di Napoli.

Proprio in tale ultimo ambito, la documentazione archivistica disponibile restituisce un interessante diploma, risalente al 1497 (meno di quarant'anni dalla sentenza del giudice Fortescue), con cui Ludovico Sforza, detto il Moro, disponeva in ordine al governo del Regno, di cui aveva ottenuto l'investitura *jure feudi* dall'angioino Ferrante II in favore del suo secondogenito Francesco, dopo la morte ed in caso di minorità di quest'ultimo: ove – è detto – «apparo *confidenza* di tempi pacifici», dichiarandosene cioè (con terminologia corrente) «usufruttuario» [41].

Un'analoga espressione si ritrova utilizzata anche in ambito amministrativo, stavolta nell'accezione di «comprensorio di bonifica», in relazione al quale i Tesorieri delle circoscrizioni del Regno erano preposti alla raccolta dei relativi tributi (letteralmente: «iscrivere a registro»), ritratte da terre che, per secoli, l'apparato statale aveva *affidato* al risanamento (indirettamente, anche ambientale) ad opera dei privati latifondisti, indotti dall'aumento proporzionale della rendita in «plusvalenza fondiaria», commisurata al(l'obbligatorio) gettito fiscale, quale contropartita dell'avvenuta assegnazione in c.d.

---

[40] Di particolare interesse le considerazioni storiche di R. DELORT, F. WALTER, *Storia dell'ambiente europeo*, pref. J. Le Goff, Bari, 2002, spec. p. 218. Evidenzia la sostanziale «koiné» culturale tra diritto inglese e "d'oltre Manica" in quell'epoca, proprio in riferimento alla liberta testamentaria, penetrata nella *Magna Charta Libertatum* del 1215 per via delle influenze romanistiche continentali, D. FREDA, *La* Magna Carta *e lo* jus commune*: il difficile "dialogo" tra* common law *e diritto continentale*, in *Sc.&Pol.*, XVIII (2016) 55, spec. p. 122.

[41] Cui è, oltretutto, intitolato il capitolo del testo, che ne riporta il contenuto: G. BELTRANI, *Storia della successione degli Sforzeschi negli Stati di Puglia e Calabria, e documenti. Per Ludovico Pepe*, Bari, 1900, p. 27 s.

«proprietà manutentiva»[42]. Un impiego dell'istituto, dunque, dall'ampio e variegato spettro operativo, ma pur sempre connotato dalla «destinazione» ad uno scopo «ulteriore», rispetto alle tradizionali prerogative dominicali[43].

Un «assestamento» di significato sembra attestato da un documento d'archivio[44], ove si precisa che con «confidenza» si intendevano le donazioni o lasciti (anche sotto forma di «legati») in favore dei Banchi, con cui questi provvedevano nel «destinarle»: a dotare le fanciulle povere per consentire loro il matrimonio o la monacazione; a riscatti per liberare cittadini catturati dai pirati barbareschi, nel corso delle frequenti scorrerie sulle spiagge del Golfo o durante la navigazione; per adempimenti vari (es., celebrazione di messe e/o di altre cerimonie sacre in suffragio).

La perdurante pratica di siffatte «costumanze», ancora alla fine del (sarà bene rammentarlo, «positivistico») sec. XIX, è testimoniata da una sentenza della Corte di Cassazione romana, che ne segnalava la vigenza e la piena operatività nei rapporti successori[45]. Una pronuncia tanto più significativa, se si considera che, non molto tempo dopo, una corte di merito (oltretutto siciliana e quindi, per quanto visto, doppiamente rilevante

---

[42] Per un'efficace analisi storica, cfr. P. BEVILACQUA, *Acque e bonifiche nel Mezzogiorno nella prima metà dell'Ottocento*, in A. MASSAFRA (cur.), *Il Mezzogiorno preunitario. Economia, società e istituzioni*, Bari, 1988, spec. p. 358, testo e note.; ripreso da ID., *Tra natura e storia. Ambiente, economie, risorse in Italia*, Roma, 1996, spec. p. 156, ed *ivi* anche nt. 11.

[43] Lo sottolineava già R. TRIFONE, *Le funzioni dei consorzi di bonifica e di miglioramento fondiario nel loro svolgimento storico* (Atti del Primo Congresso nazionale di diritto agrario), Firenze, 1935, spec. p. 462.

[44] Si legge in *L'Archivio Storico del Banco di Napoli*, 3ª ed., Napoli, 2005, p. 14. Vi si riporta, altresì, un affine documento litografato del Sacro Monte e Banco della Pietà, con didascalia: «polizza di 40 ducati emessa in Napoli H 18 settembre 1742. Un riscatto di schiavo con i fondi della confidenza del defunto reggente Carrilic, giureconsulto benefattore del Monte». Ne approfondisce la valenza socio-economica, V. FERRANDINO, *La clientela dei banchi pubblici napoletani al tempo di Carlo di Borbone (1734-1759)*, in *Riv. st. fin*., 2009, spec. p. 88, ed *ivi* anche nt. 176.

[45] Cfr. Cass. Roma, 5 maggio 1897, riedita in *Trust e attività fiduciarie*, 2007, p. 456, che costituisce, peraltro, il punto di partenza per le importanti indagini di M. GRAZIADEI, *La fiducia nella tarda età moderna. Le "confidenze" tra vincolo di coscienza e disciplina politica dei soggetti e dei beni*, in P. PRODI (cur.), *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna, 2007, p. 235 s.; nonché ID., Trust*, confidenza, fiducia. Una sentenza di fine diciannovesimo secolo della Corte di Cassazione e il suo retroterra*, in R.H. HELMHOLZ, V. PIERGIOVANNI (cur.), *Relations between the* Jus Commune *and English Law*, Roma, 2009, p. 223 s., incentrate sull'analisi del fenomeno delle c.d. *confidentiae*, «fondazioni non riconosciute» che non necessitano del «riconoscimento», poiché si "appoggiano" su un ente già esistente, cui spetta la «proprietà» dei beni: un fenomeno contemplato dall'attuale art. 32 c.c., in tema di «devoluzione dei beni con destinazione particolare». L'A. sottolinea, altresì, come le correlazioni tra la *confidentia* italiana, i *charitable uses* dell'Inghilterra del sec. XVII, nonché la nozione di «fiducia» sono state trascurate dagli storici inglesi, giungendo a dimostrare inequivocabili comunanze tra *confidentia* e *charitable trust* (v. anche *infra*, nt. 127).

in fatto di *milieu* culturale) statuiva, con il plauso dell'annotatore (e relativo estensore), la sancita inammissibilità dell'istituto fiduciario non solo in ambito testamentario, ma addirittura – si legge in motivazione – «dal nostro diritto» [46].

**3.** – Una volta delineato il 'ritratto' storico del congegno negoziale, converrà a questo punto inquadrarne l'attuale 'sfondo' operativo, situabile in particolare nell'ambito dell'autonomia testamentaria, cercando di declinarlo – come anticipato – alla stregua di istituti, presenti nella vigente codificazione, che ne condividano (e/o sottendano) l'evidenziata funzione «destinatoria». In ottica sistematica, stante l'assenza di una specifica disciplina, occorrerà pertanto non solo cogliere il 'senso' dell'istituto – ossia, l'interesse da esso perseguito – ma verificare altresì attraverso quali strumenti tecnici tale risultato possa essere oggi concretamente conseguibile, e quale sia l'eventuale 'resistenza' di siffatti strumenti rispetto ad interessi contrapposti [47].

A tal fine, sembra plausibile affermare che l'ordinamento giuridico guarda senz'altro con favore ad istituti che, nel rispetto dell'autonomia decisionale dell'autore dell'atto *mortis causa* e dei diritti riservati ai legittimari, consentano l'attuazione di progettualità per il tempo in cui la persona abbia cessato di vivere. A valutare con attenzione e rigore l'ipotesi in parola, si è di fronte alla sostanziale investitura di un c.d. 'ufficio' di diritto privato, recante la funzione di compiere il programma al quale i beni sono destinati, con l'obbligo di trasferirli, all'esito, ai soggetti che ne risultino beneficiari. Anzi, sarebbe possibile meglio osservare che si è alla presenza di una vera e propria disposizione testamentaria 'di organizzazione': non a caso, è alla flessibilità di strumenti alternativi, a cominciare dal c.d. *trust* «interno», che sempre più frequente-

[46] Così, Trib. Girgenti (attuale Agrigento), 11 luglio 1911, Est. Brancato, in *Foro it*., 1912, I, c. 715, con osserv. (*scil*., «adesive» sempre) di F. BRANCATO, ove anche ulteriori indicazioni bibliografiche conformi, circa il consenso diffuso suscitato dalla pronuncia.

[47] Per puntuali considerazioni di ordine sistematico, v., con il consueto acume, P. RESCIGNO, *Notazioni a chiusura di un seminario sul* «trust», in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 453 s. Sull'indubbia funzione «succedanea» di vicende «destinatorie» a carattere «reale» (i.e., «traslativo») perlomeno nel più ristretto ambito dei legati c.d. «con funzione programmatica di destinazione», alla luce dell'art. 697 c.c., richiama giustamente l'attenzione P. MAZZAMUTO, *Note in tema di legati ad efficacia obbligatoria*, in *Riv. dir. econ. trasp. amb*., 2016, spec. p. 288 s. In termini di analisi linguistica, importa cogliere negli istituti giuridici quel che si definirebbe «contenuto concettuale» (*begrifflicher Inhalt*), ossia la *rilevanza logica* alla cui stregua ricercarne l'«uguaglianza di contenuto» e, quindi, di trattamento disciplinare: v. *amplius* J. BENOIST, *Frege e il concetto di contenuto concettuale*, in G. DI SALVATORE (cur.), *Archeologia del non concettuale*, in *Fogli di Filosofia*, monotematico, 1 (2010), spec. pp. 264-265.

mente si fa ricorso per ovviare alle (invero, di per sé, deboli) rigidità 'interposte' dal codice civile (arg. *ex* art. 627 c.c.).

Avendo, dunque, come proposito di selezionare un (possibile) repertorio di disposizioni testamentarie in grado di assolvere – pur nei limiti che saranno segnalati – alla funzione «destinatoria» propria della «confidenza», verrebbero anzitutto in rilievo clausole sotto condizione *risolutiva* (v. artt. 633 ss. c.c.); ovvero, in alternativa, clausole cui può essere apposto un «onere» o *modus* (v. artt. 647 e 648 c.c.). La differenza tra le due disposizioni accessorie consiste, pacificamente, nella circostanza che, mentre nella disposizione sottoposta a condizione l'avvenimento futuro ed incerto, al cui verificarsi è subordinata l'efficacia o la risoluzione del contratto, non forma oggetto di obbligazione, e comunque scatterebbe un «automatismo» [48] nella risoluzione dell'attribuzione patrimoniale; nella disposizione c.d. «modale» l'onere imposto al beneficiario costituisce vera e propria «obbligazione», immediatamente efficace, con la conseguenza che la sua mancata esecuzione, quando sia determinata da inadempimento a lui imputabile, può determinare la risoluzione giudiziale (non, quindi, *ipso jure*) dell'attribuzione testamentaria, e soltanto se tale risoluzione sia stata prevista dal testatore [49].

Stabilire quando si sia in presenza di «condizione» ovvero di «onere», è *quaestio facti*, da risolvere sulla base delle ordinarie regole di interpretazione del testamento [50]. Nello specifico, tuttavia, ove si addivenisse all'accertamento di una clausola implicante, al pari della «confidenza», un *vincolo di destinazione* sulla base del mero tenore letterale della disposizione testamentaria, che ne orienti la volontà in termini di c.d. «condizione devolutiva», senza cenno ad impugnative e/o altre azioni giudiziali, la funzione della stessa sembra deporre piuttosto per l'«automatismo» della vicenda risolutiva, a seguito di *alienazione* e/o *mutamento di destinazione* dell'immobile; e, quindi, per la qualificazione della disposizione in termini di *condizione risolutiva*.

---

[48] Sull'«automatismo» del congegno condizionale, quale elemento caratterizzante l'istituto, cfr. G. PETRELLI, *La condizione "elemento essenziale" del negozio giuridico*, Milano, 2000, p. 292 s.

[49] V., per tutte, Cass., 30 marzo 1985, n. 2237, in *Arch. civ*., 1985, p. 1086.

[50] Per Cass., 17 novembre 1999, n. 12769, in *Notar.*, 2000, p. 413, con nota di P. CALABRITTO, «nel contratto di donazione è ravvisabile una condizione risolutiva, e non un semplice onere, nella clausola appostavi che costituisca l'unico intento del donante, e non un elemento negoziale accessorio». Sempre per ID., 18 gennaio 1951 n. 133, in *Giur. it*., 1951, I, c. 97, nei casi dubbi la disposizione dovrebbe essere intesa come «onere», ove prevalga l'intenzione del disponente di arricchire il beneficiario; come «condizione», ove invece l'evento cui si subordina la risoluzione sia la causa unica e determinante della disposizione. Sulla questione, cfr. M.C. TATARANO, *Il testamento*, in *Tr. dir. civ. CNN*, VIII, t. 4, Napoli, 2004, p. 340, con ampia bibliografia.

Ai fini dell'analisi in corso, la questione riveste notevole rilevanza, essendo diverse le conseguenze dell'(eventuale contestazione di) invalidità della disposizione medesima, in caso di contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico. Sia per la «condizione risolutiva» (arg. *ex* comb. disp. artt. 626 e 634 c.c.), sia per l'«onere» (v. art. 647, comma 3, c.c.), la legge prevede che la disposizione accessoria si consideri come *non apposta*, a meno che essa abbia costituito il solo motivo «determinante» dell'attribuzione testamentaria. Relativamente alla condizione, però, l'art. 626 c.c. prevede che l'«illiceità» del motivo determini l'invalidità dell'intero testamento *soltanto* se esso risulti da quest'ultimo.

Alla qualificazione della disposizione in esame come «condizione risolutiva» consegue, quindi, che l'(eventuale contestazione di) invalidità della condizione medesima per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico non pregiudica la validità dell'intero testamento (*vitiatur sed non vitiat*), qualora il carattere determinante del «motivo» *non* emerga dall'atto. In altri termini, l'art. 634 c.c. pone una «presunzione di scindibilità» della condizione (in predicato) «illecita» dall'attribuzione testamentaria, destinata a caducarsi solo allorché si provi, in base alle risultanze del testamento stesso, che non sussistano altri «interessi» meritevoli di tutela (i.e., secondo l'art. 626 c.c., altri «motivi»), alla cui realizzazione il testamento è diretto [51]; in assenza di tale prova (in negativo), l'istituzione di erede o il legato rimangono validi.

Si è, quindi, raggiunto un *primo importante approdo*: ove dall'indagine empirica emergesse l'(eventuale) invalidità della «condizione risolutiva» apposta al testamento, l'attribuzione patrimoniale al beneficiario rimarrebbe valida ed efficace, salva la prova dell'*insussistenza* di altri validi motivi che ne sorreggano gli intenti. Tuttavia, la c.d. clausola «confidenziale», per la stessa funzione perseguita, mira proprio ad esaurire l'orizzonte delle possibilità di salvezza del testamento che, ove disatteso *anche* per motivi *diversi* dall'«illiceità», ne provocherebbe l'immediata ed automatica *caducazione* delle relative disposizioni (*simul stabunt, simul cadent*).

La questione, ove così posta, si limiterebbe però a spostare il piano problematico verso l'individuazione degli indici sintomatici, da cui desumere la sussistenza di una tale clausola con le delineate caratteristiche. Un tentativo di soluzione consisterebbe nell'indagare l'altro «versante» della funzione c.d. «destinatoria», che accomuna gli strumenti testé richiamati: ossia, l'evento cui è subordinato l'effetto risolutivo della condizione, va-

[51] Cfr. A. D'ANTONIO, *La regola sabiniana e la pretesa inscindibilità della volontà condizionata*, ora in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, II, *Diritto e processo civile*, Napoli, 1972, p. 18 s.; nonché G. PETRELLI, *La condizione*, cit., p. 165 s.

le a dire l'alienazione e/o il mutamento di destinazione dell'immobile attribuito per testamento, quindi – in sostanza – il *vincolo di indisponibilità* che ne costituisce il contenuto precettivo «vietato».

**3.1.** – Il divieto di alienazione – sia «contrattuale», che «testamentario» – ha conosciuto un'ostilità tanto accesa, quanto immotivata. Una volta ammessa, infatti, l'autonomia logica e concettuale della facoltà di «disposizione», rispetto a quella di «alienazione», ne segue che – di fronte ad un vincolo di inalienabilità – l'alienante abbia comunque il libero esercizio della facoltà di disporre, dato che, in caso contrario, non vi sarebbe stata «valida» alienazione [52]. In altri termini, le clausole di inalienabilità non vincolano la facoltà di disporre, ma danno vita soltanto ad un'obbligazione *personale* di natura autonoma, cui corrisponde la possibilità, per la parte pregiudicata, di chiedere unicamente il risarcimento del danno in caso di inadempimento: il *pactum de non alienando* dà luogo, quindi, ad un'«obbligazione negativa» [53] *ex* art. 1222 c.c.

La constatazione che tali patti non rappresentino un *limite* alla «facoltà di disporre», né un *divieto* in senso tecnico, hanno portato la discussione, per un verso, ad affrontare il tema della portata generale del principio contenuto nell'art. 1379 c.c., una volta raffrontato con le numerose fattispecie implicanti limitazioni alle vicende circolatorie; d'altro lato, la stessa appartenenza all'«ordine pubblico economico» del principio di libera circolazione dei beni.

Sotto il primo profilo, secondo opinione meno recente, infatti, le clausole di inalienabilità costituirebbero pattuizioni «in danno» dei terzi, in quanto con i divieti contrattuali di alienare si inciderebbero diritti «altrui» [54]. Più precisamente, con tali pattuizioni si ver-

---

[52] Si giustifica, così, l'efficacia obbligatoria del divieto: cfr. S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Ann. R. Univ. St. Messina*, I, 1927, p. 165 s., ora in ID., *Scritti giuridici*, V, Milano, 2011, p. 74; recentemente, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. A. NATALE, *I vincoli alla facoltà di disporre*, in AA.VV., *I contratti in generale*, VIII, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, cur. P. Cendon, Torino, 2000, p. 567 s.

[53] Sul contenuto dell'obbligazione «negativa», con particolare riferimento al comportamento dedotto nell'«onere», cfr. L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa*, I, Napoli, 1931, p. 47 s. Di fronte ad un'obbligazione «positiva» si contrappone quella «negativa», o di «non fare»: l'una e l'altra espressione sono adoperate dal legislatore. Si è talora ingiustificatamente dubitato se il «non fare» possa costituire contenuto di una prestazione, dovendosi infatti intendere il «non fare» un comportamento «attivo», al pari del «fare»: cfr. M. GIORGIANNI, *Obbligazione (dir. priv.)*, in *Nss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 601.

[54] R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tr. dir. civ.*, dir. G. Grosso-F. Santoro-Passarelli, IV, t. 2, 3ª ed., Milano, 1977, p. 199.

rebbe non tanto a «disporre» dei diritti dei terzi, quanto a farne derivare effetti pregiudizievoli a loro carico, piuttosto che «propagandone» ad essi gli effetti «diretti» [55].

Questa opinione tuttavia, anche a prescindere dal disposto dell'art. 1379 c.c., contrasterebbe con la prerogativa, sottratta – come visto – all'autonomia contrattuale, di «manipolare» la sfera giuridica altrui rendendo oggettivamente «inalienabile» il bene, ciò equivalendo all'aggiunta per contratto di un «nuovo» (*rectius*, «atipico») *diritto reale* al «catalogo» codificato [56]. Semmai, si porrebbe la questione – su cui si dovrà tornare – della trascrivibilità del «divieto» *su base volontaria*, quale che ne sia la fonte («contrattuale» ovvero, per quanto qui interessa, «testamentaria»), alla luce del nuovo art. 2645-*ter* c.c.

Quanto al secondo profilo, il convincimento che le clausole di inalienabilità limitino la «libera circolazione» dei beni, in violazione del principio dell'«ordine pubblico economico», è ancora attuale, sebbene meno diffusa che in passato [57]; sta di fatto che tale principio, quale che ne sia l'estensione, in nessun caso potrebbe essere "vulnerato" da una clausola di inalienabilità «temporanea» [58]. Da questo punto di vista, si mostra indifferente rimettere al legislatore, ovvero al(l'apprezzamento del) giudice, la valutazione circa la sua durata massima; rilevante, invece, sarebbe stabilire se occorra sempre *giustificare* il vincolo, sussistendovi un interesse privato, con cui si dovrebbe conciliare l'interesse sociale [59].

In materia contrattuale, è noto che il disposto dell'art. 1379 c.c. componga – escludendone il sacrificio – il contrasto tra i due opposti princìpi: quello dell'incondizionata libertà di circolazione dei beni; e quello di una piena autonomia negoziale scevra da limiti e tale, quindi, da poter spaziare al punto da sottrarre quei beni alla circolazione [60].

---

[55] F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tr. dir. civ. e comm.*, dir. Id.-A. Cicu, XXI, t. 1, Milano, 1968, p. 197.

[56] Lo evidenzia V. LOJACONO, voce *Inalienabilità (clausole di)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 896.

[57] Del resto, la scienza economica considera le clausole di «intrasferibilità» alla stregua di ogni altro ostacolo alla libera circolazione dei beni (*scil.*, «scambiabili», in disparte la «destinazione d'uso»), ritenendole soltanto «fattori di attrito» che provocano ritardo nell'adattamento dell'offerta alla domanda. Così configurata, la libera circolazione dei beni appare, dunque, un'esigenza economica di interesse generale e l'esistenza stessa di una previsione legale in materia, da un lato, esclude che i limiti ivi contenuti possano far parte dell'«ordine pubblico economico»; d'altro lato, conferma che i pregiudizi conseguenti alle «remore» contrattuali alla trasferibilità dei beni non siano tali da mettere in forse l'economia nazionale: cfr. G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 471.

[58] V. già L. COVIELLO JR., *Il divieto negoziale di alienazione e l'art. 288 capo v. del progetto del III libro del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, p. 392.

[59] A. FUSARO, *Il divieto contrattuale di alienazione*, in G. ALPA, M. BESSONE (cur.), *I contratti in generale*, IV, t. 1, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fond. W. Bigiavi, Torino, 1991, p. 60.

[60] Questa soluzione «mediana» non poteva non incontrare, nel volgere del tempo, un crescente favore, prima dottrinale e giurisprudenziale, poi legislativo. Le pesanti critiche mosse al divieto di alienazione, ba-

In altri termini, negando in ogni caso validità ai divieti di alienare, si finiva per mortificare – senza adeguata contropartita – il principio, sicuramente ascrivibile all'*ordine pubblico*, dell'«autonomia contrattuale», tanto più osservando come limitati periodi di «sosta», di fonte pattizia, nelle vicende circolatorie potessero rivelarsi di non trascurabile giovamento [61]. Pertanto, la legge ammette la validità del divieto negoziale di alienazione, allorquando un'«utilità», valutata dal punto di vista oggettivo, sorregga il divieto medesimo: il rischio che la collettività possa subire un pregiudizio è bilanciato dall'«utilità» che un contraente ritragga dall'imposizione del vincolo.

Può, dunque, ritenersi raggiunto un *secondo importante approdo*: il divieto «contrattuale» di *alienazione* (e/o *mutamento di destinazione*) [62], in cui trovi espressione la clausola «confidenziale», è ammissibile non già perché così dispone l'art. 1379 c.c., ma in quanto l'imposizione del «vincolo» (che la sottende) sia *contenuto nei limiti* ivi indicati. Ciò implica che la disposizione non «fonda» il divieto, bensì disciplina l'«estensione» (del principio) dell'«autonomia contrattuale» nell'esercizio della (connessa) funzione «circolatoria» espressa dal c.d. «consenso traslativo», di cui quel divieto è esplicazione. In termini sistematici, la legge quale fonte di produzione di *norme*, riconosce operatività all'«autonomia contrattuale» nelle sue plurime manifestazioni; laddove quest'ultima, in quanto a sua volta fonte di produzione di *fattispecie negoziali* (i.e., «qualificazioni di condotte volontarie») anche «vincolistiche», ne regola ampiezza (nel *tempo*) ed intensità (dell'*interesse*) [63].

Tali conclusioni devono, peraltro, essere verificate al cospetto di analogo divieto, ma

---

sate sui timori per un suo uso generalizzato, in grado di ridare vigore a situazioni di c.d. «manomorta» (o agevolare risultati similari a quelli ottenibili con il «fedecommesso»), si è dimostrata, con l'esperienza, una minaccia più di facciata, che concreta. Sul punto, cfr. G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, spec. p. 68; in più ampia prospettiva, S.T. MASUCCI, *L'indisponibilità negoziale. Vincoli al potere di disposizione del titolare. Una ricerca* in fieri, in V. CUFFARO, G. DI ROSA (cur.), *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. 2, Milano, 2008, spec. p. 1794 s.

[61] F. FERRARA SR., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 253.

[62] Su tale «equivalenza funzionale», v., per tutti, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori (Artt. 1374-1381)*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, dir. F. D. Busnelli, 2ª ed., Milano, 2013, p. 467 s. In giurisprudenza, analogamente Cass., 12 novembre 1973, n. 2981, in *Rass. Avv. St.*, 1974, I, p. 409; nonché ID., 11 aprile 1990, n. 3082, in *Riv. dir. comm*., 1992, II, p. 485, con nota di P. COLOMBO, ritiene l'art. 1379 c.c.: «espressione di un principio di portata generale che deve trovare applicazione anche in relazione a pattuizioni che, *pur non corrispondendo* interamente al modello del divieto di alienazione, tuttavia *comportino limitazioni altrettanto incisive* del diritto di proprietà ed abbiano quindi il *medesimo risultato dal punto di vista pratico*» (c.vo aggiunto).

[63] Aspetti solitamente esplorati in riferimento all'attività negoziale che la P.A. compie in regime di diritto privato: su cui, cfr. S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, spec. p. 281 s. La valenza puramente «ricognitiva» dell'istituto tornerà utile per quanto si osserverà *infra*, § 7.

di fonte *testamentaria*, in grado di modularne diversamente i segnalati confini di validità e, quindi, della (correlata) clausola «confidenziale».

**3.2.** – È principio acquisito che il testatore possa imporre ai successibili una pluralità di limitazioni alla circolazione dei diritti soggettivi a contenuto patrimoniale. Ne sono esempio, soprattutto sotto forma di «legato», il divieto di concorrenza, nonché quello di licenziare un determinato dipendente [64]. Per contro, alcuni divieti testamentari devono considerarsi «illeciti», sia per espressa disposizione di legge (es., art. 636 c.c. in merito al divieto di contrarre nozze), sia in base a princìpi di ordine pubblico (es., divieto di impugnare il testamento) [65].

Ricorre, altresì, l'affermazione per cui i divieti testamentari non operino *diversamente* da quelli contrattuali, per ritenuta identità della rispettiva sfera d'incidenza. Segnatamente, si sottolinea la mancanza di una norma attributiva per il testatore del potere di stabilire il divieto di alienazione; di contro – una volta abrogato il comma 4 dell'art. 692 c.c. – non sussisterebbero motivazioni per escludere, purché entro i limiti dianzi individuati dall'art. 1379 c.c., siffatto potere in capo al testatore [66].

Presupposto (neppure tanto implicito) della riferita ricostruzione sarebbe la perfetta applicabilità all'atto *mortis causa* delle norme generali che regolano il contratto, nonostante il tenore dell'art. 1324 c.c., che allude testualmente agli «atti unilaterali *tra vivi*», suggerisca la soluzione negativa [67]. Oltretutto, la storia che accompagna la vicenda giuri-

[64] Per ulteriori «divieti» di fonte testamentaria (c.d. «legati di *non facere*»), si rinvia ad A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, p. 164 s.; G. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, ivi, 1990, p. 101 s. e p. 157 s.; L.F. NAZZARO, S. ROMEO, *I legati ed i legati innominati atipici*, Padova, 2007, p. 17 s.; L. DI LORENZO, *I legati a contenuto atipico e tipico nella prassi notarile*, in *Quad. Fondaz. Notar.*, n. 34/2015, p. 75 s.

[65] Questo divieto, espresso quale «condizione risolutiva», sembra frequente nella prassi: cfr. U. MORELLO, *La condizione di non impugnazione del testamento*, in *Riv. not.*, 1965, p. 981; vi è tornato, di recente, N. DI MAURO, *La condizione di non impugnare le disposizioni testamentarie*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 1028 s. Per Cass., 2 gennaio 1997, n. 1, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1321 s., è bensì valida la clausola di non impugnare il testamento, ma con riguardo alla sola quota disponibile.

[66] Osserva G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 237, che se il divieto di alienazione può essere disposto dalle parti contraenti, non si vede perché non debba esserlo dal testatore; sicuramente non si può invocare, per escluderlo, la diversità strutturale fra «contratto» e «testamento». *Contra*, v. però P. VITUCCI, *Clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituito*, in *Dir. fam. pers.*, 1983, p. 665.

[67] M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento* [1966], Napoli, rist. 2011, p. 177 s., spec. p. 184.

dica del testamento, nonché la diversità delle esigenze cui corrisponde, rispetto al contratto, conferma l'opinione – che sarà in seguito argomentata – per cui l'atto *mortis causa* debba essere sottratto all'operatività della relativa disciplina generale [68]. Rispetto all'autonomia «contrattuale», quella «testamentaria» assume un significato proprio, svincolato dalla valutazione prevista dall'art. 1322 c.c.: il negozio testamentario è, di per sé, «tipo» normativo che ha già scontato il giudizio di «meritevolezza» e, pertanto, incontra il solo (ed esclusivo) limite nella *liceità* dei motivi [69].

Orbene, prima della novella del diritto di famiglia, a metà degli anni Settanta, vasti settori della dottrina ritenevano che l'invalidità del divieto «testamentario» di alienazione derivasse – come anticipato – dall'art. 692, comma 4, c.c., che sanzionava la nullità di ogni clausola testamentaria diretta a «vietare» all'erede di disporre dei beni ereditari «per atto tra vivi» o «per atto di ultima volontà». La formale soppressione della norma ha posto all'interprete due questioni: da un lato, stabilire se l'abrogazione avesse comportato l'automatica «legalizzazione» dei divieti «testamentari» di alienazione; d'altro lato, in caso affermativo, rinvenire nel sistema una norma per stabilirne i (necessari) limiti di «liceità», analogamente a quanto accade(va) in ambito contrattuale.

Quanto al primo aspetto, è sostanzialmente pacifica in dottrina l'affermazione che l'eliminazione dell'ult. co. dall'originaria formulazione dell'art. 692 c.c. è soltanto frutto di una scarsa ponderazione del nuovo testo legislativo, non risultando dai lavori preparatori alcuna volontà di consentire *indiscriminatamente* divieti di alienazione di fonte «testamentaria» [70]. Peraltro, nell'interpretazione prevalente, anche se non pacifica, della (previgente) disposizione, *qualunque* divieto «testamentario» di alienazione – sia pure con efficacia (meramente) «obbligatoria» *e* «temporalmente delimitato» – cadeva 'sotto la scure' della nullità *ex* art. 692, comma 5, c.c. [71]

---

[68] L'individuazione dei segni caratteristici ed univoci, che contraddistinguono il «testamento» rispetto al «contratto», sono autorevolmente illustrati da A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria e le disposizioni negative*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, p. 39 s.

[69] Nel senso che le singole disposizioni testamentarie: «non assumono la veste di autonomi tipi dotabili di causa propria», v. ancora G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., p. 247. In tema, si rinvia a P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento* [1952], Napoli, rist. 1978, p. 23 s.; nonché L. BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie (Artt. 587-600)*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, dir. F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 52, ove il rilievo che l'ordinamento riconosce al disponente, pur segnandone precisi limiti, una forza creatrice di autonomia.

[70] G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 416, per il quale la fattispecie potrebbe al più configurarsi come oggetto di un'obbligazione «modale».

[71] Per una disamina della dottrina anteriore alla novella del 1975, che ha sancito la scomparsa della comminatoria di nullità del divieto, v. M. TALAMANCA, *Della revocazione delle disposizioni testamentarie.*

Nello specifico, l'opinione negativa trae(va) argomento testuale da quest'ultimo inciso, a tenore del quale «*in ogni altro caso* la sostituzione è nulla»: vale a dire, la «clausola di inalienabilità» esemplificherebbe soltanto *uno dei casi* di sostituzione fedecommissaria «vietata» [72]. Seguendo questa interpretazione, nonostante l'abrogazione della norma «specifica», al testatore non sarebbe *comunque* consentito (a tutt'oggi) imporre «divieti di alienazione», trattandosi di principio (di ordine pubblico) rimasto operante, in forza dell'ultimo inciso riportato ed *ancora vigente* [73].

A ben riflettere, non appare, però, del tutto convincente che il divieto testamentario di alienazione comporti *sempre* un'ipotesi di sostituzione fedecommissaria, in quanto difet-

---

*Delle sostituzioni. Degli esecutori testamentari (Artt. 679-712)*, in *Comm. c.c.*, dir. A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 324 s.

[72] La possibilità per il testatore di vietare siffatte alienazioni integrerebbe, cioè, pur sempre una «sostituzione fedecommissaria», sebbene limitata alla sola conservazione dei beni: così, C. GIANNATTASIO, *Delle successioni*, t. 2, *Successioni testamentarie (Artt. 587-712)*, in *Comm. c.c. UTET*, 2ª ed., Torino, 1980, p. 370 s.; F. AMATO, G. MARINARO, *La nuova sostituzione fedecommissaria*, Napoli, 1979, p. 39; G. BENEDETTI, *Delle sostituzioni*, in *Comm. dir. it. fam.*, dir. G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, V, Padova, 1992, p. 221. In termini, sia pure incidentalmente, Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, in *Riv. not.*, 1979, II, p. 1235, per la quale la disposizione con cui il testatore abbia stabilito l'inalienabilità del suo patrimonio e ne abbia affidato l'amministrazione ad alcuni esecutori, attribuendo nel contempo l'usufrutto dei beni che lo compongono ai discendenti in ordine successivo di una determinata linea della sua famiglia, non dà vita ad una «fondazione» avente personalità giuridica, facendo difetto uno scopo che funga da elemento unificante dei detti beni, bensì ad un «ente di mero fatto», il quale anche se sia stato validamente costituito sotto il vigore di leggi antecedenti, deve ritenersi incompatibile con l'attuale ordinamento giuridico, in quanto, oltre a perseguire finalità analoghe a quella della sostituzione fedecommissaria, si pone, altresì, in contrasto con divieti sanciti da norme di ordine pubblico (v. artt. 462, 698, 699, 796, 979, 1379 c.c.) che fissano limiti all'autonomia privata.

[73] In questo senso, sembra orientato C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.2, *Le successioni*, 5ª ed., Milano, 2015, p. 359 s., secondo il quale l'abrogazione formale della norma è dovuta certamente ad una svista, e non comporta la (sopravvenuta) «liceità» dei divieti *testamentari* di alienazione. In senso conforme, sia pure incidentalmente, v. Cass., 12 novembre 1981, n. 6005, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Successione ereditaria*, n. 91: «la nullità della clausola testamentaria, con la quale si imponga all'erede il divieto di alienare i beni ricevuti, a pena di risoluzione della relativa istituzione, ai sensi e nel vigore dell'art. 849 c.c. del 1865, ed in correlazione al divieto assoluto di sostituzione fedecommissaria sancito da tale codice, va affermata, all'infuori delle ipotesi di ammissibilità del fedecommesso, anche nel vigore dell'attuale codice civile, tanto prima della riforma introdotta dalla l. 19 maggio 1975, n. 151 sul diritto di famiglia, in considerazione dell'espresso disposto dell'ultimo comma dell'art. 692 (vecchio testo) c.c., quanto dopo la riforma, tenuto conto che questa ha soppresso il citato ultimo comma dell'art. 692 c.c. *per l'inutilità di una ripetizione della sanzione di nullità in questione, a fronte di una riduzione della validità del fedecommesso al solo caso di tutela degli incapaci*; pertanto, in applicazione dell'art. 137 delle disposizioni transitorie del codice civile vigente, la domanda rivolta all'accertamento della suddetta validità, con riguardo a successione apertasi prima della data di entrata in vigore, del codice stesso, può essere promossa o proseguita anche dopo tale data, ed anche dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia di cui alla l. n. 151 del 1975» (c.vo aggiunto).

ta l'elemento saliente di quest'ultimo istituto: vale a dire, l'obbligo di «restituire» (essendo presente solo quello di «conservare»). Per giunta, l'abrogata disciplina dell'art. 692 c.c. si esponeva ad una contraddizione logica, non suffragata da ragioni pertinenti o funzioni pratiche, in relazione al (mutevole) trattamento del vincolo, a seconda (della diversità) della fonte (i.e., *ammesso* per via contrattuale, ma *vietato* per via testamentaria).

Può semmai osservarsi che la scomparsa della (comminatoria di) nullità, riferita al divieto di cui al comma 4 dell'art. 692 c.c., nel testo anteriore alla L. Rif. dir. fam. del 1975, andrebbe piuttosto valutata con favore, giacché quella disposizione mal si conciliava con la possibilità del divieto «contrattuale» di alienazione, e, soprattutto, con la sproporzione di poteri (preclusivi) un tempo assegnati all'autonomia del testatore. La disciplina vigente risulta effettivamente diversa, poiché farebbe residuare – venendo così ai limiti di «liceità» – un margine per la valutazione del divieto di alienazione secondo la regola generale espressa dall'art. 1379 c.c.

Si concorda, infatti, nella giurisprudenza (teorica e pratica), che – a partire dal 20 settembre 1975, data di entrata in vigore della nuova disciplina, in disparte per adesso la questione relativa alla sua «retroattività» – il divieto «testamentario» di alienazione sia invalido *soltanto* qualora *non* contenuto entro «convenienti limiti di tempo» e *non* rispondente ad un «apprezzabile interesse» del testatore; ferma restando, in ogni caso, l'efficacia meramente «obbligatoria» (e non «reale») del divieto stesso [74]. Né alcuna rilevanza potrebbe avere l'inclusione del «divieto» nella nota di trascrizione dell'acquisto per causa di morte: è, infatti, altrettanto pacifico che l'onere pubblicitario non può, in nessun caso, attribuire «efficacia reale» laddove questa già non sussista, e che la trascrizione eseguita *al di fuori* dei casi previsti dalla legge, in quanto «pubblicità superflua», è priva di *qualsivoglia* effetto [75].

---

[74] Per tale impostazione, a seguito della riforma familiare del 1975, cfr. F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali al potere di disporre*, Napoli, 1977, p. 104; N. DI MAURO, *Condizioni illecite e testamento*, ivi, 1995, p. 134 s.; G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 441 s., con ulteriori riferimenti. In giurisprudenza, v. Trib. Cagliari, 21 settembre 1998, in *Riv. giur. sarda*, 2000, p. 161, con nota di A. CHELO.

[75] V. autorevolmente S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, in *Tr. dir. civ. comm*., dir. A. Cicu-F. Messineo, XIV, t. 1, *La pubblicità in generale*, Milano, 1957, p. 465; nonché, più di recente, G. BARALIS, *Eccezionalità e specialità nella pubblicità immobiliare*, in *Tr. trascr*., dir. E. Gabrielli-F. Gazzoni, III, *Formalità e procedimento*, Torino, 2014, p. 342 s. In giurisprudenza, sulla preclusione a trascrivere il divieto «contrattuale» di alienazione, inopponibile al terzo avente causa dal contravventore anche ove se ne provi la conoscenza al tempo dell'acquisto, in quanto inammissibile la trascrizione di atti non previsti dalla legge, v. Cass., 14 ottobre 2008, n. 25132, in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, I, p. 425, con nota di I. L. NOCERA il quale ne sottolinea giustamente l'inammissibilità anche qualora intesa a garantire il (conseguente) «credito risarcitorio»,

A tali conclusioni si perviene, d'altronde, ritenendo che l'art. 1379 c.c., benché relativo al divieto «contrattuale» di alienazione, sia tuttavia espressione di un principio generale dell'ordinamento, così formulabile: il diritto di proprietà non tollera compressioni e/o limitazioni, sia nella facoltà di «godimento» che in quella di «disposizione», diverse da quelle espressamente previste dalla legge. Proprio in ragione di questa (tendenziale) «pienezza» del diritto di proprietà, la prevalente giurisprudenza (teorica e pratica) reputa vigente – come visto in apertura – il principio di «tipicità» (o del c.d. *numerus clausus*) dei diritti reali: un divieto di alienazione avente, in ipotesi, efficacia «reale» comporterebbe un'inammissibile «dissociazione» della facoltà di disposizione dal contenuto del diritto di proprietà, incompatibile con l'essenza stessa dell'istituto [76].

Quanto, poi, alla durata «temporalmente limitata» del divieto, è pacifico il principio dell'inammissibilità di obbligazioni (sia «positive» che «negative») perpetue [77]. Principio costantemente sostenuto in giurisprudenza, a partire da una fondamentale sentenza di legittimità, che costituisce una sorta *leading case*, ove si chiarisce come contrasti: «con la concezione del nostro sistema positivo un vincolo obbligatorio destinato a durare in eterno, senza che sia consentito al debitore, o ai suoi successori, la possibilità di liberarsene (*omissis*) [*N.d.A.* ad evitare] la disintegrazione all'infinito del contenuto economico del diritto di proprietà» [78].

**3.3.** – Ricondurre, tuttavia, la (sostanziale) giustificazione della (in)validità del divieto in parola al principio di «ordine pubblico economico», inteso quale regola generale dettata per i limiti all'autonomia contrattuale, cui pertanto ascrivere (rectius, assoggettare) lo stesso negozio «testamentario», non si mostra particolarmente perspicuo, avendo

realizzandosi una sorta di "ircocervo" fra «trascrizione» ed «ipoteca», con elusione del regime fiscale relativo a quest'ultima (*ivi*, p. 432).

[76] Si è visto, infatti, come il problema del divieto di alienazione (anche «testamentario») debba essere confrontato con la «facoltà di disporre», che caratterizza il diritto di proprietà, traducendone sul piano dell'«autonomia contrattuale» il principio del «consenso traslativo» *ex* art. 1376 c.c.: cfr. R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 4.

[77] V., per tutti, B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, spec. p. 420, la quale approfondisce il problema della possibile fissazione giudiziale *ex* art. 1183 c.c. di un termine *anche* nei casi di previsione di un divieto «in perpetuo», giungendo alla conclusione che non dovrebbe ammettersi l'intervento del giudice, poiché le norme che lo abilitano a sostituirsi alle parti per la fissazione di un termine sono di carattere «eccezionale» e, quindi, non applicabili in via «analogica».

[78] Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, in *Foro it*., 1950, I, c. 529; conf. ID., 30 luglio 1984, n. 4530, in *Giust. civ*., 1985, I, p. 2014.

perso – come visto – la libera circolazione dei beni ogni riferibilità ai confini di tale principio [79]. Si è già accennato, inoltre, ai seri dubbi circa la sua operatività per il testamento, in forza del rinvio di cui all'art. 1324 c.c. [80]. Nondimeno, la questione viene superata non tanto attraverso il ricorso alla «compatibilità», ai sensi di quest'ultima disposizione, quanto piuttosto alla sua applicazione analogica, ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c. [81].

Scelta la strada dell'«analogia» per colmare una «lacuna» dell'ordinamento, non potrebbe, però, trascurarsi – come anticipato – di verificare se effettivamente questa abbia come termine di riferimento la stessa soglia minima tracciata dal legislatore all'art. 1379 c.c., in ambito «contrattuale», ovvero se debbano privilegiarsi altre norme, specificamente dettate in materia di negozi *mortis causa*. Rispetto all'autonomia «contrattuale», si è già visto come quella «testamentaria» assuma un significato proprio.

In particolare, si è notato come – in materia testamentaria – sia irrilevante l'«apprezzabilità *in concreto*» dell'interesse, requisito richiesto soltanto per i contratti «atipici». Affinché il divieto «testamentario» di alienazione sia validamente posto, si può, dunque, prescindere dai limiti (per come) previsti dall'art. 1379 c.c.: tale norma sottoporrebbe l'«apprezzabilità» dell'interesse alla verifica giudiziale, mentre sembra condivisibile l'opinione per la quale solo l'«illiceità» dell'interesse contingente, che anima il divieto di fonte *testamentaria*, possa «contaminarne» la clausola di recepimento [82].

Analogamente, i «convenienti limiti temporali» non possono che essere valutati, in tale ambito, in funzione dell'interesse «apprezzabile» di *una sola* delle parti. Il giudizio di congruità, infatti, è confacente piuttosto allo scambio «contrattuale» (es., v. artt. 1454, 1563 e 1616 c.c.), non già all'atto «unilaterale» (di ultima volontà).

---

[79] Per vagliare la validità dei limiti al divieto di alienazione, quale che ne sia la fonte, non soccorre il principio della libera circolazione dei beni, quanto piuttosto il c.d. «contenuto minimo» del diritto di proprietà, cui risulta coessenziale la «facoltà di disporre» *ex* art. 832 c.c.: v. F. NEGRO, voce *Indisponibilità giuridica*, in *Nss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 605.

[80] G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., spec. p. 245.

[81] R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 52; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 462; da ultimo, v. M. TERZI, *Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria*, in *Tr. breve succ. e don.*, dir. P. Rescigno, I, 2ª ed., ivi, 2010, p. 1234, per il quale il divieto assoluto di alienazione è nullo in quanto attua una vera «sostituzione fedecommissaria», mentre quello «temporaneo» e corrispondente ad un «interesse apprezzabile» del testatore è valido in applicazione «analogica» dell'art. 1379 c.c.

[82] In concreto – osserva G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., p. 249 – l'istituito non può convincere il giudice che a quella clausola egli non deve prestare rispetto perché priva di una «giustificazione apprezzabile»: il giudicante potrà dichiarare nulla la disposizione *soltanto* se si fondi su un *motivo illecito*.

Una volta esclusa ogni considerazione per l'«interesse», diviene altresì superfluo ogni parallelo con l'interesse semplicemente «rilevante». In proposito, si evidenzia come l'art. 1379 c.c., attesa la natura *obbligatoria* del divieto «contrattuale» di alienazione, sia stato confrontato con l'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione dedotta nell'obbligazione deve corrispondere ad un «interesse», anche non patrimoniale, del creditore.

La disciplina dettata dalle due disposizioni appare, già a prima vista, diversa sia per quanto concerne i soggetti ai quali l'«interesse» si ricollega (che per l'art. 1174 c.c. è il *solo* «creditore», mentre per l'art. 1379 c.c. è «*una* delle parti»), sia per quanto concerne la sua «natura» (che l'art. 1174 c.c. prevede possa essere *anche* «non patrimoniale», mentre l'art. 1379 c.c. tace sul punto, richiedendo che sia «apprezzabile»)[83]. L'«interesse» di cui all'art. 1379 c.c. sembra, inoltre, doversi relazionare con il dettato dell'art. 1322 c.c., che sottopone l'«autonomia contrattuale» alla necessità di realizzare interessi «meritevoli» di tutela secondo l'ordinamento giuridico: interesse «meritevole di protezione», ovvero, altrimenti, socialmente «apprezzabile» *non* è *qualsiasi* interesse individuale.

Un interesse strettamente «soggettivo» (i.e., meramente «arbitrario» *ex* art. 1359 c.c.) comporterebbe la conseguenza di considerare *tamquam non esset* il divieto di alienazione stabilito per contratto. L'«interesse» richiesto dall'art. 1379 c.c. è, quindi, qualitativamente *differente* da quello postulato dall'art. 1174 c.c. e, al tempo stesso, non coincide con quello («rilevante») dello stipulante, del resto, semplicemente supposto[84].

Per contro, l'*irrilevanza* dell'interesse del disponente non può non incidere sul regime delle invalidità del divieto: all'applicazione dell'art. 1379 c.c. anche al divieto di fonte testamentaria seguirebbe che, in mancanza di un interesse «apprezzabile», lo stesso dovrebbe considerarsi «nullo». Viceversa, escludendo che vi possa essere una verifica «in concreto» delle ragioni che hanno indotto il testatore a fissare il divieto, sarà giocoforza riconoscere all'autonomia testamentaria uno spazio (*scil.*, più ampio) delimitato unicamente dalla *liceità* dei motivi[85]. Soltanto il divieto testamentario retto da un *motivo ille-*

---

[83] Cfr. F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali*, cit., p. 58.

[84] Contrariamente a quanto potrebbe far pensare la *Relazione al Re* (n. 93) all'art. 1379, laddove è detto soltanto che «in ogni caso l'interesse deve apparire suscettibile di tutela», cioè giuridicamente rilevante e lecito, è da ritenere che, per conferire validità al divieto in parola non siano sufficienti la «rilevanza» giuridica e la «liceità» dell'interesse. Occorra che quest'ultimo, quand'anche di natura morale, sia di tale portata, individuale e/o comunitaria, da prevalere sul principio generale per cui i privati non possono interdirsi in anticipo l'esercizio di un diritto o di un potere normalmente a quest'ultimo collegato; a tal fine, non basterebbe quindi dimostrare che a muovere una o entrambe le parti non sia il capriccio, né il dispetto: così, V. LOJACONO, *Inalienabilità*, cit., p. 898.

[85] L'individuazione dei segni caratteristici ed univoci, che contraddistinguono il «testamento» rispetto al

*cito* porterà alla nullità della (sola) disposizione, a meno che, trattandosi di motivo «determinante» ed «emergente» dal testamento, sia applicabile l'art. 626 c.c.

Può, dunque, ritenersi raggiunto un *terzo importante approdo*: i limiti di validità della clausola «testamentaria» di inalienabilità, correlata alla clausola «confidenziale», *non sono* sovrapponibili (quindi, non si identificano) con quelli previsti in materia di «contratto» (*perlomeno*) sotto il profilo della portata degli «interessi» in considerazione che, esaurendo peraltro le ragioni dell'atto di ultima volontà, ove disattesi *anche* per motivi diversi dall'«illiceità», ne comporterebbero la *caducazione*.

**3.4.** – L'esigenza di «temporaneità» è una caratteristica comune a tutti i rapporti obbligatori, e, dunque, anche a quelli testamentari; è stata in precedenza sottolineata la presenza di un atteggiamento sfavorevole della legge per il sorgere di obbligazioni, siano esse «positive» o «negative» (come, appunto, il divieto in parola), destinate a vincolare il debitore in perpetuo, o comunque per un arco temporale spropositato [86].

Anche in epoca antecedente all'attuale codice civile, si dava ampio risalto alla necessità che il divieto fosse temporaneo, in quanto solo così si poteva assicurare che l'inalienabilità non vanificasse il diritto del proprietario, mutilandolo di una delle manifestazioni più rilevanti – la «facoltà di disposizione» –, ovvero comprimendo in modo perdurante tale facoltà: «al di là della ricerca se l'art. 1379 c.c. riporti la temporaneità del divieto al terreno del *favor debitoris*, è certo che, specialmente alle obbligazioni di non fare, è connaturale un limite di tempo, in coerenza con i princìpi propri di un'economia di mercato che si affida alla libera competizione» [87].

La Relazione del Guardasigilli, riconoscendo la necessità di un limite temporale al divieto negoziale, ha evidenziato la difficoltà di prefissare un termine, giustificando così il ricorso ai «convenienti» limiti di tempo. La congruità della durata del divieto contrattuale deve essere, quindi, valutata (eccezionalmente) secondo criteri variabili, dipendenti dalle peculiarità del caso concreto, non valendo il riferimento ai parametri stabiliti per alcune fattispecie tipiche, quale il termine ventennale di cui all'art. 965, comma 3, c.c.

---

«contratto», sono autorevolmente illustrati da A. TRABUCCHI, *L'autonomia testamentaria*, cit., p. 39; G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., p. 247; A. NATALE, *L'inapplicabilità dell'art. 1379 c.c. al divieto testamentario di alienazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, spec. p. 1019.

[86] In tema, v. M. GIORGIANNI, *Obbligazione*, cit., p. 608; ne discute i diversi fondamenti A. FUSARO, *Il divieto contrattuale di alienazione*, cit., p. 66.

[87] Così, esattamente ancora G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, cit., p. 244.

(in tema di «enfiteusi»), ovvero quello quinquennale previsto nel capoverso degli artt. 2557 (in tema di «azienda») e 2596 c.c. (in tema di «patto di non concorrenza»).

La temporaneità del divieto andrebbe, quindi, intesa nel senso che non è questione di discettare, in astratto, sulla maggiore o minore congruenza di un termine, rispetto ad un altro; il divieto contrattuale potrà durare per tutto il tempo per il quale sussiste il «bisogno» al quale risponde. In altri termini, la durata del divieto contrattuale di alienazione sarà correlata all'«interesse apprezzabile» della parte [88].

L'affermazione di carattere generale, per cui il divieto debba essere contenuto in convenienti limiti di tempo, esprime il proprio significante valore in una duplice prospettiva: dell'«obbligazione», da un lato, e dell'«atto di autonomia», dall'altro. È evidente, infatti, che la fissazione dei «limiti di tempo» attiene alla (durata dell') obbligazione (di non alienare) e si risolve, pertanto, nella determinazione del contenuto stesso della prestazione di non alienare (c.d. obbligazione «di durata»). Viceversa, la valutazione circa la «convenienza» dei limiti di tempo fissati postula l'analisi del «contesto negoziale», nel quale l'obbligazione di non alienare risulta inserita: anche da questo punto di vista, dunque, la durata del divieto appare strettamente connessa all'«interesse» del contraente [89].

Questi stessi princìpi sono stati tradotti in ambito di divieto testamentario: la valutazione della congruità dei limiti di tempo è stata condotta attraverso un criterio variabile, incentrato su di una valutazione comparativa dei concreti interessi perseguiti dal disponente e dell'interesse dell'istituito, gravato dal vincolo di inalienabilità. Qualora quest'ultimo venga sacrificato senza che la considerazione dei primi lo giustifichino, o quando appaia sproporzionata la considerazione dell'interesse che ha dominato l'intento del testatore rispetto a quello del proprietario del bene, la violazione dell'attributo sostanziale della proprietà importa l'«illiceità» della clausola *de non alienando* [90].

Queste considerazioni non sembrano, peraltro, esaustive.

Anzitutto, una volta ammesso che il divieto sia valido *a prescindere* da un «apprezzabile interesse» sottostante, sarebbe contraddittorio che fosse proprio quest'interesse a costituire l'indice per la valutazione della «congruità» della durata (se così fosse, ad un interesse «lecito», ma «eccentrico», del disponente dovrebbe corrispondere una durata del divieto «pari a zero»). Inoltre, dovrebbe fortemente limitarsi la discrezionalità del giudice, specie in assenza di una norma che a questo lo autorizzi, nell'individuare quando un

[88] G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 245.

[89] Cfr. F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali*, cit., p. 66.

[90] G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 450.

termine di inalienabilità espresso dal testatore sia «congruo». Infine, il ricorso all'equità ai fini dell'«integrazione» *ex* art. 1374 c.c. dell'atto di ultima volontà non sembra ammissibile, giusta la regola dell'inapplicabilità desumibile dall'art. 1324 c.c.

Anche sotto questo profilo, occorre quindi individuare, nel silenzio del legislatore, una norma (diversa dall'art. 1379 c.c.) applicabile in via analogica [91].

A tal proposito, si è giustamente osservato come vi sia un elemento comune tra il divieto in parola e l'obbligo di permanenza in comunione, di cui all'art. 713, comma 3, c.c. [92]: in entrambe le fattispecie, il testatore limita – con efficacia obbligatoria – la libertà di disporre dell'erede. Non v'è dubbio, infatti, che «dividere» ed «alienare» siano due modalità per «trasferire» un diritto; anche la *ratio* delle due discipline non è distante, soprattutto ove la sospensione della divisione sia circoscritta ad alcuni cespiti, nell'immediato ed esclusivo interesse del testatore [93].

Il «termine non eccedente il quinquennio», previsto in materia di durata della sospensione della divisione, dunque, sembra poter essere esteso per analogia al divieto testamentario di alienare, ferme le notevoli differenze fra i due istituti coinvolti. Il che sarà particolarmente utile, laddove il divieto non risponda ad un «apprezzabile interesse» del disponente (ma ciononostante sia «valido» in quanto «lecito»), dunque non sia possibile valutare il termine in funzione del «bisogno»: la discrezionalità del disponente subirà, in ogni caso, la limitazione infraquinquennale [94].

---

[91] Questo è, come noto, lo strumento messo a disposizione dell'interprete nelle ipotesi di mancanza di una specifica previsione normativa: la somiglianza tra le fattispecie è data dalla corrispondenza di quegli elementi sostanziali rilevanti per la «regola giuridica»: v., per tutti, N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Nss. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 602 s.

[92] In tal senso, A. NATALE, *L'inapplicabilità*, cit., p. 1020. Per quanto qui interessa, è irrilevante che la clausola testamentaria di sospensione, per un certo tempo, della divisione – sicuro indice di «autonomia testamentaria» nella preservazione *ad tempus* dell'unità del patrimonio ereditario – si ritiene rientri nella più ampia previsione dell'art. 733, c. 1, c.c., con qualifica di *modus*: G. BONILINI,voce *Divisione*, in *Dig. disc. priv*., *sez. civ*., VI, Torino, 1990, p. 487.

[93] A favore della «divisione» quale «contratto traslativo», ma – per finzione legale – ad effetti «dichiarativi», sia pure criticamente, A. MORA, *Il contratto di divisione*, Milano, 1995, spec. p. 68 s., oltre alle opportune precisazioni di C. MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Padova, 2006, p. 38. La novità del passaggio dalla proprietà «condivisa» a quella «individuale», quale «nuovo diritto» rispetto al preesistente, a motivo della natura «traslativa» della divisione, è affermata da F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, 2ª ed., Napoli, 1986, p. 34; più di recente, E. MINERVINI, *Divisione contrattuale ed atti equiparati*, ivi, 1990, p. 59 s. Sia pure in ragione del ruolo «distributivo» fra condividenti, P. FORCHIELLI, F. ANGELONI, *Della divisione (Artt. 713-768)*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, dir. F. Galgano, 2ª ed., Bologna-Roma, 2000, p. 65 e p. 85; A. LUMINOSO, *La divisione, il sistema dei contratti e l'elaborazione dottrinale*, in AA.VV., *Contratto di divisione e autonomia privata*, in *Quad. Fondaz. Notar*., n. 4/2008, spec. p. 16.

[94] *Contra*, v., però, G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 451, secondo il quale –

Se, in assenza dei limiti di tempo, il patto di inalienabilità sarà nullo per mancanza di uno dei requisiti essenziali, analoga conseguenza deriverà qualora si accerti che lo stesso si sia protratto per un arco temporale «superiore» ai limiti di validità [95]. In queste ipotesi, sorge questione se sia possibile rimediare attraverso la riduzione del termine, ovvero la relativa fissazione da parte dell'autorità giudiziaria [96].

Ben si è detto come, non già la «diffidenza» verso i poteri del giudice, quanto piuttosto il *favor testamenti*, inteso quale espressione di un generale favore per l'autonomia testamentaria, nonché il principio di conservazione dell'«attività negoziale» *lato sensu*, debbano trovare applicazione nel caso di specie: non sono sembrati esservi ostacoli, in queste ipotesi, alla funzione «suppletiva» (o «correttiva») dell'intervento giudiziale. La riprova sarebbe fornita dal disposto dell'art. 645 c.c., che conferisce agli interessati – nel caso di condizione «sospensiva» *sine die* – la facoltà di far stabilire al giudice il termine entro cui la condizione dovrà verificarsi: sarebbe incongruo che l'impiego della fissazione giudiziale del termine mancante sia consentito quando l'inalienabilità derivi da una «clausola condizionale», e precluso quando la stessa sia imposta come «risultato» di un comportamento obbligatorio [97]; *a fortiori*, al giudice dovrà essere riconosciuta la facoltà di ridurre la durata del divieto «testamentario» di alienazione.

---

sebbene con specifico riferimento alla riducibilità del termine da parte del giudice – del tutto inattendibile si rileverebbe estendere per analogia il disposto relativo alla durata della sospensione testamentaria della divisione, al divieto testamentario di alienazione; in senso analogo, cfr. G. BRANCA, *Della comunione. Del condominio negli edifici (Artt. 1100-1139)*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, 5ª ed., Bologna-Roma, 1972, p. 140 e p. 280, il quale evidenzia le differenze fra i due istituti, specie in riferimento all'efficacia per i successibili.

[95] Cfr. F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali*, cit., p. 83.

[96] In proposito, una lontana decisione di merito lo escluse, osservando che i "giudici della convenienza" del termine sono soltanto le parti, le quali possono valutarla e determinarla (così, App. Genova, 4 maggio 1944, in *Foro it.*, 1947, I, c. 51). Si era quindi osservato, contro la conservazione della clausola mediante riduzione del termine, che l'art. 1379 c.c. non ammette altra alternativa all'infuori dell'*invalidità* del divieto, qualora il termine di durata sia giudicato eccessivo.

[97] G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., pp. 453-454, argomentando – non senza difficoltà – sulla possibilità di sostituzione della clausola «nulla» (*ex* art. 1419, cpv., c.c.), ovvero sulla base degli artt. 1183 e 1187 c.c., o ancora sull'ampliamento della possibilità di recupero *ex* art. 1367 c.c. della clausola testamentaria. Il ricorso a quest'ultima norma non è apparso peraltro fondato, dal momento che il «principio di conservazione» ivi previsto opererebbe soltanto qualora, essendo stati utilizzati termini, espressioni o clausole non univoci, tecnicamente non pertinenti, erronei ovvero in contrasto con il testo o lo spirito dell'accordo, sia necessario e possibile individuare, in via preventiva, l'effettiva volontà delle parti: «nel nostro caso, invece, lungi dall'aversi un'imperfetta ed incerta manifestazione di volontà, le parti hanno chiaramente assegnato al divieto di alienare termini troppo lunghi di durata. Applicabile non è nemmeno l'art. 1374 c.c., perché nel nostro caso non si tratta di colmare, mediante integrazione legale o equitativa, lacune del contratto o di obbligare le parti all'accettazione di conseguenze da esse originariamente non pre-

E tuttavia, il ricorso «analogico» alla disciplina della condizione «sospensiva» non sembra molto convincente, sia perché nel caso di clausola di «inalienabilità» si tratterebbe, al più – come visto – di condizione «risolutiva»; sia perché si sollevano ampie riserve in merito alla validità di un divieto formulato attraverso una «condizione», in virtù della c.d. retroattività «reale» dei suoi effetti [98]. Preferibile, anche sotto questo profilo, è il ricorso all'art. 713, ult. cpv., c.c., che accorda all'autorità giudiziaria, in presenza di «gravi motivi», la facoltà di porre nel nulla, ovvero di ridurre, il termine del divieto di divisione imposto dal testatore.

Può, dunque, ritenersi raggiunto un *quarto importante approdo*: i limiti di validità della clausola «testamentaria» di inalienabilità, correlata alla clausola «confidenziale», *non sono* sovrapponibili (quindi, non si identificano) con quelli previsti in materia di «contratto» (*neppure*) sotto il profilo della «durata» che, in quanto *indipendente* dall'«apprezzabile interesse», in sé estraneo alla «liceità» dei motivi sufficiente a fondare il divieto, non potrebbe rappresentarne l'indice di «congruità» affidato, per ciò stesso, al sindacato giudiziale alla stregua di disposizioni «pertinenti», la cui (eventuale) applicabilità sarebbe *ex* art. 2697 c.c. a carico della parte interessata a farne valere gli effetti di «riduzione temporale» sul vincolo.

**4.** – Com'è noto, il panorama della moderna «contrattualità successoria» [99] e delle disposizioni «pertinenti», con diretta ripercussione sui connotati tipici dell'art. 1379 c.c., hanno subìto una svolta radicale a seguito dell'introduzione dal 2005 dell'evocato art.

---

viste. Né il giudice può intervenire a guisa di arbitratore, perché non sussiste la necessità di aggiungere o determinare un elemento del contratto o una modalità della sua esecuzione e d'altro canto il giudice può intervenire solo se le parti hanno previsto il suo intervento»: così, sempre V. LOJACONO, *Inalienabilità*, cit., p. 900.

[98] Non manca chi reputa applicabile l'art. 645 c.c. alla condizione risolutiva «meramente potestativa»: cfr. A.C. PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 303. La condizione risolutiva di non alienare risulterebbe «illecita», poiché consentirebbe di eludere il principio dell'«efficacia obbligatoria» del divieto di alienazione, sancito dall'art. 1379: v. N. DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 134 s. Infatti, nel momento del suo verificarsi, per l'efficacia «retroattiva» che la connota (v. art. 646 c.c.), rendendo nullo l'atto di alienazione *ex tunc*, finirebbe col rendere il divieto «opponibile» ai terzi. V. però *infra*, § 6.1.

[99] Secondo l'inquadramento prospettato da G. AMADIO, *Autonomia privata e successione familiare. Sulla nuova contrattualità successoria*, in ID., *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2016, spec. p. 395 s. Aggiungasi ora la stringente analisi di V. BARBA, *Affidamento fiduciario testamentario*, in AA.VV., *L'affidamento fiduciario successorio*, cit.

2645-*ter* c.c., il cui nuovo «paradigma» si rivela indubbiamente un efficace «trasformatore giuridico» anche per la (reviviscenza della) clausola «confidenziale» in esame.

Invero, l'applicabilità dell'art. 2645-*ter* c.c. al divieto «contrattuale» di alienazione ha posto un tema di *graduazione dell'indisponibilità*, in funzione della *ratio* delle finalità perseguite con le singole figure «vincolistiche». In estrema sintesi, si ritiene che rientri nel «normale esercizio dell'autonomia privata, in ragione della peculiare destinazione e delle finalità che attraverso l'atto si vogliono realizzare, inserire una clausola di inalienabilità dei beni destinati» [100].

Per meglio dire, in determinate ipotesi il *vincolo di destinazione* ben potrebbe ricomprendere un *divieto di alienazione* e, dunque, la trascrizione del primo comporterebbe l'opponibilità ai terzi (anche) del secondo. E così, è agevole trasferire (le conclusioni raggiunte circa) il rapporto fra tale vincolo ed il divieto in parola all'indagine in materia testamentaria: la ricostruzione di un negozio «atipico» di destinazione ad ampio spettro – di cui l'art. 2645-*ter* c.c. costituisce soltanto un «modello» tipizzato per caratteristiche ed elementi strutturali – permette senz'altro di considerare a tutt'oggi ammissibile un «negozio *testamentario* di destinazione» con i requisiti (di *meritevolezza* e *temporaneità*) come dianzi ripercorsi, (un tempo) definito «confidenza» [101].

E ciò, con l'ausilio della disciplina «intertemporale», a conferma oltretutto della valenza puramente «ricognitiva» (piuttosto che «fondativa») dell'effetto «vincolistico», già in precedenza sottolineata in relazione all'art. 1379 c.c., in quanto oggi possibile *contenuto* – come visto – della nuova disciplina c.d. «destinatoria».

In proposito, mette conto evidenziare l'esistenza di una specifica norma transitoria che regola la problematica in oggetto. L'art. 238, comma 1, l. 19 maggio 1975, n. 151, stabilisce che: «la disposizione dell'art. 692 del codice civile si applica anche alle *successioni apertesi prima* dell'entrata in vigore della presente legge a meno che la nullità della sostituzione non sia stata già pronunziata con sentenza passata in giudicato»; mentre il capoverso recita: «salvo quanto previsto dal comma precedente, le sostituzioni fedecommissarie anteriori all'entrata in vigore della presente legge sono regolate dalle disposizioni anteriori».

---

[100] M. BIANCA, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in *Riv. not.*, 2006, I, p. 1189.

[101] Per l'affermazione che, rispettando tutti i parametri della nuova norma, non è giustificabile l'esclusione della possibilità di destinare beni, con valenza «segregativa», anche tramite il negozio testamentario, v. A. TORRONI, *Vincoli di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c.: un tentativo d'inquadramento sistematico con lo sguardo rivolto al codice civile*, in *Riv. not*., 2013, p. 471 s.

È quindi necessario distinguere l'ambito di applicazione del comma 1 (che fa riferimento, *sic et simpliciter*, all'art. 692 c.c., per dichiarare applicabile il *nuovo* testo *anche* alle successioni *già apertesi*), e quello del capoverso (avente ad oggetto specificamente le *sostituzioni fedecommissarie anteriori*, dichiarando applicabili le disposizioni previgenti). In sostanza, il comma 1 dell'art. 238 ha essenzialmente la funzione di impedire che fattispecie qualificabili come «nulle» alla stregua del vecchio art. 692 c.c. possano essere dichiarati tali, a fronte della nuova disciplina più favorevole [102].

È questo proprio il caso del «divieto *testamentario* di alienazione», la cui disciplina era più rigorosa in passato di quanto non lo sia oggi (in quanto era «nullo» *anche* il divieto contenuto entro «convenienti limiti di tempo», a prescindere dai parametri di concreta determinazione, e rispondente ad un «interesse apprezzabile (*rectius*, lecito)» del testatore). Può, quindi, ragionevolmente sostenersi che *qualsiasi* «divieto» di alienare e, più in generale, «vincolo di indisponibilità» di fonte «testamentaria» (leggasi clausola «confidenziale»), in *qualunque momento* si sia aperta la successione, è oramai regolato dalla nuova disciplina (più favorevole), come sopra ricostruita, in conformità alle indicazioni sistematiche desumibili dall'art. 2645-*ter* c.c.

**5.** – Sta di fatto che l'attività gestoria relativa a beni «destinati» deve essere, all'evidenza, conforme agli assetti programmati dal disponente nel proprio atto di ultima volontà: ne discende, dunque, che tale attività «gestoria», in cui – come visto in premessa – affonda le sue radici più autentiche la stessa «autonomia contrattuale», non può in tali ipotesi ritenersi «libera», essendo di per sé «direzionata» negli scopi, i cui «vincoli dispositivi», espressi o impliciti, emergano dal tenore dell'atto negoziale.

Per caratteristiche strutturali (e tecniche redazionali), una clausola «confidenziale» di fonte testamentaria rappresenta, il più delle volte, il miglior esempio di tali limiti «impliciti»: come nell'ipotesi in cui detta clausola preveda che un determinato immobile debba

---

[102] G. GABRIELLI, *Norme finali e transitorie*, in *Comm. dir. it. fam.*, cit., VI, t. 1, Padova, 1993, p. 282 s.; G. AZZARITI, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Tr. dir. priv.*, dir. P. Rescigno, VI, 2ª ed., Torino, 1997, p. 337, il quale evidenzia come il capoverso abbia l'unica funzione di mantenere efficaci le sostituzioni fedecommissarie validamente disposte in base alle norme del codice civile del 1942, ma non più valide ai sensi della legge di riforma (ciò significa che il capoverso non può, in alcun caso, applicarsi al «divieto testamentario di alienazione»); V. CARBONE, voce *Sostituzione ordinaria e fedecommissaria*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, XVIII, ivi, 1998, p. 634. V. anche P. VITUCCI, *La novella del 1975 e le clausole testamentarie sul potere di disposizione dell'istituito*, in AA.VV., *Diritto di famiglia. Scritti in onore di Rosario Nicolò*, Milano, 1982, p. 613 s.

essere «fruito» da un certo beneficiario per tutta la durata della destinazione, per poi essergli «trasferito» alla scadenza: il piano degli interessi emergenti da una siffatta clausola denota infatti, sia pure implicitamente, che a costui *è vietato* «alienare» (e/o «mutare la destinazione» del)l'immobile in questione.

Sorgono, a questo punto, due problemi di non poco momento: l'uno, relativo alla riconoscibilità «interpretativa» di tale clausola, o meglio, il grado (più o meno intenso) di «inespressione» all'uopo giuridicamente rilevante, al cospetto di scheda testamentaria redatta anche in epoca anteriore alla (formale) «ricezione normativa» dell'*atto di destinazione*; l'altro, concernente la sorte degli atti compiuti in violazione della «destinazione» (sia pure «implicitamente» riconosciuta) impressa ai beni.

Sotto il primo profilo, riaffiora l'utilità del percorso storico-esegetico in precedenza seguito, da cui è emerso come nell'elaborazione di *common law* la *confidentia* è stata intesa quale «ufficio fiduciario di necessità» ragguagliabile, si è visto, più che alla figura dell'«esecutore testamentario» scaturito dallo sviluppo romanistico del *fideicommissum*, a quell'altra (anch'essa continentale, ancorché dalla diversa «genealogia» concettuale) [103] della *negotiorum gestio*. In quest'ultima fattispecie, la ragione giustificativa risiede notoriamente nella «necessità» (dovuta, a sua volta, all'«impossibilità» temporanea) per il *dominus* di curare la propria sfera patrimoniale tramite la (implicita) «relazione di fatto» (storicamente, «fiduciaria») intrattenuta con il «gestore», con l'impegno di «riequilibrare» quanto da costui prestato in esecuzione di attività a ciò «destinate» (donde l'*utiliter coeptum*), sotto pena (inespressa) di «indebito arricchimento» e relativa tutela per quest'ultimo.

I due poli («fisiologico» e «patologico») della fattispecie così descritta – «relazione fiduciaria» *vs* «indebito arricchimento» – hanno finito per assumere un significato del tutto peculiare lungo il «fiume carsico» sfociato nel concepimento degli istituti del *trust*, nel cui «alveo» la stessa clausola «confidenziale» deve essere convogliata per coglierne il preciso significato e l'esatta portata.

A differenza, infatti, di quanto accaduto in ambito continentale, l'esperienza di *common law* è giunta a configurare i due poli «opposti» testé richiamati come «intersecanti»,

---

[103] Su cui, v. *funditus* P. SIRENA, *La gestione di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, Torino, 1999, spec. p. 421, ove giustamente si osserva come: «la natura giuridica dell'atto compiuto dal soggetto agente non assuma uno specifico rilievo nella conformazione della disciplina legale dell'istituto, rispetto alla quale è del tutto indifferente che l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica si sia verificata mediante un negozio giuridico, un atto giuridico in senso stretto *ovvero, addirittura, un atto illecito*». Per tale accostamento, riveniente dall'articolazione dei rimedi esperibili, v. ancora F. TREGGIARI, *La fiducia testamentaria prima dei codici*, cit., p. 267.

ogniqualvolta è dato riscontrare l'esistenza di un *difetto di legittimazione negoziale* di un soggetto rispetto a beni, di cui sia entrato nella disponibilità. E ciò, non perché sia stato «espressamente» pattuito un regolamento *gestionis causa*, ma perché elementi, sovente puramente fattuali, indicano l'esistenza su quei medesimi beni di «altrui interessi» meritevoli di tutela prioritaria, e tuttavia pregiudicati dal modo di disporne.

È questo il c.d. *constructive trust*, che permette di lasciare «aperta» la classe degli interessi protetti, collocandoli nell'area della «fattispecie» così (funzionalmente) «reinterpretata» (ed oggi resa «esplicita» dall'art. 2645-*ter* c.c.), ovviando ad una serie di problematiche insite nella (nota) «residualità» dell'azione di indebito arricchimento, a rischio dunque di inidonea tutela [104].

Ne consegue altresì che, una volta accertato l'«effettivo» assetto di interessi divisato, il titolare del diritto ne diviene «affidatario» esattamente *come se* tale affidamento derivasse da un *trust* «esplicito». Di guisa che, l'«effetto segregativo» tipico di quest'ultimo maturerà anche in capo all'implicito beneficiario, al quale i creditori personali, *indipendentemente* dalla natura dei beni e/o delle situazioni giuridiche legittimanti, giammai po-

---

[104] In tema, v. *amplius* soprattutto M. LUPOI, *Trusts*, 2ª ed., Milano, 2001, spec. p. 152; nonché A. VICARI, *Le situazioni fiduciarie al di fuori dell'area contrattuale: i* constructive trusts *e l'arricchimento senza causa*, in F. ALCARO, R. TOMMASINI (cur.), *Mandato, fiducia e* trust. *Esperienze a confronto*, Milano, 2003, pp. 143-146. I prodromi di tale impostazione sono già rinvenibili nella (discussa) figura del «mandato presunto» utilizzata, proprio in riferimento alla gestione *ex* art. 2028 c.c., da L. CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, ivi, 1958, spec. p. 172. Interessante sul punto, Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ*., 2001, I, p. 2481, la quale significativamente statuisce che: «il giudice, nel procedere all'identificazione del rapporto contrattuale, alla sua denominazione ed all'individuazione della disciplina che lo regola, deve procedere alla *valutazione "in concreto" della causa*, quale elemento essenziale del negozio, tenendo presente che essa si prospetta come strumento di accertamento, per l'interprete, della generale conformità a legge dell'attività negoziale posta *effettivamente* in essere, della quale va accertata la conformità ai parametri normativi dell'art. 1343 c.c. (causa illecita) e 1322, comma 2, c.c. (meritevolezza di tutela degli interessi dei soggetti contraenti secondo l'ordinamento giuridico)». Nella specie, una società aveva, contemporaneamente e presso la stessa banca, depositato somme di denaro su un libretto al portatore ed aperto un conto corrente. Sopravvenuto il concordato preventivo della società, la banca aveva proceduto alla compensazione tra l'attivo del deposito e lo scoperto del conto corrente. Il giudice di merito aveva dichiarato legittima la compensazione, qualificando il rapporto come «contratto fiduciario», comprendente la pattuizione della compensazione stessa. La Suprema Corte, nell'enunciare il massimato principio di diritto, ha annullato l'impugnata sentenza per avere omesso di accertare la conformità di tale contratto ai parametri di liceità e meritevolezza previsti dalle citate disposizioni normative, evidenziando così una «responsabilità per *mala gestio*» e, quindi, il ruolo «implicito» di c.d. *constructive trustee* della banca. Eloquente a riguardo, anche Trib. Prato, 12 agosto 2015, n. 942, fonte *@DeJure.it*, che ha ritenuto «meritevole» e, dunque, valido ed efficace un «vincolo di destinazione» diretto ad assicurare una soddisfazione «proporzionale» ai creditori sociali, non ancora muniti di causa di prelazione, in vista sempre di un concordato preventivo, sottolineandosi così nuovamente l'«implicito» impegno all'«utile gestione» in capo alla società in crisi.

tranno sottrarre (esecutando) gli incrementi del relativo patrimonio, né – come subito si vedrà – eventuali aventi causa potranno consolidarne i propri acquisti, sino ad avvenuta rimessione in pristino.

In esito al descritto «itinerario a tappe» successive di approdi, è dunque possibile avanzare una *prima ipotesi ricostruttiva in ottica costituzionale*: il principio del c.d. «giusto processo», elevato a rango costituzionale mediante la modifica dell'art. 111 Cost., il cui «logico corollario» di più immediata percezione consiste nell'«effettività» [105] della tutela, si ripercuote (anche) a livello di ermeneutica contrattuale, con il superamento del tradizionale «ordine gerarchico» dei relativi canoni *ex* art. 1362 ss. c.c. Una posizione di primo piano assume, in questo quadro, la regola 'cerniera' tra canoni c.d. «soggettivi» ed «oggettivi» (ovvero «integrativi»), ossia l'interpretazione «secondo buona fede» *ex* art. 1366 c.c., la quale – nel valorizzare l'«argomentazione» a sostegno del procedimento ermeneutico «generatore» della «regola» affermata [106] – diviene lo scandaglio per far emergere l'assetto «proporzionale» [107] all'*effettiva* (ancorché *inespressa*) situazione riveniente dal piano degli interessi in gioco, ben condensabile (in ipotesi) mediante una clausola «confidenziale».

**6.** – Ulteriore problema che si pone, nel silenzio serbato sul punto dall'art. 2645-*ter* c.c., attiene – come si diceva – alle sorti del negozio, con cui il «gestore» del bene vincolato ne disponga, in violazione della «destinazione» impressa.

Secondo un diffuso orientamento [108], il silenzio normativo dovrebbe interpretarsi nel senso che il legislatore non ha inteso configurare il negozio *ex* art. 2645-*ter* c.c. quale

---

[105] Un'interpretazione coerente dell'art. 24 Cost., oggi valorizzato alla luce del nuovo art. 111 Cost., condurrebbe, infatti, a ravvisare: «la portata concreta della copertura costituzionale, stabilendo [ch]e essa riguardi [non] solo il diritto al "giusto processo" (…) [ma] anche quello all'effettiva tutela» (*scil*., sostanziale): cfr. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 56.

[106] In base alle feconde riflessioni sull'ermeneutica, svolte recentemente da A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tr. dir. priv*., cur. G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2013, spec. p. 10 s.

[107] Su tale innovativa impostazione, v. *amplius* M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, 2ª ed., Torino, 2015, spec. p. 32 s. e p. 79 s., con puntuali riferimenti alla legislazione speciale ed alla giurisprudenza in argomento.

[108] Cfr. M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione. L'art. 2645*-ter *del codice civile*, Milano, 2006, pp. 43-44 e p. 63; A. MORACE PINELLI, *Atti di destinazione,* trust *e responsabilità del debitore*, ivi, 2007, p. 264; G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645*-ter *c.c.) e* trust*: analogie e differenze*, in *Contr. impr. eur*., 2007, p. 425.

destinazione di tipo «statico», vale a dire postulante un'indisponibilità (o una disponibilità soggetta a limitazioni) del bene vincolato. In tale ottica, eventuali divieti e/o limitazioni alla facoltà di alienare il bene, che fossero inseriti nel negozio dal disponente per meglio realizzarne le finalità, essendo il mero frutto di una scelta dell'autonomia privata, ricadrebbero nella previsione dell'art. 1379 c.c., ossia avrebbero rilievo meramente «obbligatorio».

Da tale impostazione si fa discendere pertanto che, ove il gestore disponga «abusivamente» del bene vincolato, il beneficiario sarà tutelato dal fatto che il bene circola (e, dunque, viene acquistato dall'avente causa dal gestore e dai successivi subacquirenti) gravato dal vincolo (in base al noto principio *res transit cum onere suo*), senza che tale acquisto possa ritenersi né invalido, né inefficace. Com'è stato osservato [109], appare evidente come la tesi in esame concepisca il vincolo *ex* art. 2645-*ter* c.c. come una sorta di «peso» inerente al bene e, come tale, destinato a seguirlo nelle sue vicende circolatorie [110].

La tesi dianzi esposta, pur nella condivisibile attitudine «euristica», merita talune precisazioni.

In primo luogo, a ben vedere, l'art. 2645-*ter* c.c. afferma che: «i beni conferiti e i loro frutti *possono essere impiegati solo* per la realizzazione del fine di destinazione». Pertanto, non può escludersi che, mediante tale espressione, il legislatore abbia inteso distinguere tra attività dispositiva del gestore *in conformità* al fine di «destinazione» (e, come tale, legittimante l'avente causa dal gestore ad acquistare il bene libero dal «vincolo») ed attività costituente, invece, *violazione* di detto fine (e, come tale, all'origine di un negozio inidoneo a produrre effetti in danno dei beneficiari del vincolo, salvo verificare il tipo di sanzione più appropriata, cui assoggettare tale negozio) [111].

In quest'ottica, pertanto, ove il negozio di destinazione fosse strutturato, si è visto, in

---

[109] Cfr. S. BARTOLI, Trust *e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, p. 279.

[110] Non a caso, infatti, tra i fautori di tale tesi non manca chi accosta il vincolo in questione ora all'«onere reale» (v. P. SPADA, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in AA.VV., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, in *Quad. Fondaz. Notar.*, n. 1/2007, p. 128; nonché E. MATANO, *I profili di assolutezza del vincolo di destinazione: uno spunto ricostruttivo delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. not.*, 2007, pp. 371-372 e p. 376); ora all'*obligatio propter rem* (A. MERLO, *Brevi note in tema di vincolo testamentario di destinazione ai sensi dell'art. 2645*-ter, *ibid.*, 2007, p. 514); ora infine al *modus*, stante la relativa «ambulatorietà» sancita, ad es., dagli artt. 676, cpv., 677, cc. 2 e 3, e 690 c.c.

[111] V. *infra*, § 6.1, in fine. Sulla discussa necessità che la «destinazione» sia sempre corredata da «effetti traslativi», si rinvia a L. SANTORO, *Il* trust *in Italia*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 279 s.

modo tale da «contenere» una *clausola di inalienabilità*, parrebbe alquanto arduo ricondurla alla dimensione meramente «obbligatoria» dell'art. 1379 c.c. (dettato, oltretutto, per una proprietà «piena»), facendo essa strutturalmente parte del contenuto del vincolo impresso al bene (oggetto quest'ultimo di una proprietà non già «piena», bensì «vincolata nel fine») e, come tale, idoneo a condizionare l'efficacia della sua (eventuale) alienazione nei confronti dei beneficiari del vincolo stesso.

Del resto, non manca chi afferma che l'art. 1379 c.c. risulterebbe incompatibile rispetto al negozio *ex* art. 2645-*ter* c.c. [112] Trattasi di tesi che, tra l'altro, ha trovato accoglimento anche in alcune decisioni giudiziarie [113].

Né il fatto che il bene «abusivamente» alienato venga acquistato dal terzo "gravato" dal vincolo appare costituire una tutela sufficiente per il beneficiario. Una tale conclusione, infatti, postulando che l'acquirente diventi senz'altro «gestore» del bene vincolato *nell'interesse* del beneficiario (*in luogo* del «gestore» che tale bene ha «abusivamente» alienato), trascura che l'*identità* del «gestore» e le sue *qualità soggettive* potrebbero non essere affatto indifferenti per l'autore del negozio di destinazione (e dei relativi beneficiari), poiché assai spesso l'incarico gestorio sarà stato conferito dal disponente *intuitu personae* [114].

Appare, pertanto, più plausibile qualificare l'atto dispositivo, in violazione della destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c., come viziato [115] alla stessa stregua, *mutatis mutandis*, del-

---

[112] Cfr. G. PETRELLI, *Destinazioni patrimoniali e* Trust, Milano, 2019, p. 61 s.; S. BARTOLI, *Riflessioni sul "nuovo" art. 2645-ter c.c. e sul rapporto fra negozio di destinazione di diritto interno e* trust, in *Giur. it*., 2007, p. 1307, ed *ivi* nt. 37. L'inapplicabilità dell'art. 1379 c.c. è stata, inoltre, affermata da taluni AA. sia, in generale, per le varie ipotesi di vincoli di destinazione presenti nell'ordinamento civilistico anche prima dell'introduzione dell'art. 2645-*ter* c.c. (v. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, p. 201), sia con specifico riferimento alla «contigua» figura del *trust* (v. S. BARTOLI, D. MURITANO, *Le clausole dei* trusts *interni*, Torino, 2008, p. 109 s.).

[113] Cfr. Trib. Reggio Emilia, decr. 26 marzo 2007, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, p. 419; nonché in *obiter* ID., ord. 14 maggio 2007, *ibid*., p. 425. Il *leading case*, in presenza di negozio di destinazione posto in essere dai coniugi, in occasione di separazione consensuale, con previsione dell'inalienabilità di un immobile sino al momento dell'autosufficienza economica della loro prole, ha affermato che: «l'art. 2645-*ter* c.c. (norma successiva e speciale), nel prevedere l'opponibilità ai terzi della predetta inalienabilità (ove trascritta nei RR.II.), scardina il disposto dell'art. 1379 c.c.». Analoghe affermazioni nella seconda pronuncia, relativa a fattispecie in cui un creditore aveva invano tentato di pignorare beni oggetto di *trust* c.d. «autodichiarato», stipulato dal disponente e previamente trascritto.

[114] Si pensi all'ipotesi, oltretutto «tipizzata» dalla nuova norma, in cui il beneficiario sia un soggetto diversamente abile. Per una critica all'inquadramento del vincolo «destinatorio» nell'ambito delle figure di cui *supra*, nt. 110, si rinvia a S. BARTOLI, Trust *e atto di destinazione*, cit., pp. 118-131.

[115] Cfr. R. QUADRI, *L'art. 2645-*ter *c.c. e la nuova disciplina degli atti di destinazione*, in *Contr. impr*., 2006, pp. 1741-1744; nonché S. MEUCCI, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 507 s.

l'evizione denotante, anch'essa – a ben riflettere – l'intrinseca *priorità* di uno «statuto di appartenenza» rispetto ad altro «deteriore», *prescindendosi* dagli stati soggettivi.

**6.1.** – Orbene, all'interno di quest'ultima impostazione, mette conto segnalare quell'indirizzo di pensiero [116] che, rifacendosi all'iniziale inquadramento del «vincolo di indisponibilità» discusso in apertura, reputa applicabili i seguenti principi: *a)* l'atto compiuto in violazione sarebbe valido ed «efficace» *inter partes* (ossia, nei rapporti tra gestore e suo avente causa), ma «inopponibile» al patrimonio destinato (ossia, ai beneficiari), purché sia data prova della *mala fede* dell'avente causa dal gestore; nonché *b)* nell'ipotesi in cui il destinante vi abbia conferito espressa valenza di «condizione risolutiva» della stessa attribuzione patrimoniale al gestore, l'atto compiuto da quest'ultimo sarebbe invece (stante l'avveramento di tale condizione) *inefficace*.

Più precisamente, premessa la dubbia validità per il passato di una siffatta condizione, il cui congegno *ex* art. 1357 c.c. (ad efficacia «reale») avrebbe "eluso", rendendo opponibile a terzi, il divieto (meramente «obbligatorio») previsto dall'art. 1379 c.c. [117], con-

---

Sul trattamento giurisprudenziale dell'«evizione» quale proprietà «prioritaria», v. la rassegna ragionata curata da M. SALA, *I beni subastati e la tutela dei diritti dei soggetti in buona fede*, in *Imm. propr*., 2007, p. 239 s.

[116] Si allude a G. PETRELLI, *Destinazioni patrimoniali*, cit., pp. 63-64. Soluzione affine a quella codificata dall'art. 2384 c.c., in tema di pubblicità dei limiti ai poteri degli amministratori di S.p.A., pur se in quest'ultima norma si richiede non la semplice «mala fede» dell'avente causa dall'amministratore, bensì che costui abbia «intenzionalmente agito a danno della società».

[117] Cfr. G. ROCCA, *Il divieto testamentario di alienazione*, cit., p. 468 s.; nello stesso senso G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, cit., pp. 191-192, il quale ritiene necessario che, con la condizione implicante la decadenza dal lascito, in caso di inosservanza di prelazione (testamentaria): «non si miri a conseguire quell'efficacia reale che più di una ragione spinge a ritenere preclusa»; ID., *Il testamento. Lineamenti*, Padova, 1995, p. 138 s.; E. MOSCATI, *Alienazione (divieto di)*, in *Enc. giur. it.*, I, Roma, 1988, p. 5; N. DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 145 s.; L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle disposizioni condizionali, a termine e modali (Artt. 633-648)*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, cur. F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, p. 163 s., con ulteriori riferimenti bibliografici; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 1090-1091, i quali dubitano – alla luce degli artt. 1379 e 1458 c.c. – che i limiti posti alla creazione di diritti reali atipici «possano serenamente venir aggirati mediante il ricorso alla costituzione di diritti condizionati»). Quanto alla deduzione in condizione «risolutiva» del vincolo di destinazione, cfr. A. CHIANALE, *Vincoli negoziali di indisponibilità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 204; nonché M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 424 s. Per la liceità della «condizione di non alienare», purché negli stessi limiti indicati dall'art. 1379 c.c., in giurisprudenza, v., oltre a quella riportata da G. AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, 2ª ed., Napoli, 1990, p. 525, ed *ivi* anche nt. 4, anche Trib. Fermo 29 dicembre 1993, in *Riv. not*., 1995, p. 1526, e Cass. 17 novembre 1999 n. 12769, in *Rep. Foro it*., 1999, voce *Contratto in genere*, n. 454. Nessun problema sorge, ovviamente, per la deducibilità in condizione di ulteriori comportamenti limitativi del contenuto del diritto di proprietà (o di altro diritto reale), come appunto

clude affermando che l'art. 2645-*ter* c.c. consente, invece, di effettuare un trasferimento, a fini di destinazione, e prevedere che l'eventuale successiva alienazione del bene stesso, da parte del gestore, in contrasto con tale finalità, costituisca condizione risolutiva del trasferimento.

E tuttavia, se – come visto – alla proprietà «destinata» creata dal negozio *ex* art. 2645-*ter* c.c. risulta inapplicabile l'art. 1379 c.c. (in quanto i limiti alla disponibilità del bene sono in sé dotati di rilevanza «reale» e non meramente «obbligatoria»); e se, pertanto, l'atto dispositivo del gestore, il quale viola la destinazione, è già di per sé affetto da un vizio «strutturale», con possibilità di accedere ad una tutela *lato sensu* «reale» impugnando l'atto medesimo, il ricorso al congegno della condizione «risolutiva» (proficuo, ove lo si ammetta, in un contesto proprietario in cui vige l'art. 1379 c.c.) appare superfluo [118].

Peraltro, la sanzione derivante dall'avveramento di tale condizione (i.e., l'inefficacia) non potrebbe consentire la tutela degli aventi causa in buona fede dal gestore, in base al generale principio di salvaguardia dell'affidamento incolpevole, reputato immanente al nostro ordinamento [119], ancorché non riveniente dalla norma. Se, infatti, l'inopponibilità dell'atto ben potrebbe desumersi implicitamente dal suo complessivo dettato (che ricollega alla pubblicità del «vincolo di destinazione» l'opponibilità, vietando di usare i beni «destinati» per finalità estranee), nessun riscontro vi si trova invece – non facendosi mai questione degli stati soggettivi di quanti entrino in contatto con il patrimonio «destinato» – circa la salvezza o meno della posizione dell'avente causa dal gestore a seconda, rispettivamente, della sua buona o mala fede [120].

Converrà, tuttavia, individuare *in subiecta materia* un meccanismo implicante la tute-

---

nell'ipotesi esaminata di clausola «confidenziale», vincolando l'acquirente ad una determinata «destinazione». La liceità di tali condizioni, dubbie quando oggetto della limitazione è lo stesso diritto di proprietà, andrà valutata in relazione alle norme (inderogabili) che disciplinano le singole situazioni a carattere «reale», così come appare orientato G. AMADIO, *La condizione di inadempimento (contributo alla teoria del negozio condizionato)*, Padova, 1996, p. 41, ed *ivi* nt. 109.

[118] Cfr. S. BARTOLI, Trust *e atto di destinazione*, cit., p. 285 s.

[119] In tal senso, R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, p. 52 s., p. 89 s. e p. 110 s. Per un diverso approccio di «rigore» sanzionatorio, v. però D. MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. «cartolarizzazione» dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 108 s.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 162; G. INFANTE, *I profili civilistici dei fondi speciali per la previdenza e assistenza*, Napoli, 2002, p. 36 s.

[120] Il tenore della norma la rende pertanto, anche sotto questo profilo, affine all'art. 169 c.c., dettato per il fondo patrimoniale.

la dei terzi aventi causa in buona fede: se infatti, in alcune fattispecie concrete, sarà impossibile per costoro – pur se il gestore abbia, in ipotesi, espressamente dichiarato l'inerenza dell'atto ai fini della «destinazione» – invocarne il relativo stato, in altre l'«inerenza» o meno dell'atto dispositivo alla «destinazione» potrebbe essere tutt'altro che pacifica [es., per fattispecie «ibride» quale l'«impresa familiare», in relazione alla responsabilità della comunione *ex* art. 186, lett. c), c.c.] [121].

D'altronde, il problema della tutela in questi casi dell'avente causa in buona fede dal gestore è insito nel diritto dei *trusts* – cui la presente disamina si è finora raccordata – giacché l'art. 15, § 1, lett. f) della Conv. de L'Aja del 1° luglio 1985, sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, sottolinea l'esigenza di coordinarne la disciplina con eventuali norme interne, poste a tutela dei terzi che agiscano in buona fede. Nell'impossibilità di «importare» *sic et simpliciter* nel nostro ordinamento la peculiare tecnica del c.d. *tracing* [122], ivi previsto all'art. 11, § 2, lett. d), tornerà utile comprendere le tecniche «rimediali» [123] di diritto interno, idonee ad assicurare un risultato il più possibile affine.

Senza addentrarsi in maniera approfondita nelle soluzioni prospettate, è possibile osservare che, perlomeno in riferimento all'«atto di destinazione» *mortis causa*, l'operatività del regime pubblicitario – quale che ne sia la «forma» (salvo quanto si dirà tra bre-

---

[121] Importanti chiarimenti a riguardo in Cass., 15 febbraio 2007, n. 3471, in *Giust. civ*., 2008, I, p. 2264.

[122] Su cui, cfr. A. UNDERHILL, D. HAYTON, *Law relating to Trusts and Trustees*, London, 2003, p. 880 s.; nella nostra migliore dottrina, M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 48 s. Da segnalare, in ogni caso, gli artt. 55, L. n. 42/2010 sui *trusts*, nonché 10, cpv., L. n. 43/2010 sul contratto di affidamento fiduciario, entrambe della Repubblica di San Marino, che paiono indicare un'embrionale «via civilistica» al *tracing*, in prospettiva, anche al legislatore italiano. Il quale, è fermo alla p.d.l. n. 4554, presentato il 27 luglio 2011 alla Camera dei Deputati, primo firmatario on. Cambursano, il cui art. 1 prevede l'inserimento nel Tit. III, lib. IV del codice civile di un nuovo Capo IX-*bis "Del contratto di fiducia"*, raffigurato come «sottotipo» del mandato, una sorta di *trust "*all'italiana" ad impianto contrattuale disciplinato (non a caso) dall'art. 1741-*bis* all'art. 1741-*duodecies*; e l'art. 2, tra l'altro, la modifica dell'attuale art. 2645-*ter* c.c., nuovamente rubricato "Trascrizione del contratto di fiducia". Il dibattito sembra destinato a riaccendersi a seguito della L. 22 giugno 2016, n. 112 (c.d. legge sul "dopo di noi"), il cui art. 6 comprende una variegata tipologia di «istituti fiduciari», frutto delle pregnanti elaborazioni di M. LUPOI, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario; la comparazione con il* trust, in AA.VV., *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno*, in *Quad. Fondaz. Notar.*, n. 1/2017, spec. pp. 128-130; la cui menzione compare per la prima volta in norme «sostanziali» e non già «di conflitto», con intuibili problemi di coordinamento sistematico: cfr. S. MAZZAMUTO, *L'eclissi e l'anti-eclissi, a proposito di due libri recenti*, in *Eur. dir. priv*., 2016, p. 1129 s.

[123] Vale a dire – secondo A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 355 – la tutela più efficace per garantire l'interesse *sostanziale*, espressione a sua volta dell'*effettività* del rimedio teso ad accorciare: «per così dire, le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e/o al bene che si intende proteggere»; v., altresì, F. GALLUZZO, *L'amministrazione dei beni destinati*, Milano, 2012, p. 124 ss.

ve) – eliderebbe *a priori* ogni questione circa gli stati soggettivi dei terzi aventi causa dal «gestore», la cui stabilità degli acquisti ricalcherebbe, per certi versi, la verifica cui sono esposti gli acquisti con provenienza «donativa» all'apertura della successione. Con l'unica – ancorché sostanziale – differenza che, in quest'ultima ipotesi, la «riformulazione» [124] dell'art. 563 c.c. ha offerto una soluzione basata sul criterio temporale, ragguagliato (nel termine massimo) alla c.d. «prescrizione acquisitiva» (arg. *ex* art. 1158 c.c.), onde «contenere» gli effetti restitutori conseguenti alla riduzione della liberalità ricevuta (e poi ritrasferita *a titolo oneroso*) dal dante causa; laddove, nella fattispecie in esame, l'«inerenza» dell'atto dispositivo alla «destinazione» necessita, qualora contestata, di una valutazione giudiziale ancorata al «mobile» criterio di *meritevolezza* degli interessi perseguiti, sotto pena di *inopponibilità* (ad effetti «reali») per il destinante.

Ancora una volta soccorre la prospettiva storica dianzi ripercorsa, che ha evidenziato la configurabilità di situazioni «fiduciarie» facenti capo anche in via «inespressa» – vale a dire, sul piano (interpretativo) dell'*effettività* degli interessi in gioco – ad un *negotiorum gestor* il quale, ove inadempiente verso il «gerito» (i.e., destinante), si esporrebbe al compimento di atti violativi della «causa» destinatoria: quest'ultima, ove consistente in un *trasferimento*, lo renderebbe «nullo» per difetto dell'elemento (essenziale) teleologico; mentre, in ipotesi di *mutamento di destinazione*, lo renderebbe perseguibile tramite i rimedi c.d. «quasi-contrattuali» della ripetizione dell'indebito (*scil.*, «oggettivo») e/o comunque dell'indebito arricchimento, che tuttavia assumerebbero *quoad effectum* i connotati «reali» della c.d. «retroattività» [125] *ex* art. 1357 c.c., fatte comunque salve le ragioni dei terzi in buona fede, i quali *medio tempore* facciano valere unicamente un acquisto a titolo originario (i.e., per usucapione), esclusa l'applicabilità dell'art. 2652, n. 6, c.c.

---

[124] Tramite aggiunta «e non sono trascorsi venti anni dalla donazione», inserita dall'art. 2, c. 4-*novies*, lett. a), n. 2, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, nel testo convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80.

[125] Secondo la prospettiva delineata *supra*, ntt. 115 e 121. L'alternativo riferimento all'art. 2058 c.c., infatti, resterebbe comunque «esposto» agli stati soggettivi confliggenti, tuttavia, con forme di tutela «reale»: v., inoltre, le perplessità espresse a riguardo da S. TONDO, *Ambientazione del* trust *nel nostro ordinamento e controllo notarile sul* trustee, in I. BENEVENTI (cur.), *I* trusts *in Italia oggi*, cit., pp. 202-203; nonché L. RICCA, *Oggetto del* trust*, doveri del* trustee *e strumenti coercitivi o sanzionatori nel diritto interno*, *ibid*., pp. 108-109. Impregiudicata l'eventuale operatività, in tali ipotesi, del c.d. *disgorgement*, ricalcato dal dispositivo di tutela *ex* art. 125, D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (recante *Codice della proprietà industriale*), su cui, v. *amplius* P. PARDOLESI, *Contratto e nuove frontiere rimediali*. Disgorgement *v.* punitive damages, Bari, 2012, spec. p. 129 ss.; ovvero della speciale tutela esecutiva introdotta dall'art. 2929-*bis* c.c., esaminata in tali contesti da A. CIATTI CÀIMI, *Vincoli di destinazione, tutela del ceto creditorio e il nuovo art. 2929-*bis *c.c.*, in AA.VV., *Il negozio di destinazione fiduciaria. Contributi di studio*, Milano, 2016, p. 12 ss.

**6.2.** – Ove, dunque, il «vincolo di indisponibilità» sia di fonte testamentaria e, nello specifico, recato da clausola «confidenziale», il problema residuale, benché non di poco momento, da cui far dipendere la plausibilità dell'analisi finora condotta, sarebbe circoscritto alla forma [126].

Infatti, quanto alla realizzazione di interessi «meritevoli», varranno le medesime osservazioni enucleate in riferimento al divieto «contrattuale» di alienazione: per l'opponibilità ai terzi sarà necessario non soltanto che l'atto sia «lecito», ma sia anche diretto a realizzare un interesse «apprezzabile» *ex* art. 1322 c.c., espressamente richiamato nel contesto precettivo della (nuova) norma; ad ulteriore riprova che in tanto sarà concepibile una deroga alla facoltà di disporre ed alla (connessa) «responsabilità patrimoniale» con efficacia *erga omnes*, soltanto al cospetto di «interessi» che in diritto anglosassone qualificherebbero il *trust* come *charitable* [127] e di cui, per ciò stesso, ben

---

[126] Sulla configurabilità «destinatoria» anche anteriormente all'introduzione dell'art. 2645-*ter* c.c., in applicazione dell'«autonomia contrattuale» di cui all'art. 1322 c.c., intesa quale esplicazione del più ampio «potere dispositivo» spettante al proprietario, v. autorevolmente già Salv. ROMANO, *L'accordo fiduciario e il problema della sua rilevanza*, in AA.VV., *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III, *Diritto civile e diritto romano*, Padova, 1970, p. 66 s., il quale sin da allora qualificava il «contratto fiduciario» come contratto traslativo di diritti reali «a causa atipica» meritevole di tutela *ex* art. 1322 c.c.; più di recente, U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, spec. p. 42 s.; G. PALERMO, *Contributo allo studio del* trust *e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 391 s.; nonché M. LOBUONO, *I «nuovi beni» del mercato finanziario*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, spec. p. 48.

[127] In linea con quanto osservato *supra*, nt. 45. Ove peraltro il «vincolo», anziché come riferito alla «destinazione» dei beni, sia inteso come diretto (anche) a «vincolare lo scopo» dell'ente affidatario, potrebbe ravvisarsi una causa di *illiceità* della «condizione», in rapporto all'eventuale «coartazione» di libertà costituzionali qualora «neutre» rispetto alla «destinazione» impressa sui primi: si pensi a finalità sanitarie ovvero educative, cui i beni risultano «destinati», del tutto «neutre» rispetto allo scopo «di culto» o «laico» di quest'ultimo (cfr. N. DI MAURO, *Condizioni illecite*, cit., p. 91 s. Per l'identificazione dell'interesse «meritevole» *ex* art. 2645-*ter* con l'interesse «lecito», v., E. RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni immobili e beni mobili registrati (art. 2645-*ter *c.c.)*, in *Vita not*., 2006, p. 1243 s.; A. GENTILI, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Esegesi dell'art. 2645-*ter *c.c.*, in *Rass. dir. civ*., 2007, p. 12, nonché ID., *La destinazione patrimoniale. Un contributo della categoria generale allo studio della fattispecie*, in *Riv. dir. priv*., 2010, spec. p. 62; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-*ter, in M. BIANCA (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 176. Nel senso opposto, sia pure con varietà di accenti, la maggioranza della dottrina: cfr. U. LA PORTA, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-*ter *c.c.*, in G. VETTORI (cur.), *Atti di destinazione e* trust *(Art. 2645-*ter *del codice civile)*, Padova 2008, p. 103; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione e pubblicità nei Registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ*., 2007, I, p. 329; A. MORACE PINELLI, *Tipicità dell'atto di destinazione ed alcuni aspetti della sua disciplina*, *ibid*., 2008, II, p. 451 s.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-*ter, in *Giust. civ*., 2006, II, p. 179; C. SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione,* trust *e negozi fiduciari*, in M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE, G. DE CRISTOFARO (cur.), *Studi in onore di Giorgio Cian*, t. 2, Padova, 2010, p. 2313 s.; M. NUZZO, *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in AA.VV., *Famiglie e impresa: strumenti*

possono essere «beneficiari» intere categorie di soggetti non rigidamente predefiniti nella relativa platea. In mancanza, tale vincolo c.d. «di scopo», seppur «alido *inter partes*, non potrà però produrre effetti «segregativi» e di opponibilità, secondo il modello *ex* art. 2645-*ter* c.c.

Quanto poi alla «durata», se il «vincolo di indisponibilità» fosse effettivamente «funzionale» ad un interesse (non soltanto «lecito», bensì) «apprezzabile», dovrà ammettersene la piena validità nei limiti necessari al suo compimento, e comunque *non oltre novant'anni*, come espressamente stabilito da quest'ultimo.

Tornando alla «forma», nei rapporti successori si è reputato non potersi prescindere dal testamento redatto in forma pubblica: è il ministero notarile a conferire quel 'filtro di legalità' che la norma prescrive. Considerando che il riferimento normativo ad «atti in forma pubblica» ha la finalità di garantire un preventivo controllo del pubblico ufficiale sulla «meritevolezza» degli interessi perseguiti, attraverso la costituzione del «vincolo», si è osservato come l'unica forma, idonea a costituire un vincolo di destinazione, agli effetti dell'art. 2645-*ter* c.c., sia il testamento pubblico [128]; sarà compito del notaio, dopo averne provveduto alla registrazione, unitamente al verbale con cui si dà atto del suo passaggio dal Repertorio degli atti *mortis causa* a quello degli atti *inter vivos*, trascrivere il «vincolo di destinazione» presso l'Agenzia del Territorio e/o presso il Registro delle Imprese.

Una diversa lettura della vicenda sembra, tuttavia, suggerire (se non proprio consigliare) la prospettiva storica dianzi ripercorsa, avallata da recenti spunti normativi, utili in tema di «veicolo di esternazione» (anche) delle ultime volontà. Seguendo tale prospettiva, in linea con quanto argomentato circa la possibile configurabilità di un affidamento «fiduciario», emergente in via interpretativa dal piano «effettuale» degli interessi in gioco, la forma del «testamento pubblico» per il «vincolo» di destinazione *mortis causa* non sarebbe indispensabile, giacché quest'ultimo acquista *sempre* efficacia «obbligatoria» al

---

*negoziali per la separazione patrimoniale*, in *Quad. Fondaz. Notar.*, n. 1/2010, p. 29, nonché ID., *L'evoluzione del principio di responsabilità patrimoniale illimitata*, in M. BIANCA, G. CAPALDO (cur.), *Gli strumenti di articolazione del patrimonio. Profili di competitività del sistema*, Milano, 2010, p. 316 s.; R. LENZI, voce *Atto di destinazione*, in *Enc. dir. – Ann.*, V, ivi, 2012, p. 57. In quest'ultimo senso, nella giurisprudenza di merito, v., da ultimo, Trib. Ravenna, decr. 22 aprile 2015, in *@ilfallimentarista.it*, dal 23.11.2015, con nota di M.A. RUSSO.

[128] Cfr. M. BIANCA, M. D'ERRICO, A. DE DONATO, C. PRIORE, *L'atto notarile di destinazione*, cit., p. 14, secondo cui l'esigenza di garantire il filtro della «meritevolezza» degli interessi perseguiti con l'atto di destinazione dovrebbe giustificare la deroga al generale principio di equivalenza delle forme testamentarie, in particolare escludendo la possibilità di costituire un vincolo di destinazione con il testamento olografo o segreto; nonché F. SPOTTI, *Il vincolo testamentario di destinazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 384 s.

momento dell'apertura della successione, mentre l'opponibilità *erga omnes* deriva dalla (sicura) pubblicità [129] del negozio istitutivo (arg. *ex* artt. 621 e 622 c.c.).

Il «vincolo» predisposto dal testatore integrerà gli estremi della condizione, con cui, ad eccezione di pesi ed oneri incidenti sulla quota spettante ai legittimari (arg. *ex* art. 549 c.c.), si pone all'erede (o al legatario) il «comando» di destinare *ad tempus* specifici beni previamente individuati, sotto pena di risolubilità del lascito [130]. Tale prospettiva offre il vantaggio di permettere al testatore la realizzazione della sua volontà «destinatoria», che può presentare specifica rilevanza nella pianificazione patrimoniale *post mortem,* anche tramite il testamento «olografo», che rappresenta notoriamente la forma di gran lunga più utilizzata a livello statistico.

Il filtro di «meritevolezza» degli interessi perseguiti attraverso la destinazione patrimoniale, affidato pur sempre al ministero notarile, si attuerebbe con l'atto pubblico, con cui l'onerato dia esecuzione alla vicenda destinatoria e ne chieda a quest'ultimo, previo espletamento delle formalità «olografe», la trascrizione *ex* art. 2645-*ter* c.c. nei pubblici registri. Il che non elide possibili rischi di utilizzo «improprio» della destinazione testamentaria, e tuttavia neppure rimuovibili *a priori* qualora la vicenda «destinatoria» sia stata portata a compimento con l'assistenza notarile, stante l'evidenziata necessità della verifica giudiziale, in fatto di «meritevolezza» degli interessi perseguiti, nei casi dubbi.

**7.** – Un avallo al (possibile) superamento dell'indispensabile forma «pubblica» testamentaria sembra oggi – sia pure indirettamente – provenire dalla complessa vicenda sfociata nel nuovo art. 2643, n. 12-*bis*, c.c., onde rimediare al contrasto nella giurisprudenza (teorica e pratica) circa l'ammissibilità di un accordo conciliativo diretto ad accertare l'usucapione e la sua trascrivibilità [131]. In disparte i notevoli problemi di coerenza siste-

[129] Per l'opportuno distinguo tra «realità» ed «opponibilità», nel cui (secondo) ambito collocare propriamente l'effetto «destinatorio», in disparte da questioni di «titolarità» e nel rispetto del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali, cfr. M. BIANCA, *Vincoli di destinazione*, cit., spec. p. 209, ed *ivi* nt. 72); G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, spec. p. 158; G. ALPA, *Destinazione dei beni e struttura della proprietà*, in *Riv. not*., 1983, I, p. 7, il quale giustamente osserva come: «il vincolo convenzionale che sia trascritto […] è reso opponibile ai terzi ed acquista quindi carattere di realità».

[130] Per un'interpretazione «estensiva» della liceità di costituzione del «vincolo di destinazione» anche attraverso il testamento «olografo» o «segreto», cfr. A. MERLO, *Brevi note*, cit., p. 513; R. CALVO, *Vincoli di destinazione*, cit., p. 182 s.; G. RISPOLI, *Atto di destinazione e pretese successorie*, in V. CUFFARO (cur.), *Successioni per causa di morte. Esperienze e argomenti*, Torino, 2015, p. 657 s.

[131] In tema, v. ora App. Reggio Calabria, 12 novembre 2015, in *@Dir.giust*., 2015, con osserv. critiche

matica che l'introduzione della novella ancora suscita, sta di fatto che attualmente dovrebbe reputarsi accantonata (perlomeno) la risalente disputa sull'equipollenza «effettuale», anche sotto il profilo della pubblicità dichiarativa, tra «sentenza» di accertamento di diritto reale e «negozio» di accertamento (a seguito di verbale di conciliazione «omologato») avente pari oggetto, un tempo considerato incompatibile rispetto alle conseguenze «sostanziali» proprie degli atti «trascrivibili», (tassativamente) elencati dall'art. 1350 c.c. [132].

In estrema sintesi, la *forma* appare sempre meno «veicolo degli effetti» per l'assetto di interessi divisato, e sempre più (mero) requisito *ex* art. 2657 c.c., ai fini dell'*opponibilità* del relativo atto; un ragionamento analogo valevole, altresì, per le osservazioni svolte in precedenza, riguardo alla «libertà» delle forme testamentarie suscettibili di veicolare (ultime) volontà «destinatorie». Il che conferma, sotto altro aspetto, come l'art. 2645-*ter* c.c. non è «norma di fattispecie», bensì affida ad interpreti ed operatori pratici un «perimetro normativo», entro cui può realizzarsi la vicenda «effettuale» prefigurata dal legislatore intorno a poche coordinate essenziali (i.e., atto pubblico c.d. *ad transcriptionem*; durata; meritevolezza degli interessi), lasciando poi che quest'ultime si (ri)compongano (partendo pur sempre dal dato normativo) in nuove e differenti strutture negoziali, talora note da tempo immemore alla multiforme esperienza delle situazioni «fiduciarie»; qual è appunto la stessa clausola «confidenziale».

Si perviene, così, alla *seconda* (e conclusiva) *ipotesi ricostruttiva in ottica costituzionale* della fattispecie esaminata: la «meritevolezza» degli interessi, richiesta perché possa validamente compiersi un «atto di destinazione», secondo il «modello» oggi reso «esplicito» dall'art. 2645-*ter* c.c., *quale che ne sia la fonte* (i.e., «contrattuale» o «testamentaria»), è dunque, anzitutto, costituito da quell'insieme di «valori-interessi» sottesi al (rispetto del) principio del c.d. *numerus clausus* dei diritti reali, che si è visto inglobare in sé – oltre al divieto di *creare* nuovi diritti reali *in re aliena* – anche (fuori dai casi e dai

---

di F. VALERINI; nonché in *Riv. not*., 2015, II, p. 1313, con nota redazionale, ed *ivi* puntuali riferimenti bibliografici alla dibattuta natura giuridica del «negozio di accertamento» ad effetti costitutivi.

[132] Aspetto giustamente affrontato da L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, Napoli, 2018, spec. p. 179 ss., sul rilievo che l'art. 11, c. 3, D.lgs. n. 28/2010, non menziona affatto (la necessità del)l'«atto pubblico», ai fini della trascrizione del c.d. «accordo di usucapione» *ex* art. 2643, n. 12-*bis* c.c., essendo sufficiente per l'osservanza delle forme all'uopo prescritte dall'art. 2657 c.c. la «scrittura privata con autentica notarile». Del resto, è stato ben chiarito che la prescrizione 'formale' andrebbe estesa ai soli atti che producono l'effetto reale automaticamente e necessariamente, di modo che la forma vincolata dovrebbe considerarsi imposta ogniqualvolta «l'atto non sarebbe immaginabile senza l'effetto in relazione al quale essa è prescritta»: così, F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma. Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto*, Padova, 1992, p. 48.

modi previsti dalla legge) quello di *alterare* lo schema del diritto di proprietà, attraverso la creazione di proprietà «a termine», «risolubili», e via discorrendo.

L'introduzione della (nuova) norma, recante i «confini di validità» del relativo congegno, altro non fa che *ampliare* gli strumenti di «funzionalizzazione» della proprietà privata, ai sensi dell'art. 42 Cost., (non già nel «fondarla», bensì in prima battuta) nel «riconoscerla» anche in virtù e come conseguenza di scelte (non soltanto del legislatore, ma) della stessa *autonomia negoziale*, «declinata» nella rinnovata prospettiva di c.d. «sussidiarietà orizzontale» *ex* art. 118, comma 4, Cost., per via della *delega* «dal basso» ad interventi «conformativi» verso (uno o più) *beni singoli*, sui quali lo stesso proprietario imprime (*inter vivos* ovvero *mortis causa*) un «vincolo» funzionale al soddisfacimento degli evocati «valori-interessi» eminentemente «sensibili» per la collettività [133]. L'*immediato* e *diretto* «riconoscimento costituzionale» delle situazioni «fiduciarie» imporrà, in seconda battuta, nelle eventuali sedi contenziose, di «garantirne» pertanto, sempre ai sensi dell'art. 42 Cost., la *precettività* (di fonte negoziale) non soltanto in rapporto al «genotipo» oggi rispecchiato dall'art. 2645-*ter* c.c., bensì anche a quel vasto repertorio di «fenotipi» talora noti da tempo immemore (tra cui la stessa clausola «confidenziale»), ed apprezzabili sul piano (interpretativo) dell'equivalenza «funzionale» del *risultato* meritevole [134] *ex* art. 1322 c.c., dunque – alla luce della *prima* ipotesi ricostruttiva – dell'*effettività* della tutela parimenti accordabile.

E così, il disposto dell'art. 2645-*ter* c.c. «piuttosto che un'epifania rivoluzionaria, rappresenta null'altro che il punto terminale di un particolare percorso evolutivo della

---

[133] Sulla rilevanza «costituzionale» degli interessi «destinabili», cfr. M. MAGGIOLO, *Il tipo della fondazione non riconosciuta nell'atto di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c.*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1153 s.; con accenti più sfumati, G. PERLINGIERI, *Il controllo di «meritevolezza» degli atti di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, spec. p. 58; in generale, v. anche U. STEFINI, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645*-ter *c.c.*, 2ª ed., Padova, 2010, p. 30 s.; G. D'AMICO, *La proprietà «destinata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, spec. pp. 542-543; A. FUSARO, *Sussidiarietà, autonomia privata e limiti alla responsabilità patrimoniale*, in M. NUZZO (cur.), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, t. 2, *Coordinamento tra imprese. Responsabilità patrimoniale del debitore. Soluzione negoziale delle crisi d'impresa*, Torino, 2014, spec. p. 118 s.; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, 3ª ed., ivi, 2015, p. 67 s.

[134] Sulle origini di quest'accezione, elaborata nella stagione del c.d. «disgelo costituzionale», v. ampiamente F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2016, spec. pp. 55-56; un cui valido esempio è dato recentemente da Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in partic. punto 3.2 in motiv., in *Guida dir.*, 2017, f. 23, p. 55, con nota di C. SCHETTINI. Tornano, così, di attualità le (pionieristiche) riflessioni, sulla «successione» (*rectius*, «trasmissione») nella locazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, di G. PANZA, *La funzione sociale dell'acquisto* mortis causa, Bari, 1997, p. 139 s.

nozione di patrimonio del soggetto» [135], la cui lunga marcia, sin dai rievocati esordi romanistici, appare icasticamente schematizzata nella graduale «metamorfosi» giusculturale dal mandato alla fiducia e, quindi, al *trust*, a disegnare non tanto: «un cerchio che si chiude; [*N.d.A.*, quanto piuttosto] una parabola che si colloca su una linea tracciata verso l'infinito» [136].

[135] G. DORIA, *Il patrimonio «finalizzato»*, in *Riv. dir. civ*., 2007, I, p. 498. Il ruolo «unificante» sul piano concettuale e categoriale della disposizione, con valenza chiaramente «ricognitiva», è ben sottolineato anche da L. GATT, *Dal* trust *al trust. Storia di una chimera*, 2ª ed., Napoli, 2010, p. 172 s., spec. p. 178, ed *ivi* giurisprudenza conforme. Ne sottolinea ora, con il consueto nitore, l'originario «sdoppiamento» in epoca rinascimentale fra «proprietario» ed «esercente funzioni con appannaggio» di determinati beni, M. LUPOI, *Si fa presto a dire* «trust», in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2017, spec. p. 680, testo e note.

[136] F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, ora in ID., S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3ª ed., Torino, 2013, p. 133. La segnalata «metamorfosi» riprende il titolo dell'opera collettanea cit. *supra*, nt. 104.

JUS CIVILE

*MARCO FARINA*

*Ricercatore di Diritto privato – Università di Milano*

# «TERAPIE» DI CONVERSIONE E RESPONSABILITÀ GENITORIALE

SOMMARIO*: 1. Introduzione. – 2.* Status *di figlio e diritti connessi: responsabilità genitoriale e rispetto dell'identità di genere del minore. – 3. I rimedi: la decadenza dalla responsabilità genitoriale. – 4. (*Segue*): indegnità a succedere, obbligo di alimenti e diseredazione. – 5. (*Segue*): la responsabilità civile da illecito c.d. endo-familiare. – 6. Conclusione.*

**1.** – Il 12 giugno 2020 rappresenta una data storica per la comunità di persone lesbiche, *gay*, bisessuali, *transgender* (LGBT): la Germania – primo Paese europeo a farlo – approva una legge federale in tema di «Protezione dai trattamenti di conversione» (*Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen* – KonvBG) [1].

La legge tutela i minorenni, nonché i maggiorenni il cui consenso al trattamento sia viziato [2]. Scopo dichiarato è quello di vietare, con conseguenze di rilievo anche penale, le cc.dd. «terapie» di conversione, locuzione che indebitamente individua tutte quelle pratiche volte a modificare l'originario orientamento sessuale di un individuo, in vista della affermazione della sua eterosessualità. Come spesso accade, la conquista legislativa consegue ad una maturata consapevolezza scientifica in ordine all'inutilità – *rectius* alla dannosità – di simili «terapie» sulla salute psico-fisica dei «pazienti» [3]. D'altro canto, la

[1] Il testo della legge e la relativa *Relazione* accompagnatoria sono consultabili ai link *https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27I_2020_28_inhaltsverz%27%5D__1594822978281* e *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/K/Konversionstherapienverbot_Kabinett.pdf*. Un primo commento è offerto da F. BERTELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere in Germania: la legge* «zum Schutz vor Konversionsbehandlungen», in *Pers. merc*., 2020, II, p. 263 ss.

[2] I destinatari della protezione offerta dal legislatore sono così individuati al § 2 KonvBG.

[3] Con riferimento alla letteratura italiana, v., su tutti, P. RIGLIANO, J. CILIBERTO, F. FERRARI, *Curare i*

riforma tedesca rappresenta il punto di arrivo di un percorso molto faticoso, ancora in essere in moltissimi Paesi occidentali, segnato da radicate resistenze culturali, nonché, spesso, finanche da una profonda negazione delle istanze promosse dalla comunità LGBT [4].

La gravità del fenomeno non esime, evidentemente, anche gli interpreti degli altri Paesi e, nello specifico, l'interprete italiano dall'individuare rimedi adeguati avverso trattamenti di conversione perpetrati a danno dei soggetti omosessuali, bisessuali o transessuali. Ebbene, in assenza di un'espressa presa di posizione del legislatore in materia, la reazione a contegni simili non può che essere affidata a fattispecie "classiche", dalla più ampia portata regolamentare, delle quali va attentamente sondata la capacità di rispondere in maniera effettiva alle istanze di tutela di volta in volta emergenti.

Il presente contributo si propone di affrontare più da vicino i rapporti tra genitori e figlio minore, con particolare riguardo alle ipotesi in cui siano i primi a sottoporre coattivamente il secondo a trattamenti asseritamente volti a ri-orientarne l'identità sessuale.

È d'obbligo, al riguardo, una notazione preliminare: la giurisprudenza (stando per lo meno alle decisioni edite) non è stata ancora chiamata, ad oggi, ad occuparsi del fenomeno.

Ciò, beninteso, non esime l'interprete da un'analisi in materia, né, tanto meno, rende la stessa poco utile. È, infatti, noto come le violenze perpetrate in ambito familiare abbiano una scarsissima percentuale di emersione, giustificata dal frequente stato di soggezione psicologica patito dal minore nei confronti del genitore. Su questo sfondo, l'apparente assenza di litigiosità non è sinonimo di irrilevanza sociale e, anzi, è proprio l'opera dell'interprete a poter – seppur in minima parte – fungere da incentivo all'emersione del problema, sensibilizzando così un rinnovato dibattito parlamentare sul punto [5].

---

*gay?: oltre l'ideologia riparativa dell'omosessualità*, Milano, 2012, *passim*. Copiosa anche la letteratura straniera, nell'ambito della quale v. EUROPEAN ASSOCIATION FOR PSYCHOTHERAPY, *EAP Statement on Conversion Therapy or Reparative Therapy for Normal Variants of Sexual Orientation*, Voted by EAP Board on September 2017, reperibile al link *https://www.europsyche.org/app/uploads/2019/05/EAP statement-conversion-therapy_voted-Board_30Sep2017.pdf*, secondo cui «There is no scientific evidence that sexual orientation can be modified. To date, the 'causes'of both heterosexuality and homosexuality remain unknown. It follows that no responsible psychotherapist will attempt to 'convert'a client from homosexuality to heterosexuality ('conversion' or 'reparative' therapy)».

[4] Si veda, al riguardo, la risoluzione del Parlamento Europeo*, Situation of fundamental rights in the EU* (2017/2125 (INI)), 1° marzo 2018, § 65, reperibile al link *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0056_EN.html*.

[5] Un primo disegno di legge risale al 17 maggio 2016 ed è consultabile al link *https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/323180.pdf*. Si segnala, altresì, che la Regione Toscana ha emanato la legge 15 novembre 2004, n. 63, recante «Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale

**2.** – I principali referenti normativi che si offrono all'interprete sono, in prima battuta, gli artt. 147 e 315-*bis* c.c. e, in seconda battuta, gli artt. 330, 463, n. 3-*bis*, 448-*bis* e 2043 c.c. Il primo gruppo di disposizioni qualifica il rapporto endo-familiare tra genitore e figlio, dettagliando i rispettivi diritti e doveri; il secondo gruppo di disposizioni individua le possibili, rilevanti conseguenze scaturenti dalla violazione dei doveri genitoriali.

L'art. 315-*bis* c.c. – introdotto per opera della l. 10 dicembre 2012, n. 219, e del successivo decreto legislativo attuativo 28 dicembre 2013, n. 154 – consacra la centralità della figura del figlio [6]. Al principio di unicità dello *status* di figlio consegue, infatti, il riconoscimento in capo a quest'ultimo di tutta una serie di situazioni giuridiche attive, le quali sono proiezione dei doveri genitoriali scolpiti nell'art. 147 c.c. e rappresentano, altresì, primaria estrinsecazione del valore costituzionale della persona.

Di particolare interesse ai nostri fini sono il 1° e 3° comma dell'art. 315-*bis* c.c. Il 1° comma, in piena attuazione del disposto dell'art. 30 Cost., riconosce al figlio il diritto al mantenimento, all'educazione, all'istruzione e all'assistenza morale da parte dei genitori. La cura dovuta dai genitori al figlio abbraccia tanto la sfera patrimoniale, quanto quella non patrimoniale: alla cura del patrimonio si accompagna, con egual forza, la cura della persona del figlio [7]. Il trapasso dal concetto di «potestà» a quello di «responsabilità» genitoriale [8] è, in tal misura, significativo di un nuovo modo di intendere la funzione genitoriale, la quale si emancipa dallo schema della supremazia e della soggezione [9], per diveni-

---

o dall'identità di genere», la quale, per prima, all'art. 7, 5° co., si proponeva di disciplinare – seppur con riguardo a soggetti maggiorenni – i trattamenti sanitari aventi ad oggetto «la modificazione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere». La disposizione è stata dichiarata incostituzionale da Corte cost., 4 luglio 2006, n. 253, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1315, con nota di F. FELICETTI e M.R. SAN GIORGIO, *Competenze regionali, ordinamento civile e discriminazioni sessuali*; in *Giur. cost.*, 2006, p. 2671 ss.; e in *Foro it.*, 2007, I, c. 2674 ss., poiché «incide … nella materia dell'ordinamento civile e, precisamente, in quella degli atti di disposizione del proprio corpo, riservata all'esclusiva potestà legislativa statale».

[6] Sulla riforma, v. U. SALANITRO, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 547; E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. Riflessioni sulla riforma «Bianca»*, in *Dir. fam.*, 2014, p. 817.

[7] V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, 1, *La famiglia*, 6ª ed., Milano, 2017, p. 343; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 2007, p. 139.

[8] L'art. 316 c.c., nella nuova formulazione introdotta con la riforma del diritto di famiglia (in specie, per opera dell'art. 39 d.lgs. 154/2013), segna, già lessicalmente, un essenziale cambio di approccio nei rapporti genitore-figlio. Sul punto, v. E. AL MUREDEN, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1266; P. RESCIGNO, *La filiazione «riformata»: l'unicità dello* status, *ivi*, p. 1261.

[9] V. P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della «società coniugale» in Italia*, Milano, 2011, *passim*; G. TOSCANO, *Art. 315 bis*, in *Della famiglia*, 2ª ed., a cura di G. Di Rosa, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2018, p. 558.

re strumento a servizio del processo di crescita del minore. La famiglia diventa, così, luogo di autorealizzazione del minore e – in piena aderenza con lo spirito dell'art. 2 Cost. – formazione sociale in cui si si coltiva la personalità e si esalta la dignità del singolo [10].

Su questo sfondo, acquista particolare pregnanza il dovere educativo cui sono chiamati i genitori. Tale dovere abbraccia sicuramente anche l'educazione sessuale e va correttamente assolto non attraverso l'imposizione, a danno del figlio, di specifici contegni o modelli, bensì attraverso un pieno sostegno alle inclinazioni manifestate dal minore, nonché attraverso una progressiva valorizzazione della sua capacità (e libertà) di autodeterminazione.

A supporto della necessità di un pieno ed effettivo coinvolgimento del minore nei processi decisionali relativi alla sua formazione vi è il 3° comma dell'art. 315-*bis* c.c., che riconosce espressamente il «diritto all'ascolto» [11].

La disposizione – com'è ormai ampiamente riconosciuto [12] – non ha un rilievo meramente formale o procedurale. Viceversa, l'ascolto è lo strumento attraverso cui si rende possibile l'esercizio del fondamentale diritto del minore di manifestare le proprie opinioni, le quali assurgono a parametro essenziale per i genitori nell'individuare e, quindi, perseguire il migliore interesse del minore stesso. E tanto più aumenta il valore sostanziale delle opinioni del minore, quanto più il medesimo manifesti maturità e consapevolezza di sé e delle proprie inclinazioni [13].

---

[10] V. C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei ed A. Levi, Firenze, 1950, p. 304; E. LA ROSA, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in *La responsabilità civile nel terzo millennio. Linee di una evoluzione*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2011, p. 375.

[11] La disposizione è modellata sull'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, che impone agli Stati aderenti di assicurare «al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità». La norma è di diretta applicabilità nel nostro ordinamento, come chiarito da Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3302, con nota di A. PROTO PISANI, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*. Il diritto del minore ad «esprimere liberamente la propria opinione» è oggi riconosciuto anche dall'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

[12] V. P. PERLINGIERI, *Sull'ascolto del minore*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2012, p. 125; I. BITONTI, *Perenne attualità dell'istituto dell'ascolto del minore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1069. In giurisprudenza, v. Cass., 10 giugno 2011, n. 12739, in *Fam. dir.*, 2012, p. 37, con nota di F. TOMMASEO, *Per una giustizia a «misura del minore»: la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*.

[13] V. G. DE CRISTOFORO, *Art. 315* bis, in *Commentario breve al codice civile*, 14ª ed. a cura di G. Cian, Milano, 2020, p. 367; R. SENIGAGLIA, Status filiationis *e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, p. 178.

In quest'ottica, il dovere di educare ed assistere il figlio nel percorso di formazione della sua personalità assume diversi contenuti nelle diverse stagioni di crescita del soggetto: un ruolo più marcato di indirizzo è, così, ammissibile solo nella prima fase dello sviluppo, in cui la mancanza di capacità di autodeterminazione rende necessario un attivo coinvolgimento dei genitori; viceversa, con l'avanzare dell'età, il compito educativo va più opportunamente declinato nella forma di un sostegno e di un incentivo alla piena espressione della personalità del minore e dei connotati che via via, fisiologicamente, si manifestano.

In questo contesto va collocato il tema del rispetto dell'identità di genere del minore [14]. Essa, come noto, matura nella fase adolescenziale [15], in una fase, cioè, in cui il minore è da considerarsi un interlocutore attivo e non più un inerte destinatario di indirizzi etero-imposti. In questa fase, il diritto al riconoscimento ed al rispetto dell'identità di genere non può che atteggiarsi come diritto a non subire illecite intrusioni altrui nella propria sfera psichica e, più propriamente, come diritto al rispetto della propria personalità, della propria salute psico-fisica e, in ultima analisi, della propria dignità.

È proprio questa l'indicazione che giunge, peraltro, dalla giurisprudenza. Quella di merito, di recente chiamata a pronunciarsi in tema di azione di rettificazione di sesso, ha valorizzato il ruolo del soggetto interessato, pur minore, precisando che, nel giudizio promosso dai genitori per ottenere l'autorizzazione al trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali, è necessario altresì il consenso (informato) manifestato dal minore stesso, in relazione alla sua maturità psico-fisica [16]. La Corte costituzionale, dal canto suo, individua nell'identità di genere «un dato complessivo della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti» [17]. La sessualità è, dunque, un modo di espressione della

---

[14] In tema, v. T. MAUCERI, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1475; S. CACACE, *Il genere: identità, filiazione, genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, II, p. 1168.

[15] Per tutti, v. M.G. Riva, *Percorsi e rischi nella costruzione dell'identità di genere in adolescenza*, in *Ricerca Psicoanalitica*, 2008, p. 161.

[16] Così Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, in *Foro it.*, 2018, I, c. 136. V. anche Trib. min. Potenza, 29 luglio 1993, in *Dir. fam.*, 1993, p. 1200; Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 253, con nota di A. SCHUSTER, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*; Trib. Catania, 12 marzo 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1107, con nota di L. FAMULARO, *I minori e i diritti della personalità*. In dottrina, v., per tutti, A. VENTURELLI, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale*, in *Rass. dir. civ*., 2008, p. 732; e in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. Ruscello, I, Napoli, 2008, p. 971.

[17] Così Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2161, la quale chiarisce, altresì, come

personalità umana, il cui rispetto assurge a diritto inviolabile dell'uomo [18] e trova fondamento nel dovere di solidarietà sociale cui sono tenuti tutti i consociati. Vengono, dunque, in rilievo gli artt. 2 e 3 Cost., così come gli artt. 13 e 32, che si ergono rispettivamente a protezione della libertà di ciascun individuo di esprimere la propria sessualità, di coltivare il proprio benessere psico-fisico e di realizzare a pieno la propria vita di relazione [19].

Evidente come, anche in assenza di un'espressa presa di posizione del legislatore, il ricorso a «terapie» di conversione contrasti con il mosaico costituzionale, il quale innerva il sistema del diritto di famiglia e ci restituisce l'immagine di una società pluralista e tollerante, in cui il preminente valore della dignità umana esclude in radice la possibilità di avallare condotte tese all'imposizione di modelli dominanti. Pertanto, il genitore che sottoponga coattivamente il figlio minore a «trattamenti» di vario genere, con la finalità di orientare e condizionare il suo intimo processo di riconoscimento come individuo in relazione ad individui di altro o medesimo sesso, pone indubbiamente in essere una violazione di quel principio di «responsabilità» che significativamente connota la relazione genitore-figlio [20].

Sul piano civilistico, dunque, non si può dubitare del fatto che il fenomeno in analisi integri una violazione dei diritti del minore e conclami una grave inidoneità del soggetto alla funzione genitoriale. Tale inidoneità sarà evidentemente predicabile con riferimento

---

l'identità sessuale sia un concetto complesso, rispetto alla cui individuazione deve darsi rilievo «non più esclusivamente agli organi genitali esterni, … ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale». Più di recente, v. Corte cost., 13 luglio 2017, n. 180, in *Giur. cost.*, 2017, p. 1680. In tema, v. A. FIGONE, *Il diritto all'identità sessuale e la libera esplicazione della propria individualità*, in *Dir. fam.*, 1983, p. 338.

[18] È quanto afferma anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo. V., in particolare, Corte EDU, causa S.V. c. Italia, 11 ottobre 2018, n. C-55216/08, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 307, con nota di C. CARICATO, *Il cambiamento del nome della persona transessuale*, che riconduce l'identità di genere nell'alveo del diritto al rispetto della propria vita privata, di cui all'art. 8 della Convenzione. In tema, v. A. VALONGO, *Transgenderism and Minor Age in Italy*, in *It. Law Journ.*, 2020, p. 285.

[19] La Costituzione, consentendo a ciascuno ampia facoltà di scelta circa i principi religiosi, ideologici, politici da adottare, impegna i genitori ad assumere i valori di libertà, emergenti dalla Costituzione stessa, a modello imprescindibile del loro programma educativo. Sul fondamento costituzionale dei diritti del minore nell'ambito della famiglia, v. P. PERLINGIERI, *La libertà di educazione*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 678; ID., *La tutela giuridica della «integrità psichica» (A proposito delle psicoterapie)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 768. V. anche M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, p. 433, il quale opportunamente avverte che «i genitori trasmettono ai figli valori educativi, i cui contenuti, in una società pluralista come la nostra, devono essere liberi».

[20] Con riferimento alla letteratura straniera, sul punto v. K.A. HICKS, *«Reparative» Therapy: Whether Parental Attempts to Change a Child's Sexual Orientation Can Legally Constitute Child Abuse*, in *Am. Univ. L. Rev.*, (2) 1999, p. 505; S. YOUNG, *Does «Reparative» Therapy Really Constitute Child Abuse?: A Closer Look*, in *Yale Journ. of Health Pol., L. and Ethics*, (6) 2006, p. 163.

ad entrambi i genitori, allorché la decisione di sottoporre il figlio alle «terapie di conversione» sia il frutto di una scelta voluta e attuata sia dalla madre che dal padre.

Può, tuttavia, darsi anche un altro caso, sul quale è utile interrogarsi. Può accadere, cioè, che solo un genitore manifesti una totale negazione delle inclinazioni non eterosessuali del figlio minore e che si determini di conseguenza a sottoporlo coattivamente a trattamenti lesivi della sua dignità. Ciò potrebbe avvenire, in ipotesi, sulla scorta di un ruolo di primazia nel contesto familiare, guadagnato a danno di un *partner* dall'indole particolarmente remissiva, il quale sarebbe pronto ad accogliere la «diversità» del figlio, ma non altrettanto pronto ad opporsi al coniuge «forte» [21].

Ebbene, è evidente come quest'ultimo, per i motivi sopra esposti, tradisca completamente la funzione genitoriale. Più problematico è, invece, valutare la posizione del *partner* «debole». Una simile indagine non può che esser condotta sulla base di un'attenta analisi del caso concreto. E così, si potrà imputare anche al *partner* «debole» una violazione dei diritti-doveri di cui agli artt. 147 e 315-*bis* c.c., allorché questi abdichi consapevolmente al proprio ruolo di guida, disinteressandosi del minore e negando al medesimo quella cura e quella protezione che invece sarebbero dovute. Viceversa, si potrà ritenere il *partner* «debole» non corresponsabile, bensì parimenti vittima dell'atteggiamento violento del *partner* «forte», allorché emerga una grave situazione di sottomissione (emotiva, fisica, economica), tale da rendere irragionevole esigere una reazione.

Il compito dell'interprete è evidentemente, in tali casi, molto delicato e va assolto con grande sensibilità, senza perder di vista il primario interesse da tutelare: quello del minore. Un giudizio di inidoneità alla funzione genitoriale è gravido di conseguenze potenzialmente pregiudizievoli per il minore, che viene privato di una figura fondamentale. La circostanza che un *partner* abbia – ad esempio per limiti culturali – una percezione distorta delle relazioni affettive orizzontali (marito-moglie) nulla dice, in sé e per sé, circa la sua capacità genitoriale. Si dovrà, viceversa, sempre valutare in che modo vengano assolti i doveri che, in linea verticale, connotano la relazione genitore-figlio, valutando esclusivamente sulla base di quest'ultimo dato la corretta assunzione della «responsabilità» genitoriale.

Solo se questo giudizio avrà esito negativo, nell'interesse del minore si dovrà predicare anche del *partner* «debole» una incapacità alla funzione.

---

[21] In una società pluralista e multiculturale, quale quella in cui viviamo, l'ipotesi prefigurata può verosimilmente darsi, ad esempio, in nuclei familiari che adottano modelli educativi di ispirazione religiosa radicale, in cui la figura genitoriale maschile è investita di un ruolo di assoluta preminenza e in cui, altresì, l'ipotesi di una non-eterosessualità del figlio può esser percepita come una «devianza» non accettabile e «da correggere».

**3.** – Stabilito che le «terapie» di conversione integrano una grave violazione dei diritti fondamentali riconosciuti al minore, occorre ora volgere lo sguardo ai rimedi, o, più in generale, agli strumenti che l'ordinamento sembra mettere a disposizione per il caso in cui si dia una violazione, ad opera dei genitori, dei precetti di cui agli artt. 147 e 315-*bis* c.c. Come anticipato, al riguardo, vengono in rilievo gli artt. 330, 463, n. 3-*bis*, 448-*bis* e 2043 c.c.

L'art. 330 c.c. attribuisce al giudice [22] il potere di pronunciare la decadenza dalla responsabilità genitoriale tutte le volte in cui il genitore, con «grave pregiudizio» del minore, violi i diritti-doveri di cui agli artt. 147 e 315-*bis* c.c. In tali casi, si può anche dar luogo, ricorrendone gravi motivi, all'allontanamento del figlio, ovvero del genitore dalla residenza familiare [23]. Si tratta di un rimedio radicale, che assume una funzione cautelare più che sanzionatoria [24], poiché sospende l'esercizio della responsabilità genitoriale con l'intento di scongiurare il pericolo di gravi danni nei confronti della prole [25].

La giurisprudenza germogliata intorno alla norma è copiosa e interpreta con grande ampiezza i relativi presupposti. Per quanto attiene al «pregiudizio», esso viene valutato alla luce della complessiva situazione ambientale nella quale versa il minore ed è inteso in modo tale da abbracciare sia lesioni di natura materiale che lesioni di natura morale [26].

---

[22] La competenza territoriale spetta in via esclusiva, ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., al tribunale per i minorenni.

[23] In continuità con l'art. 330 c.c. si pone l'art. 333 c.c., che reagisce a quelle condotte genitoriali pregiudizievoli per il figlio, ma non a tal punto gravi da dar luogo alla sanzione della decadenza. Spetta sempre al giudice, in tali casi, il compito di individuare provvedimenti «convenienti», tra i quali si annovera, ancora una volta, l'allontanamento del minore, ovvero del genitore dalla residenza familiare.

[24] V. A. BUCCIANTE, *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, IV, *Persone e famiglia*, 3, Torino, 1997, p. 663 ss.; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il diritto di famiglia,* Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, III, *Filiazione e adozione*, Torino, 1998, p. 301. In giurisprudenza, v. Cass., 7 novembre 1985, n. 5408, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1025, con nota di C. DI LORETO, *Decadenza dalla potestà sui figli minori adottivi: natura del provvedimento*, che collega il provvedimento di decadenza esclusivamente al comportamento obiettivo del genitore, indipendentemente dalla prova della colpa. Per una esaustiva ricostruzione del dibattito intorno alla natura del provvedimento *ex* art 330 c.c., v. F. RUSCELLO, *Responsabilità dei genitori. I controlli. (Artt. 330-335)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2016, p. 67 ss.

[25] V. A.C. PELOSI, *La patria potestà*, Milano, 1964, p. 305; M. SESTA, *La potestà dei genitori*, in *Il diritto di famiglia*, diretto da T. Auletta, I, *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IV, 1, Torino, 2010, p. 248. In giurisprudenza, v. ancora Cass., 7 novembre 1985, n. 5408, cit.

[26] A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1975, n. 151. Legislazione – Dottrina – Giurisprudenza*, II, Milano, 1984, p. 2179; L. FERRI, *Della potestà dei genitori. Artt. 315-342*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 144.

Anche con riguardo all'individuazione delle condotte pregiudizievoli, la lettura che si offre della disposizione è estensiva: possono fondare una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale sia condotte commissive che omissive, purché, beninteso, si dia prova dell'inadempimento di uno dei doveri genitoriali e del conseguente grave pregiudizio per il figlio [27].

Viene, così, pronunciata la decadenza in ipotesi di maltrattamenti fisici diretti, a danno del minore [28], ovvero indiretti, a danno di stretti congiunti cari al minore [29]. E la decadenza può colpire, in casi simili, anche l'altro genitore, che, assunta piena consapevolezza dei danni inferti alla prole, si astiene da qualsivoglia intervento e continua a vivere con il *partner* aggressivo [30]. Al medesimo risultato si è giunti, altresì, nell'ipotesi in cui la violenza sia psicologica [31]. Ancora, rileva il reiterato disinteresse nei confronti del figlio, manifestatosi nella totale assenza e mancanza di sostegno in momenti particolarmente difficili e significativi della sua crescita [32]. Va segnalata, infine, l'ipotesi in cui i genitori abbiano aderito ai canoni della criminalità mafiosa, informando l'educazione del minore all'illegalità [33].

La casistica, pur estremamente variegata, fornisce linee guida molto chiare, che si rivelano estremamente utili al fine di inquadrare lo specifico fenomeno oggetto di indagine. La giurisprudenza ricorre alla pronuncia di decadenza nei confronti di quei genitori che si sottraggono (direttamente o indirettamente) all'obbligo di preservare l'equilibrio psico-fisico del minore, e che rinunciano ad assistere il figlio nel percorso formativo, mancando di partecipare materialmente e, ancor più, affettivamente alla sua crescita. Nel valutare il pieno assolvimento dei delicati compiti genitoriali, i giudici adottano opportu-

---

[27] P. VERCELLONE, *La potestà dei genitori*, 2ª ed., in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, L. Lenti e M. Mantovani, Milano, 2012, p. 1044; F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Rapporti personali. (Artt. 315-319)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2006, p. 47 ss.

[28] Trib. min. L'Aquila, 7 dicembre 1993, in *Giur. it*., 1994, I, 1, c. 1122.

[29] V. App. Napoli, 18 aprile 2012, in *De Jure*; Trib. min. L'Aquila, 15 giugno 2007, in *Giur. mer*., 2008, p. 134, con riferimento a episodi di maltrattamenti a danno dell'altro genitore.

[30] Così, sempre Trib. min. L'Aquila, 7 dicembre 1993, cit. V. anche Trib. Palermo, 5 agosto 1996, in *Dir. fam.*, 1997, p. 216.

[31] App. Milano, 12 dicembre 1974, in *Esperienze di Rieducazione*, 1975, p. 135; Cass., ord. 12 maggio 2018, n. 12363, in *De Jure*.

[32] Trib. min. L'Aquila, 8 giugno 2007, in *www.lexform.it*; Trib. min. L'Aquila, 27 febbraio 2008, in *Dir. fam.*, 2008, p. 1333.

[33] Trib. min. Bari, 17 gennaio 2007, in *Min. giust.*, 2007, p. 16; Trib. min. Reggio Calabria, 17 maggio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3653.

namente un approccio sostanzialista, che rifugge da rigidi schematismi e assume sempre, quale stella polare, la miglior tutela del preminente interesse del minore, da valutarsi rigorosamente alla luce del caso concreto.

In un contesto simile, l'assoggettamento del minore a «terapie» di conversione non può che far scattare quale reazione la decadenza dalla responsabilità genitoriale. Invero, le «terapie» in questione attentano gravemente alla salute sia psichica che fisica del soggetto e mirano all'imposizione «dall'alto» di un modello sessuale, in spregio delle inclinazioni del minore stesso. La rilevanza costituzionale dei beni giuridici in concreto minacciati porta a ritenere, pertanto, perfettamente utilizzabile il rimedio di cui all'art. 330 c.c. quale primo argine contro simili violenze endo-familiari.

Più nello specifico, la decadenza potrà esser pronunciata contro il genitore che direttamente costringa il figlio alle «terapie», così come contro il *partner* che (nei limiti sopra esposti) si esima dal sottrarre il minore alle vessazioni in questione. Nel caso di famiglia numerosa non si può, peraltro, escludere che il provvedimento venga esteso anche nei confronti degli altri figli, mai destinatari delle violenze (perché, per ipotesi, eterosessuali) [34]. Le condotte in esame, infatti, appaiono così riprovevoli e lesive dei più elementari doveri genitoriali, da inquinare pesantemente il clima familiare e palesare una indisponibilità *tout court* alla funzione genitoriale. Potrà, infine, ritenersi spesso opportuno il ricorso all'ulteriore provvedimento (accessorio) dell'allontanamento del genitore violento, così da sollevare il minore da una coabitazione nociva, causa di sofferenze e turbamenti [35].

Quanto alle conseguenze, la pronuncia *ex* art. 330 c.c. comporta l'apertura della tutela, ai sensi dell'art. 343 c.c., salvo che la decadenza non colpisca un solo genitore, nel qual caso la responsabilità genitoriale si concentra nell'altro. Una volta decaduto, il genitore perde i poteri di rappresentanza e di amministrazione, nonché l'usufrutto legale sui beni del figlio; egli, nondimeno, continua ad esser gravato di tutti gli altri doveri – e, in specie, di quelli di natura economica – il cui assolvimento non sia incompatibile con le ragioni che hanno determinato la pronuncia di decadenza stessa [36].

---

[34] Emblematica al riguardo la pronuncia del Trib. min. Roma, 20 luglio 1992, in *Dir. fam.*, 1993, p. 222, che ha esteso automaticamente la decadenza della potestà (oggi responsabilità) genitoriale, pronunciata in sede penale come pena accessoria per gli abusi sessuali perpetrati da un genitore a danno di una minore, a tutti gli altri figli non vittime della violenza. In dottrina, v. F. RUSCELLO, *op. ult. cit.*, p. 119, che sottolinea l'importanza di verificare caso per caso e con riguardo ad ogni figlio la rilevanza della condotta del genitore.

[35] In tema, v., per tutti, R. PANE, *Convivenza familiare ed allontanamento del figlio minore. Contributo allo studio della prassi*, Napoli, 1984, p. 128 ss.

[36] V. F. TEDIOLI, *Art. 330*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, 4ª ed., a cura di A. Zaccaria, Milano, 2020, pp. 810-811. Nel caso in cui, viceversa, si opti per l'allontanamento del minore, occorrerà

Tali rilevanti conseguenze non sono, però, le uniche.

**4.** – La decadenza dalla responsabilità genitoriale incide in maniera rapida, diretta ed efficace sul rapporto patologico genitore-figlio minore, ma può recare con sé anche ulteriori ripercussioni, apprezzabili a distanza di tempo dall'accertamento della violazione dei doveri genitoriali e particolarmente rilevanti sul piano patrimoniale [37].

Anzitutto, ai sensi dell'art. 448-*bis* c.c., il genitore decaduto perde il diritto agli alimenti nei confronti del figlio maltrattato. Ancora, ai sensi del nuovo art. 463, n. 3-*bis*, c.c., la decadenza rappresenta una causa di indegnità a succedere al figlio maltrattato. Infine, sempre ai sensi dell'art. 448-*bis* c.c., quando non sia integrata una causa di indegnità, il figlio maltrattato può «escludere» (cioè diseredare) dalla successione il genitore decaduto.

Appare chiara la funzione delle disposizioni citate, che è quella di colpire e, così, disincentivare condotte negligenti da parte di chi debba istituzionalmente prendersi cura della prole. L'approccio legislativo, tuttavia, sembra in questi ultimi casi orientato da un intento sanzionatorio [38], più che strettamente cautelare/preventivo (proprio, come detto, dell'art. 330 c.c.). Infatti, gli artt. 448-*bis* e 463, n. 3-*bis*, c.c. operano quando i fatti lesivi sembrano ormai risalenti nel tempo: l'obbligo di alimenti presuppone che il figlio abbia guadagnato un'autosufficienza economica; l'indegnità viene in rilievo solo rispetto ad una successione aperta, nelle ipotesi in cui sia il genitore a sopravvivere al figlio [39]; la possibilità di diseredazione si realizza al momento della *testamenti factio*. Si tratta di momenti in cui è verosimile che il figlio abbia raggiunto una piena maturità e si sia fisio-

---

contestualmente provvedere al collocamento del minore e ad un eventuale affidamento (ad es. ad un parente), in stretta collaborazione con il servizio sociale dell'ente locale di riferimento.

[37] Tali circostanze spingono a ritenere adottabile il provvedimento *ex* art. 330 c.c. anche cessata la minore età della vittima. V. Trib. min. Milano, 29 dicembre 2010, in *Fam. dir.*, 2012, p. 1114.

[38] Definisce l'art. 448-*bis* c.c. «disposizione schiettamente sanzionatoria» M. PARADISO, *Decadenza dalla potestà, alimenti e diseredazione nella riforma della filiazione (art. 448 bis c.c., inserito dall'art. 1, comma 9°, l. n. 219/12)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 557. Quanto all'indegnità, essa è tradizionalmente ritenuta una «sanzione civile»: così, *ex multis*, U. SALVESTRONI, *Della capacità di succedere. Dell'indegnità. (Artt. 462-466)*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, p. 66.

[39] Isolata in dottrina l'opinione di E. BRIGANTI, *La nuova causa di indegnità a succedere,* in *Not*., 2005, p. 680, secondo cui l'art. 463, n. 3-*bis*, c.c. opera solo se il figlio muoia quando è ancora minorenne, poiché, raggiunta la maggiore età, il provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale sarebbe «*tamquam non esset*».

logicamente emancipato dal giogo genitoriale. In questi momenti, appare, dunque, ormai sbiadita l'esigenza di tutelare l'interesse esistenziale del soggetto debole, mentre emerge con maggior forza una carica punitiva (con severe conseguenze sul piano patrimoniale e, in specie, successorio) a discapito di chi è stato dichiarato decaduto dalla responsabilità genitoriale.

Non è questa la sede in cui indugiare nell'analisi degli artt. 463, n. 3-*bis* e 448-*bis* c.c., né, soprattutto, sui dibattuti rapporti tra gli stessi [40]. Ai fini della presente indagine, basti notare che, pur con le accennate differenze di natura funzionale, il collegamento tra le dette disposizioni e l'art. 330 c.c. resta molto marcato: invero, il presupposto per l'operare delle prime non è semplicemente il verificarsi di una violazione dei doveri genitoriali (astrattamente rilevante *ex* art. 330 c.c.), bensì l'intervenuta pronuncia del giudice che, con efficacia costitutiva, abbia sospeso la responsabilità genitoriale.

Con riguardo al fenomeno delle «terapie» di conversione, acclarato che l'assoggettamento del minore a simili trattamenti integra una violazione dei doveri genitoriali a tal punto grave da fondare una pronuncia di decadenza, ne discende che i rimedi di cui agli artt. 463, n. 3-*bis* e 448-*bis* c.c. acquistano immediata rilevanza per la vittima delle violenze di genere.

Ebbene, quanto all'indegnità, essa potrà esser fatta valere non direttamente dal figlio, bensì dai legittimati in morte del figlio, al fine di escludere dalla successione il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale (e non reintegratovi). Invero, anche nella peculiare ipotesi di cui all'art. 463, n. 3-*bis*, c.c., si ritiene valevole il brocardo secondo cui «indignus potest capere sed non potest retinere» e, pertanto, sarà solo la pronuncia di indegnità – e non già la pronuncia *ex* art. 330 c.c., presupposto della prima – a comportare la privazione dei diritti successori [41].

Disponibili già in vita sono, invece, per il figlio vittima delle «terapie», le misure regolate dall'art. 448-*bis* c.c. Nei confronti del genitore che abbia violato la dignità del minore, si rompono sia il vincolo di solidarietà familiare che fonda il diritto/dovere agli

---

[40] In tema, v. M. GALLETTI, *La violazione dei doveri genitoriali: la nuova stagione della diseredazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 739; I. RAPISARDA, *Appunti sull'indegnità a succedere (in attesa dell'auspicata riforma del diritto delle successioni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1372, cui si rimanda per più diffuse indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

[41] In altre parole, l'indegnità non impedisce la delazione e non realizza, pertanto, un'ipotesi di incapacità a succedere, ma necessita sempre di una pronuncia costitutiva del giudice. L'opinione è ormai consolidata, anche nella manualistica. V. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 4ª ed., a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, I, Milano, 2015, p. 178.

alimenti [42], sia quella unione familiare alla cui tutela sono ordinate le norme del codice civile che limitano l'autonomia testamentaria ed in ragione delle quali è individuata la categoria dei legittimari [43]. Il figlio potrà, dunque, legittimamente rifiutarsi di soccorrere il genitore indigente e potrà, altresì, in sede testamentaria, ricorrere ad una legittima espressione «in negativo» della propria volontà, con l'intento di eradicare il genitore violento dall'ordine dei suoi successibili *ex lege*, assicurandosi che nessun vantaggio patrimoniale *mortis causa* gli venga tributato.

**5.** – Esauriti i rimedi che più specificamente si collegano alla decadenza dalla responsabilità genitoriale, resta da analizzare in che misura la clausola generale del «danno ingiusto» di cui all'art. 2043 c.c. si presti ad accogliere entro la propria area semantica la fattispecie oggetto di indagine.

L'utilizzo dello strumento risarcitorio per le responsabilità derivanti da illeciti che si consumano nell'ambito della famiglia (cc.dd. endo-familiari) rappresenta una conquista abbastanza recente [44]. Le indicazioni derivanti tanto dal dettato costituzionale, quanto dall'attuale impianto codicistico fanno della famiglia una comunità: in essa sbiadiscono i rapporti gerarchici e recuperano centralità le istanze facenti capo agli individui. Tale processo, di cui già si è detto in precedenza, comporta una più agevole penetrazione entro la cornice domestica di strumenti e tecniche di diritto privato generale, le quali si affiancano ed integrano la tutela offerta dagli istituti speciali del diritto di famiglia, sopra analizzati [45]. Protagonisti indiscussi di questo processo sono il contratto e, soprattutto, la responsabilità civile.

---

[42] Così C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 482.

[43] Così S. LANDINI, *Indegnità a succedere e decadenza dalla potestà genitoriale nell'art. 463 c.c.*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 72. Sul dibattuto tema della possibilità di diseredare un erede necessario, v., per tutti, M. TATARANO, *La diseredazione. Profili evolutivi*, Napoli, 2012, spec. p. 133 ss.; V. BARBA, *La disposizione testamentaria di diseredazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 763.

[44] In tema, v. G. FERRANDO, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 393; L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino, 2013, spec. p. 67 ss. In giurisprudenza, è d'obbligo il richiamo al *leading case* Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.*, 2001, I, c. 188, con nota di A. D'ADDA, *Il cosiddetto danno esistenziale e la prova del pregiudizio*, che statuisce la risarcibilità del danno «esistenziale», da lesione di diritti fondamentali, patito dal figlio a cui sia reiteratamente negato il riconoscimento da parte del genitore biologico. Ancora prima, v. Trib. Piacenza, 31 luglio 1950, in *Temi*, 1952, p. 119, con nota di A. CANDIAN, *L'azione di danno dell'eredoluetico contro i genitori*.

[45] Si abbandona definitivamente, così, quella logica «immunitaria» che, per ragioni di natura prevalentemente ideologica, affidava ai soli rimedi tipicamente giusfamiliari il governo delle relazioni coniugali e/o

Con particolare riferimento a quest'ultima, la violazione dei doveri genitoriali può comportare un danno tanto patrimoniale, quanto non patrimoniale, sulla scorta della natura degli interessi lesi.

Nella relazione verticale genitore-figlio, la violazione dei fondamentali doveri di cura della persona di cui all'art. 315-*bis* c.c. integra una condotta anti-giuridica, potenzialmente foriera di una responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c. o, più correttamente, *ex* art. 2059 c.c., in capo al soggetto agente [46]. Ciò ovviamente non basta perché si conclami l'illecito civile, dovendo ulteriormente provarsi un'attuale – e significativa – lesione di un interesse giuridicamente rilevante della vittima [47], nonché, evidentemente, la sussistenza di un nesso eziologico tra condotta e danno.

Anche sul punto, la giurisprudenza offre utili spunti di riflessione. Viene, a più riprese, evidenziata la violazione del dovere di cura del minore ad opera del genitore che si rifiuti di instaurare e coltivare un rapporto col figlio, così esponendo quest'ultimo ad un grave turbamento psichico, ingenerato dalla mancanza di una figura di riferimento e, altresì, dal senso di diversità rispetto ai coetanei che tale carenza affettiva inevitabilmente innesca [48]. In tal caso, il pregiudizio scaturente dalle intemperanze genitoriali è chiaramente di natura non patrimoniale e si misura sia con riguardo alla sfera più intima e domestica, sia con riguardo alla sfera sociale ed esistenziale, essendo entrambe componenti di primario rilievo nella costituzione e nello sviluppo dell'equilibrio psico-fisico della persona, presidiato dagli artt. 2, 30 e 32 Cost.

---

genitoriali. Sul punto, v. S. PATTI, *Famiglia e immunità*, Milano, 1984, p. 97 ss. V. anche P. ZATTI, Familia, familiae – *Declinazione di un'idea*, I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2009, p. 9.

[46] V. E. CAMILLERI, *Violazioni dei doveri familiari, danno non patrimoniale e paradigmi risarcitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, p. 431, il quale critica l'idea, pur autorevolmente sostenuta in dottrina (così A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv*., 2008, p. 929), secondo cui lo schema dell'obbligazione – e, più precisamente, dell'obbligo «di protezione» – ben si presta a spiegare le dinamiche familiari, così collocandole entro l'alveo della responsabilità c.d. contrattuale (*ex* art. 1218 c.c.). In generale, sul tema, v. F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 839.

[47] Ciò per evitare la configurazione di un danno c.d. *in re ipsa*. V., per tutti, G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, p. 115. In tal senso, da ultimo, in giurisprudenza Cass., 9 marzo 2020, n. 6518, in *Quot. giur.*, 24 marzo 2020.

[48] In tal senso, Cass., 22 luglio 2014, n. 16657, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2154, con nota di C. BONA, *Rimborsi e risarcimenti per l'«assenza» paterna: tra equità e tabelle*; e Cass., 16 febbraio 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 2333, con nota di D. MARCELLO, *La responsabilità genitoriale e il danno endofamiliare*, che, in ordine alla quantificazione in concreto del danno endo-familiare, affermano l'applicabilità, come riferimento liquidatorio, della voce prevista dalle tabelle giurisprudenziali adottate dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano per la perdita del genitore. Più di recente, nello stesso senso, v. Trib. Cagliari, 12 febbraio 2020, in *De Jure*.

Ancora – e con più specifico riferimento al dovere di educazione – viene ritenuta causa di un'autonoma voce di danno risarcibile la condotta del genitore che deliberatamente ometta di costituire per il figlio un modello parentale valido e fecondo, impedendo, così, il realizzarsi di quelle «condizioni che favoriscano il pieno sviluppo della personalità del minore» [49].

Se ne ricava come la violazione dei doveri genitoriali possa sempre assurgere a presupposto per l'operare della responsabilità civile, da intendersi quale strumento complementare e non alternativo ai più specifici rimedi gius-familiari, sopra analizzati. Invero, con particolare riguardo al danno non patrimoniale, il risarcimento mira ad assicurare un ristoro economico che compensi (per equivalente) la vittima, tutte le volte in cui si riscontri la lesione di un suo valore costituzionalmente garantito [50].

Volgendo lo sguardo alle «terapie» di conversione, esse, come già sottolineato, attentano al diritto al rispetto della propria identità sessuale, incidendo, così, su interessi intimamente legati alla dignità, nonché allo sviluppo della personalità del minore.

Su tali premesse, è evidente come una rilevanza di tali condotte anche sul piano risarcitorio non possa assolutamente escludersi, pena la negazione di una tutela piena ed effettiva [51] alle vittime di violenze di genere. In particolare, la circostanza che il legislatore italiano non abbia ricondotto il fenomeno in esame ad una ben definita fattispecie normativa non impedisce affatto all'interprete di riconoscere, in tali casi, la risarcibilità del danno – e specialmente di quello non patrimoniale – a favore del minore coattivamente sopposto a «terapie». Infatti, il carattere della «tipicità» richiesto dal paradigma risarcitorio di cui all'art. 2059 c.c. viene, in questi casi, facilmente assolto allegando la rilevanza costituzionale dei beni giuridici pregiudicati dalla condotta illecita del genitore violento,

---

[49] Così, Trib. min. L'Aquila, 8 luglio 2005, in *Dir. fam.*, 2006, p. 191. In dottrina, v. A.C. NAZZARO, *Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra «familiari»*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 827.

[50] È questo l'insegnamento impartito dalla famosa sentenza Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 (di contenuto identico ad altre tre sentenze, nn. 26973, 26974 e 26975, tutte depositate contestualmente), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 102, con nota di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*. Più di recente, v. Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, in *Danno resp.*, 2018, p. 470, con nota di A. BIANCHI, *Il danno alla persona secondo le sentenze Travaglino e Rossetti*. Per una ricostruzione critica del tortuoso *iter* percorso, in materia, dalla giurisprudenza, v. G. PONZANELLI, *Alcune considerazioni sul livello italiano del risarcimento del danno alla persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, p. 558.

[51] Sul principio di «effettività» in ambito rimediale la bibliografia è particolarmente ricca. V., *inter alia*, P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civile*, 2011, p. 44; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e* Drittwirkung*, ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, *passim*; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071; G. VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020, *passim*.

autore del danno [52]. Il fenomeno in esame è, così, pienamente ascrivibile alla categoria, di conio giurisprudenziale, dell'illecito c.d. endo-familiare, la cui essenza riposa, appunto, sulla necessità di garantire una tutela sostanziale, adeguata al valore degli interessi in gioco, specie se di rango costituzionale.

**6.** – In conclusione, in una prospettiva *de jure condito*, si può riscontrare una discreta capacità dell'ordinamento italiano di reagire in maniera effettiva alle violenze perpetrate dai genitori a danno dei figli. Da un lato, il rimedio della decadenza dalla responsabilità genitoriale sottrae il minore ad un ambiente familiare insalubre, realizzando un pronto intervento a tutela dei suoi interessi esistenziali. Dall'altro, il venir meno dell'obbligo alimentare, nonché la possibilità di escludere dalla successione il genitore violento (a seguito della sentenza di indegnità, ovvero per espressa disposizione testamentaria del figlio) manifestano una potente carica sanzionatoria e attribuiscono alla vittima quasi un diritto di «vendetta» contro chi lo ha così pesantemente danneggiato. Sullo sfondo, la clausola generale del «danno ingiusto» consente una re-integrazione economica per tutti i danni di natura anche non patrimoniale.

Più in generale, l'impianto codicistico nella materia familiare, illuminato dai precetti costituzionali, individua proprio nella famiglia un luogo di promozione della personalità e della dignità del soggetto debole [53]: un luogo, quindi, di libertà, in cui non può sicuramente esservi spazio per la trasmissione autoritaria ed autoreferenziale di modelli dominanti, i quali minano l'intimo processo di riconoscimento dell'individuo nella comunità di riferimento.

Su queste basi – e volgendosi ad una prospettiva *de jure condendo* –, un intervento legislativo in ambito strettamente civilistico non appare, forse, così ineludibile [54]. Ed an-

---

[52] Si tratta di un risultato acquisito al diritto c.d. «vivente». Oltre alla giurisprudenza citata in precedenza (nota 51), in dottrina, v., per tutti, V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 147; P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la tipicità del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520. Ne discende che in Italia una soluzione simile a quella adottata dal legislatore tedesco, che individua precise fattispecie di reato, si rivelerebbe utile, ma non necessaria sotto il profilo civilistico, essendo ormai ampiamente superata l'impostazione per cui il danno non patrimoniale possa trovar ristoro solo quando la condotta lesiva sia stata penalmente accertata e sanzionata (*ex* art. 185 c.p.).

[53] In dottrina, sempre più voci riconoscono come la logica dei rapporti familiari sia ormai «paidocentrica» (o «puerocentrica»). Per tutti, v. A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2013, p. 541 ss.

[54] Diversamente è a dirsi con riferimento alla materia penale, in cui il principio di legalità impone una dettagliata individuazione della fattispecie criminosa.

zi, l'operare di istituti dall'ampia portata precettiva consente, meglio di quanto si potrebbe fare ideando fattispecie di estremo dettaglio, di coprire tutte le condotte che, con diversa intensità, attentano all'identità di genere. Resta, ovviamente, in tali casi più delicato il compito dell'interprete, il quale sarà chiamato, sulla base di un'accurata analisi del caso concreto, ad individuare le risposte rimediali che, in diretta attuazione dell'assiologia costituzionale, assicurino sempre un'adeguata protezione dei diritti inviolabili della persona.

Qualcosa in più, tuttavia, si può – e si deve – fare nel campo dell'assistenza sociale, psicologica e sanitaria a favore dei soggetti che vivono ancora con disagio il proprio orientamento sessuale. La pratica delle «terapie» di conversione dimostra, infatti, come sia ancora faticoso e lungo il cammino per riconoscere il pieno rispetto dell'identità di genere nei Paesi democratici. Una più profonda opera di sensibilizzazione non può che partire dalla scuola e dalle istituzioni, chiamate ad innescare un cambio di rotta *in primis* culturale, che sia preludio ad una piena rimozione di tutti quegli «ostacoli di ordine economico e sociale», che, ai sensi dell'art. 3, comma 2, Cost., possa garantire a ciascuno le condizioni per il «pieno sviluppo della persona umana», nell'ambito di una società di eguali.

JUS CIVILE

*MICHAEL WILLIAM MONTEROSSI*

*Ricercatore di Diritto privato – Università di Lucerna (Svizzera)*

# LA COMUNICAZIONE AL PUBBLICO DI OPERE PROTETTE DAL DIRITTO D'AUTORE NEL *WORLD WIDE WEB*. LIMITI ALL'UTILIZZO DEGLI *HYPERLINK* PER VIAGGIARE NEL CIBERSPAZIO

SOMMARIO*: 1. Introduzione. – 2. Note preliminari: le diverse forme di collegamento ipertestuale. – 3. Il collegamento ipertestuale nella prospettiva del diritto d'autore. La Direttiva 2001/29/CE. – 4. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: il collegamento ipertestuale come «atto di comunicazione al pubblico» e l'applicazione del criterio del «pubblico nuovo» alla sfera digitale. – 5. Dietro il criterio del «pubblico nuovo»: teoria del «consenso implicito» e (mancata) adozione di misure tecnologiche di protezione. – 6. La teoria del «consenso implicito» oltre il criterio del «pubblico nuovo». – 7. Adozione di misure tecnologiche e limiti all'uso di* hyperlink*. – 8. Verso una classificazione delle ipotesi di* hyperlink *che rinviano a opere protette dal diritto d'autore.*

**1.** – A partire dal 2012, la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata a più riprese interpellata dalle corti nazionali per rispondere a dubbi interpretativi relativi all'applicazione della Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione del diritto d'autore nella società dell'informazione, nell'ipotesi in cui le opere protette siano messe a disposizione del pubblico tramite la tecnica del collegamento ipertestuale (*hypertext link* o, più brevemente, *hyperlink*). Com'è noto, l'art. 3, par. 1, della citata Direttiva impone agli Stati membri di attribuire agli autori di contenuti originali il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la comunicazione al pubblico delle loro opere. Se è pacifico che, in base a tale disposizione, qualunque atto di riproduzione o comunicazione al pubblico di un'opera da parte di un terzo attraverso la rete Internet necessiti del previo consenso del suo autore, si è reso nel tempo necessario chiarire se, ed eventualmente in quali circostanze, anche le comunicazioni "secondarie" di detti contenuti, effettuate per mezzo di collegamenti ipertestuali, richiedano a loro volta l'autorizzazione del titolare del diritto sull'opera, per poter essere lecitamente compiute.

Si tratta di un tema complesso, che occupa una piccola schiera di studiosi, specie oltreoceano, a dispetto della crescente rilevanza – non solo giuridica, ma anche e soprattutto socio-economica – che dette questioni rivestono all'interno della sfera digitale. La tecnica dell'*hyperlink* può avere importanti ricadute, oltre che sull'effettivo esercizio delle prerogative riconosciute agli autori, sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali che con esse entrano in collisione: tra le quali, specialmente, la libertà di iniziativa economica, la libertà d'espressione nonché l'accesso alla cultura e all'informazione, che proprio nel *web* trovano ormai un luogo imprescindibile per il loro esercizio. L'affermazione acquista oggi ancor più pregnanza, laddove si ponga a mente che, con l'entrata in vigore del nuovo art. 17 della Direttiva (UE) 2019/790 (c.d. *Direttiva Copyright*), i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online potranno consentire l'accesso al pubblico di contenuti protetti, su richiesta degli utenti, solo dopo aver ottenuto l'autorizzazione dal titolare del diritto, in ossequio al disposto di cui al citato art. 3. Considerato che la condivisione è spesso effettuata tramite *hyperlink*, ne deriva che tanto più stringenti saranno i limiti giurisprudenziali al loro utilizzo non autorizzato, tanto più ampio sarà il dovere-potere di sorveglianza attiva sui contenuti condivisi in capo alle piattaforme di intermediazione, con una conseguente potenziale compressione della libertà di espressione degli utenti all'interno di Internet.

Già queste ragioni suggerirebbero di riservare particolare attenzione alla sentenza *VG Bild-Kunst* [1] con cui la Corte di giustizia, in composizione plenaria, è nuovamente intervenuta sul tema, soffermandosi sul più specifico caso del *framing*, un particolare tipo di *hyperlink* che consente all'utente di visualizzare all'interno di un determinato sito *web* contenuti provenienti da siti *web* di terze parti. Ma le circostanze da cui muove il caso concreto moltiplicano i motivi di interesse dell'ultimo arresto, ampliandone la portata e il significato ben oltre la mera valutazione delle condizioni di liceità della tecnica in esame. Il quesito proposto dal *Bundesgerichtshof* tedesco è invero incentrato sul valore da assegnare alle misure tecnologiche volte a impedire la messa a disposizione di un'opera protetta tramite *hyperlink*, nell'ottica di stabilire se la loro adozione da parte del titolare del diritto d'autore (o la loro imposizione ai licenziatari) possa risultare determinante ai fini della qualificazione del collegamento come «atto di comunicazione al pubblico», ai sensi della Direttiva 2001/29. Nel dare una risposta affermativa al quesito, e ritenere dunque la loro elusione in ogni caso contraria al diritto d'autore, la Corte appare

[1] Corte giust. UE, Grande Sezione, *VG Bild-Kunst c. Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, sentenza 9 marzo 2021, causa C 392/19 (d'ora in avanti, caso *VG Bild-Kunst*).

*prima facie* recepire gli orientamenti giurisprudenziali formulati nei *leading case* che hanno preceduto tale ultimo giudizio [2], ponendosi in linea con un percorso – chiaro anche a livello legislativo – che vede l'Unione europea impegnata in una politica di rafforzamento della protezione del diritto d'autore all'interno della sfera digitale, come presupposto per stimolare la produzione di contenuti originali anche nel nuovo contesto tecnologico.

Eppure, una più attenta analisi della serie di argomentazioni addotte dalla Corte restituisce all'interprete non pochi motivi di perplessità, con riguardo tanto all'effettiva rispondenza delle soluzioni interpretative elaborate ai principi che governano la materia, tanto (e di conseguenza) alla capacità delle stesse di realizzare un bilanciamento equilibrato dei diversi interessi in conflitto. A sollecitare la riflessione critica è, in particolar modo, l'assenza di una puntuale distinzione tra le diverse fattispecie concrete, così come risultanti dall'intreccio tra le due (principali) variabili che contribuiscono a delinearle: il tipo di collegamento ipertestuale utilizzato per comunicare l'opera, da un lato, e il tipo di misura tecnologica adottata, ed eventualmente elusa, dall'altro.

Il contributo intende ripercorrere la giurisprudenza della Corte di giustizia, per segnalare come i vizi logico-giuridici, all'origine di tali ambiguità, risiedano in talune precedenti statuizioni che, ove ulteriormente veicolate dalla Corte medesima, legittimerebbero un'applicazione eccessivamente estensiva della normativa richiamata, apprestando una tutela al titolare del diritto d'autore, con sacrificio degli interessi contrapposti, anche quando ciò non risponde alle esigenze che giustificano il riconoscimento dell'esclusiva.

**2.** – L'importanza nodale delle questioni affrontate dalla Grande Sezione della Corte di giustizia risulta evidente se solo si consideri che esse investono, minandola, la quintessenza della tecnologia nota come *World Wide Web*: vale a dire, la possibilità per gli utenti di viaggiare tra gli innumerevoli siti *web* di cui è costellato il ciberspazio, pur senza essere a conoscenza degli indirizzi che definiscono la loro precisa collocazione all'interno della rete Internet.

---

[2] Ci si riferisce in particolare a: Corte giust. UE, Quarta Sezione, *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd c.cRetriever Sverige AB*, sentenza 13 febbraio 2014, causa C 466/12 (d'ora in avanti, caso *Svensson*); Corte giust. UE, Seconda Sezione, *Land Nordrhein-Westfalen c. Dirk Renckhoff*, sentenza 7 agosto 2018, causa C 161/17 (d'ora in avanti, caso *Renckhoff*); Corte giust. UE, Seconda Sezione, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*, sentenza 8 settembre 2016, causa C 160/15 (d'ora in avanti, caso *GS Media*).

Ad abilitare tale funzionalità è precisamente il collegamento ipertestuale. Da un punto di vista tecnico, il collegamento ipertestuale è un'istruzione, espressa in linguaggio HTML e rivolta al *browser* dell'utente, che consente a quest'ultimo di accedere, partendo dal sito Internet in consultazione, alle risorse contenute in un altro sito Internet. Tale operazione non implica alcuna archiviazione (se non in alcuni casi temporanea)[3] di informazioni digitali sul server *web* del sito inizialmente consultato dall'utente, posto che la visualizzazione delle risorse costituisce la risposta all'interrogazione, mediata dall'*hyperlink*, che viene fatta direttamente al server che ospita le pagine del sito di destinazione. I collegamenti ipertestuali creano dunque delle "porte di accesso" secondarie ai siti *web*, sfruttando le quali l'utente può raggiungere una delle molteplici pagine di cui essi si compongono ovvero singole risorse – quali file di testo, file video o audio – in tali pagine contenute, senza necessità di seguire il protocollo di accesso canonico, che esigerebbe l'inserimento dell'indirizzo URL (*Uniform Resource Locator*) nel campo dell'indirizzo del *browser web* e la successiva pressione del tasto invio del proprio computer[4].

L'accesso alle risorse del sito cui il *link* rinvia può tuttavia assumere una forma più o meno diretta, a seconda della diversa istruzione veicolata dal collegamento ipertestuale.

Alcuni tipi di *link* contengono esclusivamente l'indirizzo URL del sito al quale rinviano, sicché l'utente, dopo aver cliccato la relativa stringa di testo (ben riconoscibile, come noto, dal colore blu e dalla sottolineatura che la connota) ovvero l'immagine (più spesso una sua copia in miniatura, nota come *thumbnails*) che lo incorpora, sarà ridiretto alla pagina di presentazione, la c.d. *home page* del sito "linkato" (si parla in tale caso di *simple* o *surface link*) ovvero direttamente a una pagina interna (o a una risorsa in essa contenuta) del sito di destinazione (c.d. *deep link*)[5].

In entrambe le ipotesi, l'utente, dovendo necessariamente attivare mediante un *click* il collegamento ipertestuale contenente l'indirizzo URL del sito di destinazione e vedendo

---

[3] Occorre fin da subito segnalare che l'art. 5, par 1. della Direttiva 2001/29 esenta dal diritto di riproduzione di cui all'art. 2, gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, laddove siano eseguiti al solo scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali.

[4] Per un approfondimento sugli aspetti tecnici del *linking*, si vedano, tra i diversi contributi, M.A. O'Rourke, *Fencing Cyberspace: Drawing Borders in a Virtual World*, in *Minnesota Law Review*, 1998, p. 609 ss, p. 630 ss.; S. L. Dogan, *Infringement Once Removed: The Perils of Hyperlinking to Infringing Content*, in *Iowa Law Review*, vol. 87, 2002, pp. 829-908, p. 837 ss.

[5] Per un approfondimento tecnico si veda, *ex multis*, A. Strowel, N. Ide, *Liability with regard to hyperlinks*, in *The Columbia Journal of Law & the Arts,* 2000-2001, p. 101 ss.

in ogni caso graficamente apparire sul proprio *browser* una pagina *web* diversa e individuabile dal relativo nome (di regola contenuto nell'indirizzo web), avrà modo di prendere atto del fatto che il sito al quale è stato rinviato sia diverso da quello inizialmente consultato. Non a caso, si parla a tal riguardo di *link* «referenziali» [6], per alcuni studiosi più simili a delle mere citazioni online o a delle note a piè di pagina [7]; ad ogni modo caratterizzati dal fatto che, per mezzo di essi, l'utente vive un'autentica esperienza di navigazione sul *web*, avendo egli sempre contezza di trascorrere da un luogo virtuale ad un altro e, quindi, della diversa fonte consultata.

Ma i collegamenti ipertestuali possono altresì essere programmati in modo tale da sintetizzare – quanto meno agli occhi degli utenti – questa serie di passaggi e consentire una visualizzazione diretta e automatica dei contenuti presenti in un altro sito, senza la partecipazione attiva dell'utente. Tale caratteristica connota anzitutto il c.d. *in-line* o *embed link*, un collegamento ipertestuale utilizzato come elemento di *web design* che consente di incorporare all'interno della pagina *web* in cui il *link* è installato un contenuto o una risorsa ospitata sul server di un sito diverso. Un risultato simile può essere raggiunto anche utilizzando la c.d. tecnica del *framing*, mediante la quale la schermata della pagina web di un sito è suddivisa in più riquadri – o *frame* – ciascuno dei quali può visualizzare una pagina o risorsa *web* differente. La pagina può così essere costruita in modo tale che una o più parti dello schermo contengano risorse ospitate sul server del sito effettivamente consultato dall'utente, laddove altre parti dello stesso schermo visualizzino – per il tramite di un collegamento cliccabile ovvero automatico – risorse provenienti da *server* di terze parti.

---

[6] La distinzione *tra «referential»* e *«nonreferential» link* (di cui si dirà *infra*) è elaborata da J.C. Ginsburg, L. Ali Budiardjo, nel lavoro dal titolo *Embedding Content or Interring Copyright: Does the Internet Need the Server Rule*, in *Columbia Journal of Law & the Arts*, vol. 42, 2019, pp. 417-478, p. 423.

[7] Testi sostenuta anzitutto da Tim Berners-Lee, ritenuto l'inventore del *World Wide Web*, di cui si veda *Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web*, Harper Business, New York, 2000, e id., *Axioms of Web Architecture. Links and Law: Myths*, consultabile al seguente indirizzo web https://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html, secondo cui il *linking* non è altro che una citazione o un riferimento digitale e la possibilità di operare un riferimento a un documento è essenziale per assicurare il diritto fondamentale al *free speech*. Questa posizione è stata poi ripresa da diversi organismi operanti nel settore della proprietà intellettuale, tra cui lo European Copyright Society, nella *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson,* 2013, https://europeancopyrightsociety.org/opinion-on-the-reference-to-the-cjeu-in-case-c-46612-svensson/ e la Federal Communications Commission, nel testo *The Information Needs of Communities: The Changing Media Landscape in the Broadband Age* (a cura di S. Waldman), 2011, p. 340. In dottrina, in questo senso, si vedano J. Litman, *Digital Copyright: Revising Copyright Law for the Information Age*, in L. Bently, B. Sherman (a cura di), *Intellectual Property Law*, OUP, Oxford, 2009, pp. 183 ss.; A. Cruquenaire, *Electronic Agents as Search Engines: Copyright related aspects*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2001, pp. 327-343.

In una prospettiva tecnica, il funzionamento dell'*in-line link* o del *framing* – noti anche come *link* «non-referenziali» – è il medesimo di quelli in precedenza richiamati: anche in questo caso il collegamento consente di visualizzare l'elemento, ad esempio un'immagine o un video, senza necessità di archiviarla sul server del sito su cui appare. A mutare è però l'esperienza dell'utente: essendo la risorsa visualizzata direttamente sulla schermata del sito *web* consultato e mancando (spesso anche nel *framing*) il riferimento al sito in cui la risorsa è contenuta, l'utente potrebbe essere portato a intendere quel contenuto come parte integrante del sito inizialmente visitato.

È bene sin d'ora segnalare come il collegamento ipertestuale, specie nella sua forma più rudimentale di «*link* referenziale», abbia avuto un ruolo fondamentale per la nascita e lo sviluppo del *World Wide Web*. Esso costituisce il principio tecnico che governa il funzionamento della rete Internet, quale sistema di ricerca ipertestuale di informazioni digitali: è l'installazione di collegamenti ipertestuali a consentire il movimento virtuale dell'utente nel ciberspazio, sia tra le diverse pagine che strutturano un singolo sito (*internal links)*, sia tra la moltitudine di siti – e, quindi, di informazioni – che sono ospitati dai server che compongono il *Web* (*external links*). A ben vedere, l'utilizzo di tale tecnica ha storicamente accompagnato, abilitandole, le diverse trasformazioni che hanno segnato i processi di evoluzione della rete Internet. Tra i tanti esempi possibili, può essere utile ricordare che proprio sfruttando i *link* collocati dagli utenti all'interno dei siti *web*, *Google* poteva introdurre un motore di ricerca destinato a rivoluzionare l'esperienza di ricerca dell'utente in rete, dando avvio a quel modello di sfruttamento della rete – su cui oggi poggia il capitalismo cognitivo – improntato alla c.d. «saggezza della folla» [8].

Non sorprende dunque che i primi giuristi ad occuparsi dei possibili profili di illiceità degli *hyperlink* abbiano insistito sulla natura consustanziale della pratica alla rete Internet, sottolineando come essa risponda a un «uso normale» e «consuetudinario» del *World Wide Web* [9]. Del pari, le autorità giudiziarie che, a diversi livelli e in diversi paesi, hanno avuto occasione di confrontarsi in ordine a problematiche a essi relativi, ne hanno esaltato il fondamentale ruolo per lo sviluppo e il funzionamento di *Internet*, nella prospettiva di promuovere e tutelare la più ampia libertà di accesso alle informazioni e di espressione delle opinioni che tale tecnologia abilita. Una funzione dunque strumentale rispetto all'esercizio di diritti fondamentali, quale quello sancito dall'art. 10 della Con-

[8] Per un approfondimento si veda A. Quarta, G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Le Monnier, Firenze, 2020, p. 114 ss.

[9] Cfr, in questo senso ad esempio L.A. Stangret, *The Legalities of Linking on the World Wide Web*, in *Communications Law*, vol. 2, 1997, p 202 ss., p. 204 ss.

venzione EDU, come segnalato dalla stessa Corte di Strasburgo, la quale ha messo in rilievo come i collegamenti ipertestuali, permettendo agli utenti di Internet di navigare verso e da contenuti specifici all'interno di un *network* caratterizzato da un'immensa quantità di informazioni, contribuiscano in modo determinante a rendere tali informazioni accessibili agli internauti [10].

**3.** – Sebbene la tecnica del collegamento ipertestuale, si ponga al cuore del funzionamento del *World Wide Web* (e, insieme, della rete Internet), essa acquista un potenziale di illiceità, ogniqualvolta il contenuto cui fa rinvio sia oggetto di un monopolio in capo al suo autore. La diffusione delle opere protette all'interno della rete Internet incontra invero un limite nel diritto esclusivo dell'autore di autorizzare o vietare «la messa a disposizione del pubblico» delle proprie opere, come parte del più ampio «diritto di comunicazione al pubblico», sancito dall'art. 3, par. 1, della Direttiva 2001/29. La disposizione riprende, con identico linguaggio, l'art. 8 del *World Copyright Treaty* (WCT), con il quale l'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI) [11], appena pochi anni prima, aveva introdotto la prerogativa in esame come vertice di una più ampia strategia volta a modernizzare il quadro di tutela del diritto d'autore per rispondere ai dirompenti cambiamenti tecnologici che a quel tempo iniziavano a rendere possibili forme di circolazione e sfruttamento immateriali delle opere, rispetto alle quali l'assetto delle prerogative riconosciute dalla Convenzione di Berna sul diritto d'autore risultava insufficiente [12]. Si ritenne allora che, per garantire «un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale» all'interno della sfera digitale [13], fosse necessario ampliare il novero delle prerogative di matrice patrimoniale riconosciute al titolare del diritto, per ricomprendere nell'ambito dell'esclusiva anche quelle modalità di diffusione al pubblico, pro-

[10] Corte EDU, *Magyar Jeti Zrt v. Hungary*, 4 dicembre 2018, ricorso n. 11257/16, punto 73.

[11] Trattato OMPI sul diritto d'autore (WCT), Ginevra, 1996, in Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, L 89/9, 11 aprile 2000.

[12] Il riferimento è alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche (come riveduta da ultimo a Parigi nel 1971). L'esigenza di ammodernamento della disciplina internazionale emerge chiara dal Preambolo del WCT. In dottrina, sul rapporto tra il WTC e la Convenzione di Berna, con particolare riferimento al nuovo diritto di comunicazione al pubblico si veda J. Ginsburg, *The (new?) right of making available to the public*, in D. Vaver, L. Bently (a cura di), *Intellectual Property in the New Millennium: Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 234-247.

[13] Cui si affiancano gli obiettivi, insiti nello stesso utilizzo dello strumento della direttiva, di assicurare una maggiore certezza del diritto e l'assenza di distorsioni nella concorrenza all'interno del mercato interno.

prie della trasmissione delle opere via *web*, nelle quali l'accesso degli utenti è effettuato dal luogo e nel momento che ciascuno di essi sceglie. Fissando un generale divieto di diffusione delle opere in assenza di una previa autorizzazione del titolare del diritto, si intendeva assicurare agli autori la forza contrattuale necessaria per ottenere un «adeguato compenso» per il loro utilizzo (e, ai produttori, per ottenere le risorse necessarie per poter finanziare le creazioni intellettuali) e, per tale via, garantire quegli incentivi economici e di mercato che, secondo l'impostazione teorico-concettuale su cui si fonda il sistema di *intellectual property*, sono essenziali per stimolare l'attività di creazione e produzione artistica [14].

Tale volontà politica ha trovato espressione, sul fronte europeo, attraverso l'elaborazione di un sistema di tutela del diritto di esclusiva sull'opera particolarmente ampio e pervasivo. L'estensione si palesa, anzitutto, sul fronte della circolazione dell'opera già diffusa al pubblico: poiché la messa a disposizione è ricondotta alla prestazione di un servizio anziché alla cessione di un bene, non trova qui applicazione il principio dell'esaurimento del diritto, il quale, pertanto, conserva la propria integrità anche a seguito del primo atto di comunicazione autorizzato dal suo titolare (art. 3, par. 3, della Direttiva 2001/29). Talune limitazioni derogatorie al potere di esclusione dell'autore sono invece fissate dal legislatore sul fronte dell'utilizzazione dell'opera da parte di terzi, nell'ottica di garantire un «giusto equilibrio» tra i diritti e gli interessi dei titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. Tuttavia, la tutela di questi ultimi rimane confinata all'interno di un sistema di eccezioni chiuso e tassativo [15], il cui ambito di operatività, ulteriormente ristretto per effetto della consueta clausola interpretativa nota come "*three-step test*" [16], è

[14] Cfr. in questo senso i considerando 4, 9 e 10 della Direttiva 2001/29.

[15] Cfr. in particolare il considerando 31 e l'art. 5 della Direttiva 2001/29. Il sistema adottato dal legislatore europeo differisce da quello statunitense, in cui vige un sistema di eccezioni aperto, governato dalla «*fair use doctrine*». Nel codificarla, la Section 107 del US Copyright Act del 1976 individua quattro fattori di cui le corti devono tenere conto per determinare se l'uso dell'opera possa ritenersi *fair*, vale a dire: «(*1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted wor*k».

[16] L'art. 5, par. 5, della Direttiva 2001/29 stabilisce che le eccezioni e limitazioni in essa previste «sono applicate esclusivamente in *determinati casi speciali* che *non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali* e *non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare*» (corsivo aggiunto). Il paragrafo recepisce il c.d. *three-step test*, introdotto nel panorama internazionale dalla Convenzione di Berna del 1967 e poi entrato in gran parte delle convenzioni internazionali sul *Copyright*, tra cui l'*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) (art. 13), il WCT dell'OMPI (art. 10), nonché in diverse direttive dell'Unione europea, tra cui, oltre quella qui in

limitato a talune ipotesi in cui l'utilizzo dell'opera è essenziale per soddisfare specifici interessi di carattere generale, quale quello alla ricerca scientifica o all'educazione.

Dal canto suo, la pervasività si ricollega alla previsione di una tutela giuridica rafforzata per le opere protette da «efficaci misure tecnologiche», come definite all'art. 6, par. 3, della Direttiva [17], la quale si sostanzia in una protezione armonizzata contro la loro elusione e contro la fornitura di dispositivi o servizi che perseguono un tale fine. Lasciando al prosieguo una più estesa valutazione circa l'applicazione di tali norme da parte della giurisprudenza, merita qui osservare come, in tal modo, il legislatore non solo riconosca in capo all'autore la facoltà di utilizzare sistemi di recinzione virtuali per rivendicare *ex ante* il proprio potere escludente, ma ne incentivi altresì l'utilizzo, raddoppiando in tali ipotesi i piani di tutela del diritto d'autore: alla protezione immateriale del *copyright*, si sovrappone una tutela para-proprietaria delle stesse misure tecnologiche che, come si dirà meglio oltre, contribuisce a cancellare la stretta linea di confine tra il controllo sullo sfruttamento di un'opera e il controllo sul suo utilizzo da parte degli utenti, una volta immessa in rete [18]. Ne deriva un assetto giuridico intransigente, ispirato a una modalità di regolazione dei rapporti che, nel ribaltare la logica tradizionale, sottrae ai terzi – per così dire, non-proprietari – la facoltà di fare dell'opera un uso che essi valutino come lecito o anche, e in modo più radicale, di scegliere di violare il diritto di proprietà intellettuale [19]. Un quadro che, a dispetto delle apparenze, è ulteriormente irrigidito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, impegnata a definire i confini applicativi

---

esame, la Direttiva 96/9/CE dell'11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati (art. 6, par. 3), la Direttiva 2009/24/CE del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (art. 6, par. 3), la Direttiva del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE (considerando n. 6). In giurisprudenza, sull'interpretazione in senso restrittivo della disposizione, cfr. Corte di giust. UE, Quarta Sezione, *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, causa C-5/08, sentenza 16 luglio 2009, punti 56-57.

[17] L'art. 6, par. 3, della Direttiva 2001/29 definisce le misure tecnologiche come «le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore, così come previsto dalla legge o dal diritto *sui generis* previsto al capitolo III della direttiva 96/9/CE». Su tale definizione si tornerà *infra* § 5.

[18] S. Dusollier, *Technology as an imperative for regulating copyright: from the public exploitation to the private use of the work*, in *European Intellectual Property Review*, 2005, 27, p. 201 ss., p. 202.

[19] In questo senso, si veda M.J. Radin, *Regime Change in Intellectual Property: Superseding the Law of State with the 'Law' of the Firm*, in *University of Ottawa Law & Technology Journal*, 2003-2004, pp. 173-188, p. 187, la quale rileva come «*the use of a DRMS removes important options for the end-user. Under either a statutory rights scheme, such as copyright or a licence regime, the user has the ability to violate or breach if she so decides. Although that ability may incur legal liability, it is an important practical alternative*». In tema, si veda altresì A. Quarta, G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., pp. 64-65.

del diritto in esame nel contesto delle comunicazioni effettuate all'interno del *World Wide Web*.

**4.** – Se lo scopo della normativa emerge chiaramente dalla lettura dei considerando che precedono l'articolato, la sinteticità e, per certi versi, l'ambiguità del fraseggio utilizzato all'art. 3, par. 1, della Direttiva 2001/29 hanno sollecitato di un'intensa attività interpretativa – e armonizzatrice – da parte della Corte di giustizia, volta a definirne il senso e la portata applicativa, specie con riguardo all'uso di collegamenti ipertestuali.

Già a partire dai primi anni Duemila, i tribunali di diversi Stati membri erano stati chiamati a valutare la liceità della pratica consistente nell'uso di *hyperlink* per ridirigere gli utenti verso contenuti già diffusi online, con l'autorizzazione dell'autore, su altri siti web. La copiosa giurisprudenza formatasi sul tema, pur se relativa a fattispecie tra loro diverse, lasciava intravedere le linee di una comune impostazione. Si riteneva che, in linea di principio, il collegamento ipertestuale non costituisse un atto di comunicazione al pubblico e, come tale, il suo utilizzo da parte del gestore di un sito web, privo di autorizzazione per l'utilizzo delle opere protette, non determinasse una violazione delle norme in tema di diritto d'autore. Nonostante ciò, ricorrendo determinate circostanze, il suo uso avrebbe potuto dar luogo a una responsabilità a titolo di concorso alla realizzazione dell'illecito [20].

[20] In questo senso, si espresse il *Bundesgerichtshof* nel caso *Paperboy* (BGH, 23 luglio 2003, I ZR 259/00), affermando che l'uso di «*link* profondi» ad articoli di giornale liberamente disponibili su un altro sito Internet non costituisce un atto di «messa a disposizione del pubblico» a norma dell'art. 15(2) della legge tedesca sul diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*, 1965), con il quale è stato recepito il testo dell'art. 3, par. 1, della Direttiva 2001/29 (fatti salvi eventuali profili di illiceità con riferimento alla disciplina della concorrenza sleale). In modo simile, l'*Oberste Gerichtshof*, la Corte suprema austriaca, sostenne che un contratto di licenza con il quale un fotografo limiti l'uso delle proprie opere al solo sito del licenziatario non impedisce a quest'ultimo di autorizzare terzi a configurare *hyperlink* che consentano l'accesso alle fotografie a partire da siti diversi (OGH, 21 dicembre 2021, 4 Ob 252/04v). Anche le Corti francesi e quelle italiane assunsero un orientamento in linea con tale impostazione di fondo. In particolare, il *Tribunal de grande instance de Nancy*, nella sentenza del 6 dicembre 2010 a definizione del caso *Le Bien Public, Les journaux de Saône et Loire / Dijonscope*, escluse la violazione del diritto d'autore da parte del titolare del sito *web* che aveva inserito un collegamento ipertestuale, sfruttando il quale l'utente poteva essere ridiretto ad articoli di giornali disponibili sul sito Internet degli attori, in quanto tramite esso il titolare si era limitato a predisporre un mezzo per consentire di accedere alla comunicazione al pubblico di tali opere effettuata dagli attori. Del pari, la Corte di cassazione italiana, nel caso *Sky c. Telecom* del 2006 (Cass. pen., Sez. III, sentenza del 10 ottobre 2006, n. 33945), ritenne che l'utilizzo di collegamenti ipertestuali che rinviano a siti Internet che trasmettono eventi sportivi in streaming non è per sé sufficiente a dare la stura a una violazione del diritto d'autore ai sensi dell'art. 16, l. n. 633/1941 (che recepisce l'art. 3, par. 1, della Direttiva

A partire dal caso *Svensson* [21], tuttavia, la Corte di giustizia ha configurato un approccio alla questione diverso e, per certi versi, opposto a quello fatto proprio dalle corti dei diversi Stati membri. A giudizio della Corte, il collegamento ipertestuale verso opere tutelate dal diritto d'autore soddisfa, in linea di principio, i due criteri necessari per poter rientrare nell'ambito applicativo di cui all'art. 3, par. 1, della Direttiva 2001/29. L'*hyperlink* costituisce un «atto di comunicazione», in quanto atto idoneo a mettere a disposizione degli utenti le opere pubblicate sul sito cui fa rinvio, senza che peraltro sia determinante, ai fini della qualificazione, che questi ultimi si avvalgano o meno di tale possibilità [22]; esso si rivolge inoltre a un «pubblico», in quanto diretto a un «numero indeterminato» e «piuttosto considerevole» di destinatari potenziali, coincidente con tutti gli utilizzatori potenziali del sito gestito dal soggetto che fa uso del collegamento [23].

Il ribaltamento di prospettiva così operato dalla Corte non si traduce però in un giudizio *ex se* di illiceità dell'uso della tecnica in esame, in assenza del consenso prestato dal titolare del diritto d'autore. Anzi, ricorrendo determinate circostanze, esso conduce a esiti sostanzialmente analoghi a quelli fatti propri dalle corti interne.

Lo snodo interpretativo, che consente (secondo la Corte) di differenziare le diverse

---

2001/29); tale condotta, semmai, può essere sanzionata sotto un profilo penalistico, nella misura in cui contribuisca alla realizzazione dell'illecito perpetrato da tali siti (art. 171 a bis). Su tale aspetto, in dottrina, si veda M. Borghi, *"Hyperlink": la Corte europea riscrive il diritto di comunicazione al pubblico*, in *Giurisprudenza italiana*, 10, 2017, pp. 2133-2140.

[21] Nel caso di specie, la controversia aveva ad oggetto l'uso da parte del gestore di un sito *web* di *link* profondi che consentivano ai propri utenti di accedere ad articoli di giornale pubblicati sul sito *web* di una delle principali testate giornalistiche svedesi, senza transitare per la *homepage* del giornale. Secondo gli autori ricorrenti nel procedimento principale, tra cui Nils Svensson, tale condotta, in assenza della loro autorizzazione, costituiva una violazione del diritto d'autore

[22] I due criteri ricorrono costantemente nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr., tra gli altri, *Sociedad General de Autores y Editores de Espanã (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, causa C-306/05, sentenza 7 dicembre 2006, punto 43 (d'ora in avanti, caso *SGAE*). Occorre tuttavia rilevare che, secondo alcuni studiosi, l'*hyperlink*, da un punto di vista tecnico, non realizza alcuna trasmissione e in ogni caso non trasmette un'opera, sicché non sarebbe in grado di soddisfare i summenzionati criteri. Cfr. sul punto la posizione del *European Copyright Society*, nella citata *Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*.

[23] In dottrina, si è rilevato che, a dispetto delle statuizioni della Corte, dalle quali sembrerebbe doversi desumere che tutte le tipologie di collegamenti ipertestuali costituiscano un "atto di comunicazione al pubblico", i criteri dalla stessa individuata non troverebbero rispondenza nel caso del *surface link*. Cfr. in questo senso A. Cogo, *Linking e framing al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, 10, p. 2201 ss. Ad ogni modo, l'utilizzo del *surface link* risulta di regola meno problematica, in quanto tramite la sua attivazione l'utente è rinviato direttamente all'*home page* del sito in cui l'opera è stata inizialmente comunicata.

fattispecie concrete, di modo da assicurare un nuovo equilibrio nell'assetto degli interessi coinvolti dall'uso del collegamento ipertestuale [24], è individuato nel criterio – di elaborazione squisitamente pretoria – del c.d. «pubblico nuovo» [25]. Riprendendo argomentazioni elaborate in relazione alla distribuzione via cavo del segnale televisivo [26], la Corte di Giustizia ha affermato che la comunicazione secondaria – effettuata tramite *hyperlink* – di opere in precedenza già comunicate in Internet [27] possa essere qualificata come «comunicazione al pubblico» solo ove raggiunga un «pubblico nuovo», vale a dire, «un pubblico che i titolari del diritto d'autore non abbiano considerato, al momen-

[24] Sul punto, in dottrina, G. Jenkins, *An Extended Doctrine of Implied Consent – A Digital Mediator*?, in *International Review Of Intellectual Property And Competition Law*, 23 marzo 2021, p. 1 ss.

[25] Secondo alcuni studiosi e operatori, la circostanza per cui il criterio del «pubblico nuovo» non trova alcun riferimento nel diritto internazionale del *Copyright* ne rende l'utilizzo per sé criticabile: cfr. in questo senso Association Littiraire et Artistique Internationale (ALAI), *Opinion on the criterion "New Public", developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, 17 settembre 2014, p. 9, consultabile all'indirizzo web: *https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf*. Per una critica nel merito del criterio elaborato dalla Corte si veda P.B. Hugenholtz, S.C. Van Velze, *Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 7, 2016, pp. 797-816, spec. pp. 808 ss.

[26] Il criterio è stato utilizzato per la prima volta dalla Corte di giust. UE, nel citato caso *SGAE*, relativo all'uso di apparecchi televisivi e di apparecchi di diffusione di musica d'ambiente da parte di un albergo, per diffondere, nelle relative camere e negli spazi comuni, opere appartenenti al repertorio gestito dalla ricorrente. Riprendendo un'interpretazione in precedenza proposta dall'Avvocato Generale La Pergola in relazione al caso *Egeda* (Corte di giust. UE, Sesta Sezione, *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) c. Hostelería Asturiana SA (Hoasa)*, causa C-293/98, sentenza del 3 febbraio 2000), la Corte muove dall'art. 11 bis della Convenzione di Berna, come interpretato dalla guida alla Convenzione di Berna del 1978 (documento interpretativo non vincolato elaborato dall'OMPI), per rilevare come la comunicazione di una trasmissione mediante altoparlante o uno strumento analogo fa sì che l'opera non sia più trasmessa ai soli utilizzatori diretti, ossia i detentori di apparecchi di ricezione i quali, individualmente o nella loro sfera privata o familiare, captano le trasmissioni, ma sia comunicata ad un nuovo pubblico, che non era stato preso in considerazione dall'autore, allorché ha autorizzato la radiodiffusione della sua opera. Pertanto, tale ricezione pubblica deve essere oggetto di autonoma autorizzazione da parte dell'autore. Nello stesso senso cfr. Corte di giust. UE, Grande Sezione, *Football Association Premier League e a.*, 403/08 e C 429/08, sentenza del 4 ottobre 2011, punto 197.

[27] Sul presupposto, dunque, che la comunicazione "secondaria" dell'opera sia effettuata con le stesse modalità tecniche di cui ci si è serviti in precedenza per metterla a disposizione del pubblico. Diversamente, se la comunicazione al pubblico è effettuata secondo una modalità tecnica diversa troverà applicazione l'art. 3, par. 1, della Direttiva 2001/29 e, dunque, sarà necessario ottenere il previo consenso del titolare del diritto d'autore prima di poter mettere l'opera a disposizione del pubblico. In questo senso, cfr. Corte giust. UE, Quarta Sezione, *ITV Broadcasting Limited and others c. TVCatchup Limited*, causa C-607/11, sentenza 7 marzo 2013, relativa alla diffusione, non autorizzata, via Internet e in tempo reale di programmi televisivi gratuiti di società emittenti che detengono i diritti d'autore sui loro programmi televisivi nonché sui film e sugli altri elementi inclusi nei loro programmi.

to in cui abbiano autorizzato la comunicazione iniziale al pubblico» [28].

Sulla scorta di tale assunto, i giudici del caso *Svensson* hanno delineato i due fondamentali principi di diritto – di cui l'uno suona come il rovescio dell'altro – dai quali muoveranno con analogie imperfette i successivi arresti della stessa Corte.

In base al primo principio, che del giudizio *Svensson* fonda la *ratio decidendi*, si ritiene che ogniqualvolta l'opera protetta, al quale rinvia il collegamento ipertestuale (nella specie un *deep link*), sia stata messa a disposizione, con l'autorizzazione del titolare del diritto, su un sito web liberamente accessibile e dunque privo di alcuna misura di restrizione, l'atto di comunicazione secondario non può ritenersi rivolto ad un «pubblico nuovo». Il *link*, infatti, consentirebbe la messa a disposizione dell'opera allo stesso pubblico per il quale l'autore aveva in precedenza prestato il proprio consenso: vale a dire, tutti gli utenti della rete Internet, sul presupposto – puramente astratto – che il complesso dei potenziali visitatori di un sito liberamente accessibile coincida con l'intera platea degli internauti [29].

È utile fin d'ora rilevare come, schiacciando la valutazione di liceità sul criterio del «pubblico nuovo», la Corte contribuisca a cancellare (almeno in parte) la distinzione tra i *link* «referenziali» e i link «non-referenziali»: quand'anche il collegamento ipertestuale, una volta cliccato [30], dia l'impressione che l'opera sia messa a disposizione sul sito in cui il collegamento è installato, anziché sul sito – liberamente accessibile – in cui detta opera è stata inizialmente comunicata, la regola del «pubblico nuovo» esclude, secondo i giudici, la necessità di ottenere una nuova autorizzazione da parte del titolare del diritto d'autore [31]. E, infatti, di lì a breve la Corte, nel caso *BestWater International*, non ha esi-

---

[28] Così, testualmente, Corte di giust. UE, sentenza *Svensson* in cui si richiamano, per analogia, in particolare le già citate sentenze *SGAE*, punti 40 e 42, e *ITV Broadcasting*, cit., punto 39. Nello stesso senso, da ultimo, la sentenza *VG Bild-Kunst*, punto 32.

[29] Sulla base di tale principio, la CGUE nel caso *Svensson* ha ritenuto che l'installazione da parte del convenuto di *link* sul proprio sito *web* che rinviavano agli articoli dei ricorrenti non costituisse la violazione del loro diritto esclusivo di comunicazione al pubblico. Considerato che il sito web del giornale telematico non era soggetto a restrizione all'accesso, la pubblicazione dei *link* su un sito diverso non aveva bisogno di un nuovo consenso alla comunicazione al pubblico da parte degli autori.

[30] È questo il fattore che induce a rilevare come la distinzione tra le due tipologie di *link* resti, in altra parte, ancora in piedi. Come sottolineato dall'Avvocato Generale Maciej Szpunar nelle conclusioni relative al caso *VG Bild-Kunst* (10 settembre 2020, causa C-392/19, punto 111), la Corte in *Svensson* fa riferimento esclusivamente ai collegamenti cliccabili. Resterebbe pertanto impregiudicata la valutazione circa il *framing* (e *a fortiori* l'*in-line linking*) che determinino una visualizzazione automatica – e dunque priva della partecipazione attiva dell'utente – del contenuto protetto sul sito nel quale è collocato il collegamento ipertestuale. Sull'argomento si ritornerà *infra* § 8.

[31] Corte di giust., *Svensson*, punto 29 e 30.

tato a ritenere lecito l'uso della tecnica del *framing*, precisamente in quanto non idonea a mettere l'opera a disposizione di un «pubblico nuovo» [32].

La versione rovesciata del principio – anch'essa espressamente formulata dalla Corte, seppur a mo' di *obiter dictum* – costituisce l'esito di un semplice (e apparentemente innocuo) ragionamento *a contrario*. Il principio suona pressappoco così: laddove il sito per il quale è stata concessa l'autorizzazione alla messa in rete dell'opera protetta preveda misure restrittive per limitare l'accesso ai soli utenti che abbiano pagato la relativa quota di abbonamento o iscrizione e il collegamento ipertestuale, nel rinviare al sito originario, consenta agli utenti di eludere le suddette restrizioni, si determina una violazione del diritto esclusivo riconosciuto all'autore dall'art. 3, par. 1, della Direttiva 2001/29. In siffatta ipotesi, la comunicazione effettuata tramite il collegamento ipertestuale amplia il pubblico al quale l'opera è stata inizialmente messa a disposizione, posto che, senza un tale intervento, gli utilizzatori del sito terzo non avrebbero potuto beneficiare delle opere in precedenza diffuse. Detto al contrario: nel caso di utilizzo di misure tecnologiche che condizionano l'accesso al sito, il pubblico in favore del quale l'opera è messa a disposizione è costituito dai soli utenti del sito che abbiano i requisiti per accedervi.

Ebbene, alla medesima conclusione si perviene, secondo la decisione emessa dalla Grande sezione nel caso *VG Bild-Kunst*, nell'ipotesi in cui le misure tecnologiche siano dirette a limitare – si badi bene – non l'accesso del pubblico a un sito, riservandone la fruizione ai soli utenti che abbiano pagato per entrarvi, bensì le modalità attraverso cui è possibile accedere al sito – di per sé privo di restrizioni all'ingresso – in cui l'opera è stata inizialmente messa a disposizione del pubblico. Misure, in altre parole, volte a impedire (direttamente) l'uso del collegamento ipertestuale – nella fattispecie, il *framing* selezionabile – per accedere alle opere protette, a partire da siti Internet diversi.

Nel caso di specie, si trattava di stabilire se la società di gestione collettiva dei diritti d'autore, la *VG Bild-Kunst*, avesse il potere di subordinare la stipulazione di un contratto di licenza relativo all'uso delle miniature (*thumbnails*) del proprio catalogo di opere, all'inclusione di una clausola che obbligasse il licenziatario ad attuare misure tecnologiche efficaci contro l'uso del *framing*. Secondo la Corte, il fatto che il titolare del diritto abbia adottato (o imposto ai propri licenziatari) misure restrittive contro il *framing*, di modo da limitare l'accesso alle sue opere a partire da siti Internet diversi da quello sul quale ha

[32] Corte giust. UE, *BestWater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch,* causa C-348/13, ordinanza 21 ottobre 2014. Sul punto, in chiave critica, si vedano i rilievi di A. Cogo in *Nota a Corte di giustizia UE, 21 ottobre 2014, in causa C-348/13 – BestWater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, 2015, pp. 436-440.

autorizzato la loro comunicazione al pubblico, impone di considerare l'autorizzazione rilasciata dal titolare come limitata ai soli utenti di un determinato sito Internet, in modo analogo a quanto avviene nell'ipotesi in cui la restrizione riguardi l'accesso al sito. Di talché, il collegamento ipertestuale, sebbene rinvii a operare già diffuse su un sito *web* liberamente accessibile, costituisce un «atto di comunicazione al pubblico» ai sensi dell'art. 3, par. 1, della Direttiva 2001/29, quante volte esso comporti l'elusione delle misure di protezione contro il *framing* adottate o imposte dallo stesso titolare.

**5.** – Si è segnalato nelle pagine precedenti come la liceità della tecnica dell'*hyperlink* dipenda dalla capacità di quest'ultimo di mettere l'opera a disposizione di un pubblico diverso da quello per il quale l'autore ha acconsentito alla sua diffusione nel contesto della comunicazione primaria [33]. Si è altresì potuto osservare come l'individuazione di un pubblico «nuovo» sia fatto dipendere, a sua volta, dall'eventuale esistenza di misure tecnologiche (e dalla conseguente elusione garantita dal *link*) volte a limitare la diffusione dell'opera nel *web*: la loro mancata adozione è assunta quale fattore decisivo da cui inferire l'intenzione del titolare di mettere l'opera a disposizione di tutti gli internauti.

Questa tecnica argomentativa non è nuova al giurista più familiare con il diritto di proprietà intellettuale. Essa richiama infatti un particolare dispositivo concettuale – elaborato nel contesto del *copyright law* anglo-americano e circolato anche in taluni sistemi di *civil law* – che prende il nome di teoria del «consenso implicito» o della «licenza implicita» [34].

---

[33] Il criterio è utilizzato anche nell'ipotesi in cui la comunicazione primaria dell'opera sia avvenuta senza il consenso del titolare del diritto, sebbene esso sia poi ulteriormente mediato – al fine di assicurare un giusto equilibrio tra gli interessi concorrenti – attraverso l'introduzione del criterio della conoscenza del rinvio ad un'opera pubblicata in violazione del diritto d'autore. Cfr. Corte di giust. UE, sentenza *GS Media*, cit., punto 47. In tal caso, tuttavia, il ricorso al criterio del «pubblico nuovo» appare ridondante, in quanto un tale equilibrio potrebbe essere già raggiunto riferendo il criterio della conoscenza alla comunicazione primaria, onde stabilire se questa, essendo stata effettuata in modo deliberato, costituisca un atto di comunicazione al pubblico. In questo senso, cfr. Corte di giust. UE, Seconda Sezione, *Stichting Brein* c. *Filmspeler*, causa C-527/15, sentenza 26 aprile 2017 e *Stichting Brein c. Ziggo BV and XS4All Internet BV*, causa C-610/15, sentenza 14 giugno 2017. Su tali profili, in dottrina, si veda J.C. Ginsburg, L. Ali Budiardjo, *Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives*, in Columbia Journal of Law & the Arts, vo. 41, 2018, pp. 153-224, spec. p. 163 ss.

[34] Sull'applicazione dell'«*implied licence doctrine*» nel diritto inglese cfr. di W. Cornish, D. Llewelyn, T. Aplin, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, Sweet & Maxwell, Londra, 2010, pp. 536-537; sull'applicazione della dottrina nel diritto statunitense, oltre ai contributi già citati, si vedano in particolare O. Afori, *Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law, in Santa*

Prima di saggiare la tenuta dell'impianto concettuale eretto dalla Corte di giustizia, conviene spendere qualche parola su tale teoria. In via di prima approssimazione, si parla di «consenso implicito» o «licenza implicita» per riferirsi a un particolare processo interpretativo-ricostruttivo, in virtù del quale il giudice riconosce come lecito un determinato uso di un'opera protetta, sebbene non espressamente autorizzato dal titolare del diritto, sul presupposto che una qualche condotta di quest'ultimo abbia indotto altri soggetti a inferire che il titolare stesso abbia prestato il proprio consenso a quell'uso [35].

Da un punto di vista metodologico, la dottrina presenta taluni profili di affinità con la tecnica integrativa, nota come «*implication*», di cui i giuristi di *common law* (sia inglesi che statunitensi) si servono per ricostruire gli aspetti lacunosi o incompleti del regolamento contrattuale, attraverso l'inserimento di clausole ritenute in esso implicite (*implied terms*) [36]. Nel contesto del diritto di proprietà intellettuale, tuttavia, la tecnica in parola assume una connotazione più complessa sotto il profilo funzionale, rinviando a meccanismi tra loro eterogenei (e anzi, per certi tratti, inversi) la cui distanza riflette la natura giuridicamente multiforme della licenza d'uso, da sempre in bilico tra *contract law* e *property law* [37].

---

*Clara High Technology Law Journal*, vol. 25, 2009, pp. 275-325 e il più recente lavoro di J.C. Ginsburg, L. Ali Budiardjo, dal titolo *Embedding Content or Interring Copyright: Does the Internet Need the Server Rule*, cit., pp. 417-478. Nei sistemi di *civil law*, la dottrina ha trovato applicazione in particolare in Germania. Per una ricostruzione in ambito tedesco, si veda T. Höppner, F. Schaper, *Moving Towards a World of Selfies? – A Critical View of the European Legal Framework for the Online Use of Third Party Images*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil* (GRUR Int), 2016, pp. 633-639.

[35] La definizione è ripresa dalla casistica americana e, in particolare, dai casi *Effects Assocs., Inc. v. Cohen,* 908 F.2d 555, 558-59 (9th Cir. 1990); *Keane Dealer Servs., Inc. v. Harts*, 968 F. Supp. 944, 947 (S.D.N.Y. 1997); *Quinn v. City of Detroit*, 23 F. Supp. 2d 741, 749 (E.D. Mich. 1998); *Field v. Google Inc*., 2006 WL 242465 (D. Nev. Jan. 19, 2006),; *Interscope Records v. Time Warner, Inc*., No. CV 10-1662 SVN (PJWx), 2010 WL 11505708 (C.D. Cal. June 28, 2010), i quali muovono tutti dal più risalente caso *De Forest Radio Tel. & Tel. Co. v. United States*, 273 U.S. 236, 241 (1927). In dottrina, cfr. T. Pihlajarinne, *Setting the limits for implied license in copyright and linking discourse – the European perspective*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 43, 2012, pp. 700 ss.; A. Cruquenaire, *Electronic Agents as Search Engines: Copyright related aspects*, cit., pp. 334 ss.

[36] Il procedimento di *implication* può essere suddiviso in diverse categorie a seconda che l'integrazione del contenuto contrattuale tragga la propria fonte (diretta) dalla legge (*terms implied by statute*), dall'attività ricostruttiva dei giudici (*terms implied by court*) o dal diritto consuetudinario (*terms implied by custom*). Sulla distinzione tra i vari tipi di implied terms cfr. K. Lewison, *The Interpretation of Contracts*, Sweet & Maxwell, ed. III, 2004, p. 152 ss. Per un approfondimento sul tema, si veda altresì il più recente studio di V. Bongiovanni, su *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Giuffrè, Milano, 2018.

[37] Il dibattito dottrinale è efficacemente ricostruito, con particolare riferimento alla licenza d'uso del software, da A. Quarta, in *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Esi, Napoli, 2020, spec. p. 135 ss.

In taluni casi, la dottrina è stata utilizzata come strumento di completamento del contenuto di una licenza in precedenza rilasciata dal titolare del diritto d'autore, di regola mediante un contratto. L'intervento del giudice, fondato sulla ricostruzione del *subjective intent* delle parti alla luce delle circostanze che connotano il contesto fattuale in cui la transazione si inserisce, ha ricoperto una funzione di integrazione suppletiva, assimilabile a quella propria della *implication* di origine contrattuale (nella specie dell'«*implication in fact*»): ciò nella misura in cui la ragione giustificatrice dell'integrazione risiede nella necessità di assicurare al licenziatario il pieno esercizio del diritto trasmessogli e, quindi, al contratto di raggiungere lo scopo per il quale è stato stipulato. In questa prospettiva, si è ad esempio affermato che il contenuto di una licenza di registrare un'opera musicale implica anche la facoltà per il licenziatario di distribuire e vendere tali registrazioni, così come la licenza per eseguire delle copie di un'opera implica che dette copie cadano in proprietà del licenziatario [38].

Nel più specifico ambito legato all'uso (non espressamente autorizzato) di materiale protetto dal diritto d'autore all'interno della rete Internet, la dottrina ha assunto una traiettoria differente, operando al di fuori di un perimetro (o di una logica) contrattuale e in risposta a interessi non riconducibili a soggetti destinatari di un atto autorizzatorio da parte del titolare del diritto. Il dato può essere ben compreso guardando all'utilizzo che della dottrina in esame è stato fatto al fine di legittimare la prassi, invalsa all'inizio del nuovo millennio, consistente nell'uso da parte di motori di ricerca – e segnatamente di *Google* – di materiali protetti nel contesto dell'attività di memorizzazione e messa a disposizione ora di copie delle pagine web dei siti raccolti (*cache*), ora di copie in miniatura (*thumbnails*) di immagini protette pubblicate all'interno di tali siti. Di primo acchito, la lettura delle sentenze su tali questioni emesse – al di là come al di qua dell'Atlantico – restituisce all'interprete una linea argomentativa fondata su una prospettiva che, nel legare la decisione alla volontà (desunta) del titolare del diritto e alla (assenza di) lesione degli interessi economici di quest'ultimo, mima la parallela costruzione di matrice contrattuale poc'anzi richiamata. Una più attenta analisi, tuttavia, consente di rilevare come, in tale casistica, la dottrina dell'*implied licence* muova all'interno di una cornice *lato sensu* proprietaria e sia diretta a incidere sul concreto modo di atteggiarsi del rapporto esclusione-accesso, come mediato dal diritto di proprietà intellettuale, nell'ambito del ciberspazio. Lo si ricava, anzitutto, dal fatto che, in questa costellazione di ipotesi, il ricono-

[38] Gli esempi sono tratti, rispettivamente, dai casi *Royal c. Radio Corp. of* Am., 107 U.S.P.Q. 173, 173 (S.D.N.Y. 1955) e *United States c. Wells*, 176 F. Supp. 630, 634 (S.D. Tex. 1959).

scimento della facoltà d'uso implicita ha quale punto di incidenza soggettiva una platea indeterminata di soggetti terzi rispetto al titolare del diritto, che abbiano fatto – o intendano fare – un determinato uso dell'opera protetta. Lo si desume, ancora, dal fatto che il procedimento di "*implication*" dell'autorizzazione inespressa, spesso guidato da criteri oggettivi quali la *fairness* e la *reasonableness*, risponde in tali casi alla primaria necessità di conformare il diritto riconosciuto in capo all'autore, già esercitato tramite un qualche atto autorizzatorio, sì da renderlo aderente a canoni e/o interessi di carattere generale [39], legati al corretto operare dell'infrastruttura Internet, nella sua essenziale funzione abilitante rispetto alla diffusione delle opere e, più in generale, all'accesso alle informazioni [40].

Il richiamo ad alcune delle sentenze emesse in ordine a tali questioni aiuta a dare la misura delle osservazioni fin qui svolte. Nel caso *Field v. Google* [41], ad esempio, la *District Court* del Nevada era stata chiamata a decidere in merito alla liceità della prassi in base alla quale *Google*, nel memorizzare, in modo automatico, una copia «*cache*» delle pagine *web* raccolte nel proprio motore di ricerca [42], consente ai suoi utenti di accedere

[39] Secondo alcuni studiosi, la distinzione delineata nel corpo del testo potrebbe essere assimilata alla classificazione, interna alla categoria dei c.d. *terms implied by the court* o *judicial implied terms*, quelli che trovano la loro fonte diretta nell'attività interpretativa e ricostruttiva dell'autorità giudiziaria, tra *terms implied in fact* e *terms implied in law*. Nel primo caso, l'inserimento di clausole implicite si fonda sulla ricostruzione dei fatti che connotano l'operazione economica cui il processo di *implication* si riferisce e si giustifica in ragione della necessità di assicurare la "*business efficacy"* del contratto, ossia che il contratto raggiungo il suo scopo. Nel secondo caso, l'inserimento delle clausole implicite trova la propria fonte (indiretta) in norme di legge: le clausole "estratte" in via interpretativo-ricostruttiva dal giudice sono considerate "*necessary incidents of a defined relationship*" e, come tali, si applicano a tutti i contratti dello stesso tipo. Sulla distinzione tra *implication in fact* e *in law* si veda J. Beatson, A. Burrows, J. Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 2016, pp. 161 ss. Sull'accostamento tra la classificazione dei *terms implied by court* e dell'*implied licence doctrine* si veda P. Mysoor, *Exhaustion, Non-Exhaustion and Implied Licence*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2018, pp. 656 ss., spec. p. 666 e, più estesamente, Id., *Implied Licences in Copyright Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

[40] In argomento, si vedano le riflessioni di U Mattei, nel lavoro su *Prime note critiche sull'informazione come bene comune*, in Rivista Critica del diritto privato, 2020, pp. 75-94.

[41] *Field v. Google Inc*., cit., su cui cfr. M.I. Jasiewicz, *Copyright Protection in an Opt-Out World: Implied License Doctrine and News Aggregators,* in *The Yale Law Journal*, vol. 122, 2012, pp. 837-850 e O. Afori, *Implied License: An Emerging New Standard in Copyright* Law, cit., pp. 313 ss. Sul punto si vedano anche le sentenze relative ai casi *Perfect 10, Inc. v. Google Inc*., 508 F.3d 1146 (9th Cir., 2007) e ancora prima, *Kelly v. Arriba Soft Corp*., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

[42] Com'è noto, il motore di ricerca di *Google* si avvale di un c.d. *web crawler* (nel caso di specie anche chiamato *Googlebot*), ossia un programma informatico o *script* che consente di scandagliare la rete tramite un'interrogazione automatizzata dei server che ospitano le pagine dei siti *web* (per tale aspetto simulando la ricerca sul *browser* di un utente umano) e di raccogliere grandi quantità di informazioni in pochissimo tempo.

alle opere protette dal diritto d'autore in esse incorporate, senza aver previamente ottenuto il consenso dei titolari dei relativi diritti. La Corte ha accolto la difesa proposta da *Google*, fondata sull'esistenza di una «licenza implicita» da parte del titolare del diritto d'autore, nel caso di specie il sig. *Field*, di copiare e distribuire le opere protette, memorizzandole nella *cache*. A mettere in moto il procedimento interpretativo-ricostruttivo è – almeno *prima facie* – la stessa condotta del titolare del diritto: questi, infatti, sebbene a conoscenza del *modus operandi* di *Google*, non aveva adottato le diverse misure tecnologiche disponibili per impedire la memorizzazione della copia *cache*[43], così di fatto incoraggiando l'utilizzo del proprio materiale da parte della società di *Mountain View*. Eppure, tra le righe della decisione, emerge chiara l'esigenza di carattere generale che, dietro la "finzione giuridica" del consenso del titolare, sorregge l'operazione ricostruttiva dei giudici. L'archiviazione di copie *cache* delle pagine *web* raccolte dal motore di ricerca risponde infatti a una molteplicità di funzioni socialmente rilevanti per gli utenti di Internet, consentendo una serie di verifiche che possono acquisire un certo rilievo anche sul piano politico, legale o di ricerca scientifica[44]. Tuttavia, il servizio non potrebbe essere garantito qualora *Google* fosse tenuta a ottenere, mediante licenza, la previa autorizzazione alla pubblicazione delle opere protette eventualmente incorporate nelle pagine dalla stessa raccolte. In questa prospettiva, il riconoscimento di un sistema di licenze implicite da parte dei titolari dei siti *web*, abilitando uno schema di *opt-out*, tale per cui *Google* può archiviare le copie *cache* delle pagine *web* salvo il rifiuto "espresso" da parte dei titolari, consente di regolare il funzionamento del *web* in modo rispondente alle esigenze degli utenti[45] e di garantire un più ampio accesso all'informazione.

---

Durante tale operazione, il bot crea di regola una copia testuale di tutti i documenti presenti nelle pagine *web* scandagliate una o più pagine *web* e un indice che ne permetta, successivamente, la ricerca e la visualizzazione.

[43] Si tratta in particolare della possibilità di inserire un "*meta-tag*" nel codice HTML della pagina *web*, attraverso cui il gestore del sito istruisce il bot di non creare copie *cache* delle pagine *web* ovvero della possibilità di prevedere un protocollo di esclusione robot (*robot.txt*), posto nel "*root"* del proprio sito *web* e che, nell'indicare le regole cui i "*crawler*" che lo visitano devono attenersi, imponga l'applicazione di restrizioni di analisi sulle pagine del sito medesimo. Si tratta tuttavia di un invito a rispettare tali regole che di regola può essere aggirato in sede di programmazione del *crawler*.

[44] La Corte sottolinea come le copie *cache* di *Google* consentano, in particolare, l'accesso al contenuto della pagina *web* quando la pagina originale non è più disponibile, nonché di verificare eventuali modifiche nel tempo all'interno di una pagina *web*; funzioni, entrambe, che possono risultare molto utili per finalità di ricerca, di giornalismo o anche giuridiche. In questo senso, cfr. altresì il caso *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2002), nel quale si sottolinea l'importanza dei motori di ricerca per facilitare e migliorare l'esperienza di ricerca di informazione su Internet.

[45] Il punto è ben evidenziato da O. Afori, *Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law*, cit., p. 314.

Del pari, nel caso *Vorschaubilder* I [46], deciso dalla Suprema Corte federale tedesca, la teoria del «consenso implicito» è stata utilizzata per legittimare l'uso da parte di *Google* di materiale protetto dal diritto d'autore nel contesto del servizio di ricerca *Google's Image*. A differenza che per le ricerche consuete, rispetto alle quali l'utente può essere edotto circa la rilevanza del risultato della ricerca attraverso la visualizzazione, sotto il *link* al sito, di un breve estratto del testo del sito medesimo (c.d. *snippet*), la ricerca per immagini richiede che l'utente possa visualizzare per intero – sebbene non necessariamente con la stessa qualità o dimensione – l'immagine ricercata. A tal fine, *Google* memorizza in modo automatico copie in miniatura (*thumbnails*) delle immagini presenti nelle pagine dei siti *web* da essa raccolti, consentendone la visualizzazione all'utente, in risposta alla ricerca da questi effettuata. Con argomentazioni assimilabili a quelle del caso *Field*, la Corte tedesca si è espressa in favore di *Google*, assumendo che la messa a disposizione su Internet di immagini prive di misure tecnologiche in grado di impedirne la raccolta automatica da parte dei motori di ricerca equivale a garantire un «consenso implicito» allo svolgimento di tali operazioni. Anche in questo caso, tuttavia, la decisione muove da un interesse più generale, legato alla necessità di preservare un servizio ritenuto fondamentale per gli utenti e, per tale via, di garantire un'infrastruttura Internet libera ed efficiente [47], nell'interesse dei terzi utenti della rete.

**6.** – Con a mente queste premesse, è ora possibile soffermare l'attenzione sul modo in cui la giurisprudenza di Lussemburgo ha applicato la teoria del «consenso implicito» nel contesto delle decisioni relative all'uso di collegamenti ipertestuali. Come anticipato, nei casi esaminati la Corte è ricorsa a tale dispositivo concettuale per assumere che il titolare, nell'autorizzare la comunicazione dell'opera su un sito liberamente accessibile, abbia acconsentito a mettere l'opera a disposizione di tutti gli internauti. In questo senso, il

[46] BGH, 29 Aprile 2010, I ZR 69/08, *Vorschaubilder I*, in GRUR 2010, 628 para. 33 ss., su cui estesamente M. Leistner, *The German Federal Supreme Court's Judgment on Google's Image Search – A Topical Example of the "Limitations" of the European Approach to Exceptions and Limitations*, in *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, 2011, p. 417 ss., spec. p. 430. La decisione è stata poi confermata, con riferimento alle statuizioni qui prese in esame, dal BGH nella sentenza *Vorschaubilder II*, I ZR 140/10, del 19 ottobre 2011.

[47] Simili conclusioni sono state raggiunte dalle corte di altri Stati membri: si vedano in particolare la sentenza del Tribunal de Grande Instance de Paris, nel caso *Société des Auteurs des arts visuels et de l'image fixe (SAIF) c. Google France and Google Inc*., 20 maggio 2008, confermata dalla Cour d'Appel de Paris, con sentenza del 26 gennaio 2011, nonché la sentenza del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, nel caso *Megakini.com vs. Google*, del 3 aprile 2012.

consenso implicito trova il suo punto di incidenza nel contesto della comunicazione iniziale dell'opera, sì da integrare il contenuto dell'autorizzazione in quella sede rilasciata e, di regola, inglobata all'interno di un negozio da questi stipulato con il gestore del sito *web* su cui le opere sono pubblicate.

Questa conclusione, seppur agevolata dall'uso di un criterio già disponibile all'interno della giurisprudenza, appare insoddisfacente sotto diversi profili.

Un primo nodo critico concerne l'estensione del pubblico originario a tutta la platea degli internauti. L'assunto conduce al paradossale esito di addebitare alla volontà del titolare – desunta dal solo fatto di aver pubblicato un'opera su un sito liberamente accessibile – la scelta di privarsi del potere di sfruttare economicamente l'opera in futuro. Occorre infatti osservare che, portando alle estreme conseguenze il ragionamento della Corte, la garanzia di accesso all'opera nei confronti di tutti i potenziali utenti di Internet vale quanto a impedire al titolare del diritto di contrattare la concessione di una licenza d'uso con altri gestori di siti web, posto che, in mancanza di misure restrittive all'accesso del sito, tutti potrebbero mettere le opere a disposizione degli utenti dei rispettivi siti.

Oltre a essere contraria alla logica che sorregge l'attribuzione del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, questa soluzione interpretativa si pone in contrasto con il principio di non-esaurimento del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico [48]. Ciascun utente potrebbe invero scaricare l'opera protetta dal sito sul quale è stata pubblicata e poi riprodurla su un diverso sito, archiviandone una copia direttamente sul *server* che ne ospita le pagine *web*: il pubblico della messa a disposizione inziale sarebbe infatti lo stesso del sito sul quale l'opera è stata successivamente riprodotta: ossia, tutti gli internauti. Tuttavia, come statuito dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza *Renckhoff*, la messa a disposizione dell'opera attraverso il *download* dal sito – liberamente accessibile – in cui è stata originariamente pubblicata e la successiva archiviazione della stessa in un server diverso è in ogni caso subordinata alla previa autorizzazione del titolare [49].

L'opzione tesa ad espandere la platea degli utenti presi in considerazione dal titolare del diritto nemmeno pare giustificabile in ragione dell'esigenza di favorire la libera cir-

---

[48] In questo senso, in dottrina si veda P.B. Hugenholtz, S.C. Van Velze, *Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'*, cit., pp. 810-811. La critica è condivisa anche dall'Avvocato Generale Szpunar, nelle conclusioni sul caso *VG Bild-Kunst*, punto 57.

[49] Fatte salve le eccezioni previste dall'art. 5 della Direttiva 2001/29. Nel caso di specie, la questione sottoposta all'esame dei giudici di Lussemburgo riguardava la liceità della condotta dell'utente che, senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, aveva messo a disposizione del pubblico un'opera protetta, scaricandola dal sito – liberamente accessibile – in cui era stata originariamente pubblicata, per poi archiviarla nel *server* che ospita le pagine del sito terzo su cui era stata riprodotta.

colazione delle idee e delle opere, nell'ottica di assicurare quel giusto equilibro tra l'interesse del titolare del diritto e quello degli utenti alla fruizione delle opere, che pure la Direttiva persegue. Una tale interpretazione può anzi risolversi, per i motivi sopra indicati, in un disincentivo per i titolari di diritto a pubblicare opere su siti *web* liberamente accessibili dagli utenti: il potenziale di remunerazione in favore del titolare del diritto potrà essere salvaguardato solo pubblicando l'opera su siti che consentano un accesso di pubblico limitato o anche – stante l'equiparazione tra misure tecnologiche promossa dalla Grande Sezione – avvalendosi di altre misure idonee a impedire direttamente l'uso di collegamenti ipertestuali, quali il *framing* e, quindi, la circolazione dell'opera nel ciberspazio [50].

Sembra allora condivisibile, sotto questo primo profilo, l'opinione di quegli studiosi che, rompendo l'astrazione su cui tale lettura poggia, vale a dire, che tutti gli internauti sono potenziali visitatori di ogni sito *web* esistente sulla rete [51], affermano che il titolare del diritto d'autore, nell'autorizzare la prima comunicazione su un sito *web*, abbia preso in considerazione, quale pubblico della sua opera, la sola cerchia di utenti (potenziali) di quel dato sito (sia esso liberamente accessibile ovvero ad accesso condizionato): la quale potrà essere più o meno ampia, ma comunque inferiore all'intera platea degli internauti.

Non altrettanto condivisibile, tuttavia, è la conclusione che viene tratta da questa premessa. Si ritiene che tale rilievo sia per sé sufficiente a escludere – sempre sulla base del criterio «pubblico nuovo» – la necessità di ottenere un'autorizzazione per comunicare l'opera tramite l'*hyperlink*, sul presupposto che il pubblico del sito che contiene il *link* diviene il pubblico del sito di destinazione del *link* e, quindi, il pubblico che era stato preso in considerazione dal titolare del diritto. Una tale lettura – caldeggiata dall'Avvocato Generale nelle conclusioni al caso *VG Bild-Kunst*, ma di fatto scartata dalla Grande Sezione della Corte [52] – potrebbe risultare non meno ambigua e artificiosa di quella che con essa si tenta di superare. Invero, la moltiplicazione dei *link* situati su siti terzi determinerebbe una notevole espansione della platea dei potenziali fruitori dell'opera (in quanto comprensiva degli utenti potenziali di tutti i siti su cui sono collocati i relativi

[50] Si veda in tale prospettiva M. Burri, *Permission to Link. Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2012, pp. 245-255, p. 252.

[51] Cfr. S. Karapapa, *The requirement for a 'new public' in EU copyright law*, in *European Law Review*, 42(1), 2017, pp. 63-81, spec. p. 63. L'immensa vastità che caratterizza lo spazio virtuale di Internet impedisce di ritenere effettivamente che ciascun utente possa conoscere tutti i siti e le pagine disponibile sul *World Wide Web*.

[52] Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar, caso *VG Bild-Kunst*, cit., punto 71-72.

collegamenti ipertestuali), vanificando di fatto il tentativo di limitare il novero degli utenti presi in considerazione dal titolare del diritto. Va del pari segnalato che, seguendo alla lettera il ragionamento, ciascun sito che provveda a installare al suo interno un *link* di rinvio al sito su cui originariamente l'opera è stata pubblicata potrebbe – per ciò solo – archiviare altresì sui propri *server* una copia dell'opera: anche in queste ipotesi, infatti, il pubblico del sito sarebbe già ricompreso tra il pubblico considerato dal titolare del diritto.

A ben vedere, il cortocircuito interpretativo potrebbe essere risolto, per così dire, "a monte", vale a dire, escludendo *ab origine* il ricorso al criterio del «pubblico nuovo». Ed è qui che si innesta il secondo rilievo critico. Al di là, e ancor prima, di valutare quanto ampia sia la platea di utenti a cui il titolare del diritto ha inteso diffondere l'opera, converrebbe chiedersi se sia corretto utilizzare la tecnica del «consenso implicito» per individuare il pubblico per il quale è stata data autorizzazione con la comunicazione iniziale. Una tale operazione, infatti, lega l'ambito di operatività di tale dottrina a un atto di comunicazione (e dunque a un rapporto) diverso da quello in relazione al quale essa è chiamata a realizzare il suo scopo [53]: che non è quello di ricavare, in via interpretativa, un consenso negoziale, al fine di integrare il contenuto di una licenza già concessa da parte del titolare; bensì quello di dedurre un permesso da parte del titolare, riconducibile a un paradigma *lato sensu* proprietario e funzionale a salvaguardare l'utilizzo dei *link*, quale elemento fondamentale dell'architettura del *Web*, in quanto strumentale a favorire l'accesso alla cultura e alle informazioni.

L'argomento trova un preciso supporto nel ragionamento condotto dalla Corte di giustizia nella richiamata sentenza *Renckhoff*. Per non rompere l'orientamento giurisprudenziale inaugurato nel precedente *Svensson*, occorreva affermare che, nel pubblicare l'opera su un sito liberamente accessibile, l'autore aveva autorizzato la sua messa a disposizione in favore dei soli utenti del sito medesimo. Diversamente, e quindi considerando l'opera come già messa a disposizione di tutti gli utenti, la Corte non avrebbe potuto giustificare la necessità di ottenere una nuova autorizzazione dal titolare, nel caso di archiviazione di un'opera già diffusa su un *server web* diverso da quello originario. A tal fine, i giudici si sono adoperati in una puntuale opera di *distinguishing*, che contribuisce a disvelare l'esigenza che sorregge il principio, formulato nel caso *Svensson*, della liceità

[53] Sebbene su basi diverse, la confusione, sotto questo profilo, è rilevata anche da P.B. Hugenholtz, S.C. Van Velze, *Communication to a new public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'*, cit., p. 809.

dei collegamenti che rinviino a opere pubblicate su siti privi di restrizioni all'ingresso: in siffatte ipotesi, l'esclusione degli *hyperlink* dagli atti soggetti al diritto d'autore si giustifica precisamente in quanto essi «contribuiscono […] al buon funzionamento di Internet permettendo lo scambio di informazioni in tale rete caratterizzata dalla disponibilità di enormi quantità di informazioni»[54]. È giocoforza affermare che, non potendosi individuare un'analoga funzione con riferimento all'atto di comunicazione all'origine del giudizio *Renckhoff*, la sua esclusione dal novero degli atti per i quali è richiesta l'autorizzazione risulterebbe del tutto priva di fondamento.

Ebbene, se si accetta tale premessa, e si assume dunque il processo di "*implication*" dell'autorizzazione inespressa come giustificato dall'esigenza di assicurare il buon funzionamento di Internet, nei termini sopra richiamati, la teoria del «consenso implicito» è destinata a subire una torsione di senso. Invero, la tutela delle funzionalità essenziali di Internet, strumentale all'accesso alle informazioni, non esige la garanzia di una generale libertà degli utenti di comunicare opere protette dal diritto d'autore, laddove già messe a disposizione su siti liberamente accessibili; che, anzi, come segnalato, può compromettere la libertà ed efficienza della rete, nella misura in cui incentivi l'uso da parte del titolare del diritto di misure atte a limitare l'accesso e la diffusione delle opere. Essa transita invece per la garanzia di una generale libertà di navigare in rete, vale a dire, di viaggiare nel ciberspazio sfruttando la rete di *link* che compongono il *World Wide Web* e che abilitano, non da ultimo, il funzionamento degli stessi motori di ricerca. D'altra parte, volendo continuare a insistere sulla finzione del consenso implicito, risulta ben più fondato ritenere che, con la prima comunicazione al pubblico, il titolare del diritto abbia preso in considerazione non già che l'opera sarebbe stata messa a disposizione di tutti gli utenti della rete Internet, ma che il sito sarebbe stato raggiungibile sia utilizzando direttamente il relativo indirizzo URL, sia i *link*, collocati su siti diversi, che a tale sito rinviano.

Alla luce di tali premesse, si ritiene che la mancata adozione di misure tecnologiche possa al più fondare un'autorizzazione inespressa a che gli utenti possano accedere al sito in cui l'opera è stata messa a disposizione anche da tutte quelle porte "laterali", che siano installate e diffuse all'interno della rete. Questa diversa conclusione, oltre a non porre alcun problema di coordinamento con la sentenza *Renckhoff*[55], risulterebbe altresì

---

[54] Così, testualmente, Corte di giust. UE, *GS Media*, cit., punto 45.

[55] Questo profilo è ben analizzato nella sentenza *Renckhoff*, punti 30 ss. È chiaro infatti che, seguendo questa impostazione, l'operatività della teoria del «consenso implicito» incontrerebbe un limite intrinseco ogniqualvolta la messa a disposizione dell'opera protetta sia stata eseguita attraverso il *download* del file e la sua successiva archiviazione nel *server* del sito su cui l'opera è riprodotta.

coerente con la natura «precauzionale» del diritto d'autore. Il titolare del diritto potrebbe infatti mantenere un potere di controllo effettivo sulle comunicazioni della propria opera da parte di terzi, posto che l'eventuale decisione di revocare il consenso alla comunicazione sul sito originario, rendendo non più operativi i collegamenti ipertestuali che a esso rinviano (c.d. *broken link*), determinerebbe la rimozione dell'opera medesima dall'intera rete *web* [56].

**7.** – In una prospettiva di logica giuridica, l'utilizzo di una finzione dovrebbe giustificarsi solo laddove negare la realtà assicuri, nell'economia della teoria in cui essa opera, benefici maggiori dei costi che produce. Non sembra essere questo il caso della finzione del «consenso implicito». Oltre ai potenziali costi legati alle ambiguità che, come visto, connotano l'applicazione di tale teoria, il maggior prezzo da pagare si sconta sul piano metodologico. A stretto rigore, la dottrina dovrebbe operare fintantoché manchi una espressa manifestazione di volontà del titolare del diritto, lasciando all'interprete lo spazio necessario per legittimare il suo intervento nella prospettiva di individuare il giusto punto di equilibrio tra gli interessi concorrenti. Di diverso avviso sembra essere la Corte di giustizia, che non resiste alla tentazione di sfruttare (per quanto solo implicitamente) la teoria in esame per disciplinare le situazioni diametralmente opposte, in modo perfet-

[56] È bene precisare che se la soluzione interpretativa in ordine alla liceità dell'uso del collegamento ipertestuale non deve in ogni caso porsi in contrasto con la natura precauzionale del diritto d'autore, ciò non vuol dire che il mantenimento del potere di controllo sull'opera e, dunque, di rimuoverla dalla rete revocando il consenso in precedenza prestato, sia per sé sufficiente a escludere la violazione del diritto d'autore. Come si dirà più avanti, nel procedimento di individualizzazione della valutazione, occorre tenere conto di una serie di altri fattori onde verificare se l'uso del *link*, benché non implichi alcuna archiviazione dell'opera su *server* diversi da quello del sito per il quale è stata concessa l'autorizzazione, possa pregiudicare il legittimo interesse dell'autore a sfruttare commercialmente la propria opera. A tal proposito, è utile osservare come, fino a pochi anni fa, la giurisprudenza statunitense ritenesse che una soluzione interpretativa incentrata sul profilo tecnico dell'archiviazione dell'opera su un server diverso da quello ospitante il sito sul quale essa è stata pubblicata con il consenso del titolare, fosse idonea a dirimere le controversie relative all'uso dell'*hyperlink*. A partire dal caso *Perfect 10 v. Amazon*, deciso nel 2007 dalla *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* (508 F.3d 1146, 1159), la giurisprudenza è stata dominata dalla c.d. "*server rule*", secondo cui il soggetto che utilizza la tecnica del *framing* o dell'*in-line linking* non incorre in responsabilità a meno che non archivi sul proprio *server* il materiale cui il *link* rinvia. La fornitura di collegamenti ipertestuali poteva dare luogo esclusivamente a una responsabilità secondaria, laddove idonea a facilitare l'accesso dell'utente a materiali messi a disposizione del pubblico in violazione del *copyright*. Negli ultimi anni, diverse corti hanno superato tale orientamento. Cfr. in questo senso i casi *Leader's Inst., LLC v. Jackson*, No. 3:14-CV-3572-B, 2017 WL 5629514 (N.D. Tex. Nov. 22, 2017) e *Goldman v. Breitbart News Network, LLC*, 302 F. Supp. 3d 585 (S.D.N.Y. 2018).

tamente speculare. Si afferma, in altre parole, che laddove il titolare del diritto adotti misure tecnologiche e la comunicazione secondaria, operata tramite collegamento ipertestuale, ne comporti l'elusione, la violazione del diritto d'autore è sostanzialmente inesorabile. E ciò – come già osservato – a prescindere dal fatto che le misure operino nel senso di limitare il pubblico che ha accesso al sito ovvero nel senso di limitare le modalità di accesso al sito, privo di restrizioni all'ingresso, sul quale l'opera è stata inizialmente messa a disposizione del pubblico.

Per il vero, la distorsione della teoria così messa in scena dalla Corte non è il frutto di un ragionamento tutto interno alla giurisprudenza. Essa ha radici più profonde. L'equivoco si annida nella formulazione poco felice (o felicemente ambigua, a seconda dei punti di vista) dell'art. 6 della Direttiva 2001/29. A differenza dell'analoga disposizione contenuta nel WTC [57], la norma introdotta dal legislatore europeo non circoscrive espressamente la protezione garantita alle misure tecnologiche agli atti rientranti nell'esercizio del diritto d'autore (o dei diritti connessi). La misura tecnologica è, invero, protetta ove destinata a «impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare». La circolarità della disposizione, insita nel fatto che l'adozione da parte del titolare del diritto di una misura tecnologica volta a impedire un atto relativo alla sua opera implica di per sé l'intenzione del titolare di non autorizzare quell'atto, offre il destro per ribaltare la logica della norma: a determinare l'ampiezza del potere di esclusione non è l'estensione del diritto d'autore, quanto invece la capacità tecnologica disponibile in un dato momento storico [58]. La norma sembra, in altre parole, preludere alla costruzione di una prerogativa in favore del titolare del diritto, altra e distaccata rispetto al fascio di esclusive legate alla creazione di un'opera dell'ingegno; una prerogativa dai tratti squisitamente proprietari, avente quale oggetto il potere di determinare «le modalità di accesso *alle opere* e *ai siti che le accolgono*» [59], cui sono chiamati a uniformarsi gli utenti che di tali opere volessero fare uso.

---

[57] L'articolo 11 del WTC impone alle Parti contraenti di fornire una protezione adeguata e rimedi effettivi «*against the circumvention of effective technological measures* that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and *that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law*». La parte non in corsivo – qui appositamente segnalata – non compare nel corrispondente art. 6, par. 3, della Direttiva 2001/29.

[58] Cfr. S. Dusollier, *Technology as an imperative for regulating copyright: from the public exploitation to the private use of the work*, cit., p. 202.

[59] Così M. Ricolfi, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, 2002, pp. 48 ss., p. 64, nel richiamare il pensiero di T. Heide, nel saggio *Copyright in the EU and U.S.: What 'Access-Right'?*, in *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 48, 2001, p. 363 ss.

Questa interpretazione costituisce al contempo *causa* ed *effetto* di un modo di intendere la proprietà intellettuale come mero surrogato dalla proprietà privata. La sovrapposizione tra l'una e l'altra, promossa sul piano retorico dal legislatore europeo (anche) nella Direttiva 2001/29 [60], è perfezionata, sul piano più strettamente applicativo, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Invero, il procedimento interpretativo che induce a riconoscere l'esigenza di tutela in favore del titolare sulla base del mero segnale inviato per il tramite della adozione di misure tecnologiche sottintende una coincidenza (quasi) perfetta tra la volontà escludente del titolare e l'estensione del diritto in capo a esso riconosciuto: una coincidenza che, in altre parole, esclude un'indagine sulla meritevolezza dell'interesse fatto valere dal titolare del diritto d'autore, in quanto già presupposta *nella* e assorbita *dalla* adozione delle misure restrittive.

A ben guardare, l'osservazione trova un'ulteriore conferma indiretta nel fatto che le controversie in esame siano di regola affrontate dalla giurisprudenza nella prospettiva del *free riding* dell'utente-trasgressore, vale a dire, incentrando il giudizio di liceità – qui relativo alla comunicazione secondaria dell'opera tramite *hyperlink* – sull'arricchimento e il vantaggio (oggetto per sé di un giudizio di disvalore) che l'utente può realizzare avvalendosi dell'opera, pur in assenza di autorizzazione da parte del titolare [61]. Un tale visione, se ribaltata, non può che veicolare l'idea per cui il titolare del diritto di proprietà intellettuale goda di una tutela pressoché assoluta (salvi i limiti legali esterni), che – ove fatta valere – gli assicura la capacità di internalizzare tutte le esternalità positive che derivano dalla creazione dell'opera [62], ossia, nel caso di specie, dalla sua messa a disposizione all'interno della rete Internet. E non sorprende che, nel solco di una siffatta impostazione teorica, l'autorizzazione implicita possa essere intesa come un (maldestro) tentativo di rompere la tassatività delle "*exceptions and limitations*" riconosciute all'utente legittimo, sull'esempio della dottrina del *fair use* anglo-america-

[60] In questo senso, il considerando n. 3 della Direttiva 2001/29 stabilisce che l'armonizzazione perseguita tramite la normativa «[…] riguarda il rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale». Ciò risulta peraltro in linea con l'indicazione a livello sistematico che deriva dall'inserimento del principio di tutela della proprietà intellettuale all'interno dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rubricato, per l'appunto, "diritto di proprietà". Il dato non esime tuttavia l'interprete dall'evidenziare le differenze, sotto il profilo storico, economico e operazionale tra la proprietà privata e la proprietà intellettuale.

[61] Lo si comprende guardando alla casistica: esemplare in tal senso la sentenza n. 172/2012, del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, nel già richiamato caso *Megakini.com vs. Google*.

[62] Il punto è messo bene in luce da M.A. Lemley, in *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, in *Texas Law Review*, l. 83, 2005, pp. 1031-1075, spec. p. 1045.

no con la quale – non a caso – la teoria del consenso implicito finisce non di rado per confondersi [63]: un tentativo destinato a infrangersi contro la chiarezza testuale che connota il preambolo della Direttiva e che rende una tale interpretazione *contra litteram legis*.

Questo modo di procedere, oltre a essere fondato su un modello puramente ideale di proprietà privata [64], determina un progressivo, seppur spesso impercettibile, scollamento tra la giustificazione storico-economica che sorregge il riconoscimento del diritto d'autore e la sua concreta tutela in giudizio, una volta che il titolare ne abbia fatto – o intenda farne – esercizio. Se, infatti, il sistema di proprietà intellettuale, che presiede alla produzione di una scarsità puramente "virtuale" all'interno dei beni immateriali, si giustifica in ragione della necessità di garantire all'autore-inventore un incentivo economico alla creazione delle opere, l'assegnazione e la tutela delle relative prerogative dovrà necessariamente conformarsi, sul piano operativo, al perseguimento di detto scopo. Ne consegue, anzitutto, una inversione del rapporto tra esclusione e accesso che tradizionalmente connota il diritto dominicale: il riconoscimento della prerogativa esclusiva in capo all'autore si impone come deroga, all'interno di un regime fondato sulla libertà di fruizione e condivisione delle idee in quanto parte di un patrimonio pubblico posto a beneficio della collettività. Ne consegue, ancora, che il potere di esclusione attribuito al titolare del diritto d'autore, lungi dal godere di una protezione assoluta (anche solo puramente astratta), nasce *ab origine* pervaso da un limite intrinseco, rappresentato dalla possibilità di ottenere un compenso «adeguato» che assicuri all'autore, per l'appunto, una remunerazione sufficiente a incentivare la produzione creativa. La stessa giurisprudenza di Lussemburgo non esita a rimarcare tale funzione nel contesto dell'applicazione del diritto d'autore in ambito digitale. Essa rileva come la proprietà intellettuale miri precisamente a tutelare «la facoltà [dei titolari del diritto] di sfruttare commercialmente la messa in circolazione o la messa a disposizione degli oggetti protetti, concedendo licenze dietro il pagamento di un compenso adeguato per ogni utilizzazione degli oggetti protetti» [65].

---

[63] Cfr. J.J. Castelló-Pastor, *Spain Approaches Anglo-American Fair Use Doctrine: Do We Need to Reform the European System of Copyright Limitations and Exceptions*?, in *WIPO/WTO. Compiled by the World Trade Organization –Intellectual Property Division*, 2014, pp. 79-88.

[64] Posto che, nemmeno la proprietà privata prevede un sistema di internalizzazione piena delle esternalità positive prodotte. In argomento, nella dottrina italiana si veda in particolare U. Mattei, *La proprietà*, Utet, Torino, 2015. Nella lettura statunitense, il tema è ben approfondito da C. Rose, in *Canons of Property Talk, or, Blackstone's Anxiety*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, 1998, pp. 601 ss., spec. p. 631.

[65] Cfr. sentenza *Renckhoff*, cit., punto 34, e la sentenza del 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League e a.*, cit., punti 107 e 108. Nel contesto della Direttiva, la prospettiva è ben esplicitata al considerando 10. L'argomento è tuttavia di regola utilizzato al solo fine di giustificare l'illiceità di condotte che

D'altro canto, la stessa «*three-step test rule*», nel restringere l'ambito di operatività delle eccezioni o limitazioni al diritto d'autore, suggerisce come la tutela del suo titolare non si estenda al punto da sanzionare tutti gli atti di uso dell'opera che assicurino un vantaggio ai terzi; essa, per contro, si rivolge solo a quegli atti che possono «arrecare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti» o che siano «in contrasto con la normale utilizzazione economica delle […] opere o materiali protetti» [66].

Ecco che, tornando alla questione in esame, un'interpretazione sistematica e teleologicamente orientata induce a illuminare il rapporto di strumentalità diretta esistente tra l'interesse ad escludere i terzi, anche quando fatto valere attraverso l'uso delle misure tecnologiche, e l'interesse a realizzare un «adeguato compenso» tramite lo sfruttamento economico dell'opera [67]. In questa prospettiva, e nonostante l'ambivalenza testuale dell'art. 6 della Direttiva, le misure tecnologiche dovranno essere intese quali modalità, per così dire, "auto-esecutive" di esercizio di un diritto vantato dall'autore e riconosciuto dall'ordinamento; e il loro utilizzo dovrebbe essere tutelato dalle corti fintantoché siano dirette a impedire atti per i quali è richiesta l'autorizzazione del titolare del diritto [68].

Una lettura inversa, che obliteri il dato relativo allo scopo e alla funzione del diritto

---

sfruttino, senza il consenso del titolare, l'opera protetta. Non si giunge mai a trarre la conseguenza anche sul versante opposto, nel senso di individuare i limiti al potere di sfruttamento dell'opera da parte del titolare del diritto.

[66] In questo senso, cfr. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil, nel caso *Megakini.com vs. Google*, cit. Vale la pena di osservare, sotto questo profilo, come non manchino autorevoli posizioni propense a una lettura meno restrittiva della regola del *three-step test*, nella prospettiva di assicurare un effettivo ed equo bilanciamento tra il diritto dell'autore a ricevere un adeguato compenso e gli interessi contrapposti, quali i diritti fondamentali o gli interessi relativi alla concorrenza, che si sostanzia nella prevalenza di questi ultimi laddove l'uso dell'opera non sia in grado di arrecare un effettivo pregiudizio al titolare del diritto. Cfr. in tema C. Geiger, R. Hilty, J. Griffiths, U. Suthersanen, *Declaration A Balanced Interpretation of The "Three-Step Test" in Copyright Law*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2010, p. 119 ss., p. 121, secondo cui «*[t]he Three-Step Test should be interpreted in a manner that respects the legitimate interests of third parties, including – interests deriving from human rights and fundamental freedoms; – interests in competition, notably on secondary markets; and – other public interests, notably in scientific progress and cultural, social, or economic development*». A conclusioni simili perviene lo studio curato da P.B. Hugenholtz, R.L. Okediji, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyrigh*t, final report, 6 marzo 2008, p. 3 in cui si afferma che: «*[l]imitations and exceptions that (1) are not overly broad, (2) do not rob right holders of a real or potential source of income that is substantive, and (3) do not do disproportional harm to the right holders, will pass the test*».

[67] In questo senso, cfr. M. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., p. 1057.

[68] Il punto emerge chiaramente nella sentenza del 23 gennaio 2014 della Corte di giustizia dell'UE, Quarta Sezione, nel caso *Nintendo Co. Ltd et al. c. PC Box Srl, 9Net Srl*, causa C-355/12, punto 25, in cui si precisa che «la protezione giuridica prevista all'articolo 6 della direttiva citata si applica esclusivamente al fine di proteggere il suddetto titolare nei confronti degli atti per i quali è richiesta la sua autorizzazione».

d'autore, può rappresentare una pericolosa eterogenesi dei fini, sotto un duplice profilo. Da un lato, la saldatura tra liceità dell'uso del collegamento ipertestuale ed elusione di misure tecnologiche può farsi così stretta da rendere l'adozione di queste ultime una condizione dell'esercizio del diritto da parte del suo titolare. Questa invero la conclusione cui sembra approdare la Grande Sezione nella sentenza *VG Bild-Kunst*, laddove statuisce che, al fine di garantire la certezza del diritto e il corretto funzionamento di Internet, «il titolare del diritto d'autore non dovrebbe essere autorizzato a limitare il suo consenso se non per mezzo di misure tecnologiche efficaci, ai sensi dell'articolo 6, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2001/29» [69]. Dall'altro lato, la protezione del diritto d'autore, derogando alla sua funzione, corre il rischio di essere estesa oltre ciò che è necessario per garantire un corretto meccanismo di incentivo, trasformandosi nella tutela di scelte idiosincratiche da parte del titolare del diritto slegate da una concreta esigenza di remunerazione [70]. Rischio che, con specifico riguardo al diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, risulta accentuato dall'inapplicabilità del principio di esaurimento, principio al quale, nel campo dei beni dotati di un supporto materiale, è demandato il compito di fissare *a priori* il limite al potere di sfruttamento dell'opera da parte del diritto dell'autore, per salvaguardare gli interessi dei terzi [71]. Il che, però, lungi dal tradursi in una protezione illimitata del diritto d'autore, rimette all'interprete una più attenta valutazione, in sede di bilanciamento con altri interessi concorrenti e, in particolar modo, con il diritto alla libertà di espressione e informazione, dei limiti entro cui possa dirsi legittima l'aspettativa del titolare di estrarre il valore sociale prodotto o producibile tramite lo sfruttamento della sua opera.

---

[69] Prima del giudizio della Grande Sezione, la Corte aveva più volte affermato che il godimento e l'esercizio del diritto previsto dall'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva 2001/29 non possono essere subordinati ad alcuna formalità. Il principio era stato espresso nella sentenza del 16 novembre 2016 sul caso *Soulier e Doke c. Premier ministre, Ministre de la Culture et de la Communication*, causa C 301/15, punto 50, e poi ribadito nella richiamata sentenza *Renckhoff*, punto 36. L'orientamento assunto dalla Corte nel caso *VG Bild-Kunst* muove invece dal presupposto per cui, in mancanza di simili misure, potrebbe rivelarsi difficile, in particolare per i privati, accertare se il titolare dei diritti abbia voluto opporsi al *framing* delle sue opere.

[70] Secondo un processo che caratterizza anche l'uso dello strumento contrattuale come dispositivo tecnico volto a estendere le prerogative proprietarie del contraente-predisponente oltre i confini riconosciuti della legge. Sul punto, cfr. M.J. Radin, *Regime Change in Intellectual Property: Superseding the Law of State with the 'Law' of the Firm*, cit., p. 178 ss.

[71] In tema, si vedano le riflessioni di C. Sganga, *Il principio dell'esaurimento nel diritto d'autore digitale: un pericolo o una necessità?*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, pp. 21-77, la quale argomenta in favore dell'introduzione di un principio di esaurimento digitale.

**8.** – Volendo tradurre i rilievi teorici su un piano più strettamente operativo, è possibile ora fissare le due premesse da cui dovrebbe muovere l'analisi delle fattispecie sottoposte al vaglio della Corte.

Per un verso, la valutazione dovrebbe ruotare attorno alla verifica della idoneità della comunicazione secondaria a ledere l'interesse del titolare del diritto d'autore alla remunerazione dell'opera, prima ancora, e al di là, dell'accertamento dei vantaggi conseguiti o conseguibili dal presunto trasgressore. In questo senso, il riferimento a un criterio di ragionevolezza nel bilanciamento, teso a preservare il contenuto essenziale del diritto nella sua necessaria interrelazione con libertà e obiettivi di *policy* confliggenti, quali l'accesso alla cultura e la *dissemination* dell'opera tra gli utenti della rete, suggerirebbe di circoscrivere la tutela dell'autore nei limiti in cui ciò sia necessario a preservarne la capacità di negoziare il diritto tramite la concessione di licenze sull'opera, anche successivamente alla sua prima comunicazione. Si tratterebbe, in altre parole, di far coincidere il limite definitorio [72] del contenuto del diritto d'autore digitale con la salvaguardia della possibilità per il titolare di stipulare licenze multiple per il medesimo contenuto.

Per altro verso, e specularmente, l'utilizzo delle misure tecnologiche dovrebbe essere ammesso (o la loro elusione sanzionata) solo nella misura in cui tali misure tutelino il titolare del diritto contro atti in grado di incidere sul potere negoziale del titolare.

In questa categoria rientrano senz'altro le misure che condizionano l'accesso al sito, quali quelle prese in considerazione nella sentenza *Svensson*. La scelta se comunicare l'opera all'interno di un sito che riserva l'accesso ad una cerchia limitata di utenti, ad esclusione degli altri, rientra certamente nell'ambito delle prerogative riconosciute al titolare del diritto d'autore, in quanto decisione dettata dall'individuazione dei mercati in cui sfruttare commercialmente l'opera e (di regola) incidente sul prezzo che può essere spuntato dalla concessione della licenza al gestore del relativo sito. Di talché, l'installazione di un *hyperlink* situato su un sito terzo che consenta l'elusione di tali misure restrittive non sarebbe solo contraria alla volontà del titolare, ma altresì lesiva di una legittima strategia di utilizzo del monopolio da parte del titolare del diritto, in contrasto con la logica remunerativa che sorregge l'assegnazione della prerogativa escludente [73]. Si po-

---

[72] In questo senso, cfr. A. Musso, *Art. 2577 e ss. Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 157 ss., nel quale l'Autore evidenzia la distinzione tra limiti definitori *ex ante* dell'oggetto o del contenuto del diritto d'autore e limitazioni derogatorie al contenuto medesimo, come già definito a priori, ritenendo, conseguentemente, la richiamata regola del *three-step-test* applicabile solo alla seconda tipologia.

[73] D'altra parte, il *link* installato dal gestore del sito, senza autorizzazione, costituisce in tali casi, e a differenza delle ipotesi di cui si dirà oltre, l'unica modalità che gli utenti hanno per fruire dell'opera libera-

trebbe argomentare che, contrariamente a quanto affermato dalla Corte nel caso *Svensson*, la violazione del diritto d'autore sia qui indiretta, poiché l'illiceità della condotta dell'*hyperlink* sarebbe da ricondurre all'elusione delle misure tecnologiche. Ciò, tuttavia, non toglie che il fondamento della decisione risiede nella circostanza per cui la misura è posta a protezione di un atto per il quale è richiesta l'autorizzazione del titolare, in quanto connessa al legittimo esercizio del diritto dell'autore.

Più complesso è il discorso in relazione alle ipotesi in cui gli *hyperlink* rinviino a opere messe a disposizione dal titolare del diritto su siti *web* liberamente accessibili e le misure tecnologiche siano volte a limitare direttamente il funzionamento dei collegamenti ipertestuali. Su tale fronte sarà necessario non solo definire se, ed eventualmente in quali casi, gli *hyperlink* siano effettivamente idonei a comprimere il potere remunerativo al titolare del diritto, ma occorrerà altresì tenere conto dei costi opportunità [74], in termini di rischio, insiti nella scelta di utilizzare il proprio monopolio per diffondere l'opera in modo da renderla liberamente accessibile nella rete; costi che, a ben vedere, non potranno essere scaricati sugli utenti attraverso una limitazione al funzionamento dell'infrastruttura Internet.

In questo ordine di idee, è opportuno operare una preliminare distinzione tra l'interesse dell'autore a sfruttare commercialmente la propria opera, tramite la comunicazione su un sito *web*, e l'interesse (autonomo e distinto) del licenziatario-gestore del sito *web* su cui l'opera è stata messa a disposizione, a trarre profitto dalla pubblicazione della stessa sul proprio sito. Una tale distinzione, sebbene spesso offuscata da una prospettiva appiattita sui vantaggi che può trarre l'utente che comunichi nuovamente l'opera, esiste, al punto che i due interessi possono entrare in conflitto tra loro. È il caso, in particolare, del *deep linking*. Di regola, il gestore del sito *web* avrà interesse a limitare le modalità di accesso al sito, in modo da costringere i visitatori a transitare sempre dall'*home page*, prima di visitare le pagine interne su cui l'opera è visualizzabile (ed eventualmente a prescindere dalla loro visita), perché è nella pagina di presentazione che si concentra più spesso la vendita di inserzioni pubblicitarie. Per contro, l'autore dell'opera potrebbe avere interesse all'accesso diretto e immediato, tramite «*link* profondi», alla pagina *web*

---

mente, senza pagare il canone di sottoscrizione previsto dal gestore del sito su cui l'opera è stata messa a disposizione con il consenso del titolare.

[74] Si vedano in questa prospettiva le riflessioni della più autorevole dottrina dedicatasi allo studio dell'istituzione-proprietà, nella prospettiva di evidenziare quei caratteri di relazionalità che implicano una limitazione del libero estrinsecarsi del potere di volontà del titolare nell'interesse dei terzi. Cfr. U. Mattei, *La proprietà,* cit., spec. p. 62 ss.

contente l'opera, di modo da guadagnare una maggiore visibilità. Non va peraltro dimenticato che, come segnalato da alcuni autori in dottrina [75], l'*hyperlink* tende ad aumentare il numero di utenti in grado di accedere all'opera, potendo in tal senso avvantaggiare l'autore, a maggior ragione in un sistema, quale quello della circolazione delle opere *online*, in cui la capacità di trarre profitto costituisce sempre più spesso una funzione del numero di visualizzazioni che l'opera riceve e che attribuisce una notorietà virtuale al suo creatore.

Muovendo da questo presupposto, occorre chiedersi se una misura tecnologica volta a impedire l'uso di «*link* profondi» possa essere fatta rientrare nell'ambito dell'esercizio esclusivo del diritto alla messa a disposizione del pubblico riconosciuto in capo all'autore. Una risposta in senso negativo può essere fatta ruotare attorno a due argomenti. Per un verso, l'installazione di un *deep link* non incide sul potere negoziale del titolare del diritto, dal momento che i gestori di siti *web* diversi da quelli per il quale è stata concessa l'autorizzazione conserveranno l'interesse a ottenere una licenza dall'autore per diffondere l'opera sul proprio sito e, per tale via, guadagnare traffico Internet. Per altro verso, la scelta circa il modo in cui strutturare le pagine del sito *web* e vendere gli spazi pubblicitari al loro interno non attiene allo sfruttamento in sé dell'opera protetta, quanto invece allo sfruttamento del sito *web*, specie in termini di profitto pubblicitario, da parte del gestore che abbia acquisito il diritto a comunicare la relativa opera [76]. Il titolare del sito è sempre libero di decidere, sulla base del calcolo degli accessi alle diverse pagine che lo strutturano, se e come distribuire la pubblicità tra esse per ottenere una maggiore remunerazione [77]. Sicché, la deviazione del traffico (non già dalla pagina in cui è contenuta l'opera, ma) dalla *home page* del sito, riconducibile all'installazione dell'*hyperlink*, potrà essere al più valutata come fonte di danno per il gestore del sito *web* sotto il profilo della concorrenza sleale [78], ma non anche come pregiudizievole dell'esclusiva riconosciuta al diritto d'autore [79].

Ben diverso è il caso in cui le misure restrittive siano volte a impedire l'uso dei c.d. *link* «non-referenziali», vale a dire, di quei *link* che consentano la visualizzazione del

---

[75] In questo senso, L.A. Stangret, *The Legalities of Linking on the World Wide Web*, cit., p. 204 ss.

[76] A simili conclusioni sembra giungere l'Avvocato Generale Szpunar, nelle già citate conclusioni relative al caso *VG Bild-Kunst*.

[77] A. Musso, *Ipertesti e thesauri nella disciplina del diritto d'autore*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, 1998, I, p. 211 ss., p. 251.

[78] In tema, cfr. A. Musso, *Ipertesti e thesauri nella disciplina del diritto d'autore*, cit., p. 248 ss.

[79] Cfr. in questo senso le conclusioni dell'Avv. Generale Szpunar, punto 85.

materiale protetto direttamente all'interno del sito in cui sono installati. A differenza dell'ipotesi precedente, l'utilizzo di tale tecnica esibisce un maggiore potenziale lesivo, in quanto idonea a degradare la posizione negoziale dell'autore privandolo, a seguito della prima comunicazione, della capacità di contrattare la concessione di licenze con altri utenti [80]. Il gestore di un sito *web* non avrebbe infatti interesse ad acquistare il diritto di sfruttare l'opera sul proprio spazio virtuale se, in tal modo, egli garantisse a tutti gli altri gestori la possibilità di accedere gratuitamente all'opera all'interno dei propri siti. Un conto è visualizzare il contenuto protetto all'interno del sito su cui è stato comunicato, seguendo un percorso di navigazione diverso da quello prevede il previo accesso all'*home page*; un altro conto è prevedere un meccanismo che consenta agli utenti di visualizzare l'opera senza mai passare – di fatto – per il sito in cui questa è stata comunicata.

Si potrebbe allora argomentare che, in linea di principio, la comunicazione secondaria dell'opera tramite *link* «non-referenziale», in assenza di autorizzazione del titolare del diritto, debba ritenersi lesiva del diritto esclusivo di comunicazione dell'opera. La petizione di principio deve però essere calata all'interno della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale subordina la nozione di «comunicazione al pubblico» a una valutazione individualizzata. Occorre pertanto verificare se vi siano elementi tecnici e/o fattuali che, nel connotare l'uso della tecnica nei singoli casi concreti, suggeriscano di modulare diversamente la decisione in ordine alla liceità del collegamento ipertestuale.

Secondo l'Avvocato Generale del caso *VG Bild-Kunst*, sarebbe possibile operare una distinzione tra le diverse fattispecie, a seconda che la visualizzazione dell'opera sul sito in cui il *link* è collocato sia completamente automatizzata, per effetto dell'istruzione in tal senso inserita dallo stesso gestore nel codice HTML del sito terzo (è il caso dell'*in-line link o* dell'*embedding*); ovvero che la visualizzazione dell'opera all'interno del sito terzo dipenda dall'attivazione del relativo *link* da parte degli utenti (è il caso del *framing* cliccabile).

Poiché nella prima ipotesi l'effetto per l'utente che accede all'opera è il medesimo di una riproduzione e di una messa a disposizione del pubblico attraverso l'incorporazione dell'opera sul *server* del sito terzo – ipotesi, si ricorderà, presa in considerazione nel giudizio *Renckhoff* – non vi sarebbe motivo di rendere tale situazione oggetto di valutazioni diverse da quelle che inducono a ritenere detta tecnica bisognosa di un'autonoma e secondaria autorizzazione da parte del titolare del diritto. Nel caso del *framing* selezionabile, per contro, la necessità di ottenere l'ulteriore autorizzazione del

[80] Id., punto 106.

titolare del diritto sarebbe esclusa dalla conoscenza o conoscibilità da parte dell'utente circa la provenienza del contenuto protetto da un sito *web* diverso da quello consultato, conoscibilità garantita dalla necessità di attivare il relativo *link* prima di poterlo visualizzare [81].

La distinzione suggerita dall'Avvocato Generale, sebbene mossa dal condivisibile intento di diversificare la valutazione a seconda delle circostanze del caso concreto, appare eccessivamente appiattita sul funzionamento tecnico delle diverse forme di *hyperlink*, rendendola avulsa da una logica fondata sui principi che governano la materia della proprietà intellettuale. Spostando l'asse del ragionamento in questa diversa direzione, la linea di confine tra uso lecito e illecito dei *link* «non-referenziali» potrebbe essere più correttamente individuata sulla base di due diversi criteri, tra loro interdipendenti, legati alla sussistenza di elementi altrettanto chiari e riconoscibili.

Il primo criterio guarda alla conoscibilità da parte dell'utente della fonte da cui il materiale protetto proviene, sebbene in modo solo indiretto. La valutazione, sotto tale profilo, avrà ad oggetto la condotta dell'*hyperlinker*, per verificare se egli si sia adoperato per modificare il materiale protetto o (nel caso del *framing*) per alterare la pagina *web* in cui questo è contenuto, ad esempio nascondendo l'URL o coprendo con propri banner pubblicitari alcune parti della pagina originaria, di modo da oscurare la provenienza dell'opera dal sito in cui originariamente è stata messa a disposizione [82]. Si tratterà, in altre parole, di verificare la meritevolezza della tutela del gestore del sito terzo, da escludersi ogniqualvolta la sua condotta sia idonea a ingenerare confusione nell'utente [83], specie sotto il profilo della paternità dell'opera e del luogo virtuale di provenienza della stessa, secondo un approccio mutuabile dalla disciplina della concorrenza sleale [84].

---

[81] A tal fine occorrerà operare una verifica sulla base delle circostanze del caso concreto, posto che la tecnica del *framing* consente di nascondere (almeno in parte) la fonte da cui il contenuto proviene.

[82] Su questo profilo, cfr. J.C. Ginsburg, L. Ali Budiardjo, *Embedding Content or Interring Copyright: Does the Internet Need the Server Rule*, cit., p. 435.

[83] In questo senso, in dottrina, si veda A. Musso, *Ipertesti e thesauri nella disciplina del diritto d'autore*, cit., p. 248.

[84] Non si ritiene invece applicabile il criterio elaborato dalla Corte di giustizia nel caso in cui il *link* rinvii a un'opera precedentemente pubblicata online senza l'autorizzazione del titolare. Il riferimento è alla sentenza *GS Media*, cit., punto 47, in cui la Corte afferma che «[...] qualora il collocamento di un collegamento ipertestuale verso un'opera liberamente disponibile su un altro sito Internet sia effettuato da una persona senza perseguire fini di lucro, occorre [...] tener conto della circostanza che tale persona non sia a conoscenza, e non possa ragionevolmente esserlo, del fatto che detta opera era stata pubblicata su Internet senza l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore». In tema, cfr. M. Borghi, *"Hyperlink": la Corte europea riscrive il diritto di comunicazione al pubblico*, cit., p. 2139 ss.

Il secondo criterio attiene alla funzione che il collegamento ipertestuale svolge nell'ambito della relazione che intercorre tra il sito che detto collegamento incorpora e il sito al quale il collegamento rinvia. Occorrerà, in altre parole, verificare se l'utilizzo del collegamento faciliti in qualche misura la ricerca e diffusione di contenuti all'interno del *web*, stimolando la visualizzazione del materiale all'interno del sito originario o se, viceversa, il suo utilizzo sia funzionale a sfruttare il materiale comunicato sul sito altrui per concentrare il traffico Internet sul sito del gestore che di tale tecnica si serve. A ben vedere, l'aspetto problematico dell'*embedding* risiede precisamente nella sua capacità di favorire una monopolizzazione del traffico Internet e una concentrazione delle informazioni rinvenibili sul *web*, presso i siti in cui i relativi collegamenti automatici sono collocati. Sotto questo profilo, è utile osservare che diverse piattaforme digitali fondate sulla condivisione dei contenuti da parte dei propri utenti inseriscono all'interno dei propri siti delle istruzioni che implicano la trasformazione dei collegamenti cliccabili condivisi dagli utenti in collegamenti automatici, di modo da incentivare gli utenti a rimanere all'interno dello spazio virtuale dalle stesse piattaforme governate [85]. In questo senso, la tecnica dell'incorporazione automatica svolge una funzione cruciale per il modello di *business* su cui tali operatori si fondano, ma in qualche modo contraria alla logica dell'*hyperlink*, il cui tratto caratterizzante, che lo rende essenziale per il buon funzionamento di Internet, è rappresentato precisamente dalla sua capacità di abilitare l'utente a navigare tra le infinite risorse presenti nella costellazione di siti che struttura il ciberspazio. Qualora il collegamento automatico persegua un tale effetto di concentrazione, la pretesa del titolare di subordinare la comunicazione secondaria all'ottenimento di una nuova autorizzazione dovrebbe essere accolta e tutelata. Questa lettura risulterebbe peraltro coerente con i nuovi obblighi, previsti dalla Direttiva *Copyright*, a carico dei prestatori di servizi di condivisione *online*, qualora si ritenesse il loro ambito di applicazione limitato alle sole tecniche in grado di promuovere una concentrazione del flusso degli utenti all'interno delle relative piattaforme [86].

---

[85] Cfr. sul punto J.C. Ginsburg, L. Ali Budiardjo, *Embedding Content or Interring Copyright: Does the Internet Need the Server Rule*, cit., pp. 440-441.

[86] Si potrebbe argomentare che una prospettiva tutta appiattita sulla garanzia di incentivi economici agli autori e sul mercato delle licenze, qual è quella fatta propria dal legislatore europeo anche nel contesto della Direttiva da ultimo citata, non favorisca quei processi di condivisione, propri dell'economia della conoscenza e dell'informazione, che si pongono alla base delle nuove teorie sullo sviluppo della creazione, quale esito di una pratica diffusa e collettiva. Ma ciò richiederebbe una puntuale analisi dei presupposti stessi del riconoscimento dell'esclusiva nel contesto della *data-driven economy*, che non può in questa sede compiersi. In letteratura, tali questioni sono affrontate in particolare da Yoachi Benkler, in *The Wealth of Net-*

Per inverso, nelle ipotesi in cui il collegamento ipertestuale sia configurato in modo da assicurare la corretta referenza all'opera protetta, favorendo la canalizzazione della ricerca dell'utente verso il sito – liberamente accessibile – in cui essa è stata messa a disposizione con il consenso del titolare del diritto, senza arrecare alcun pregiudizio a quest'ultimo, la pretesa del titolare di vietare l'uso dell'*hyperlink* potrebbe assumere i contorni dell'esercizio abusivo del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico, in quanto esercizio non socialmente meritevole di tutela [87]. La pretesa, in altre parole, non potrebbe dirsi rispondente all'esigenza di garantire un giusto equilibrio tra gli interessi dei titolari dei diritti d'autore e quelli degli utenti, il cui perseguimento, a ben guardare, non giustifica solo l'imposizione di eccezioni e limitazioni all'esercizio del diritto d'autore, ma anche, e ancor prima, la delimitazione degli stessi confini entro cui il titolare è legittimato a ricevere una tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

*works: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New Haven, CT, 2006 e nel lavoro sviluppato con H. Nissenbaum, dal titolo *Commons-based Peer Production and Virtue*, in The Journal of Political Philosophy: vol. 14, 2006, pp. 394-419. Ancora, per una critica fondata sulla produzione della creazione al di fuori dei circuiti di mercato cfr. J. Boyle, *The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, New Haven, CT, 2008.

[87] In una prospettiva più ampia, cfr. U. Mattei, *La proprietà*, cit., p. 272 ss.

JUS CIVILE

*MARIA CIMMINO*

*Ricercatore di diritto privato – Università degli Studi di Napoli Parthenope*

# LA PANDEMIA COME CIRCOSTANZA ECCEZIONALE SOPRAVVENUTA ED IMPREVEDIBILE E LA SORTE DEI CONTRATTI TURISTICI E DEI CONTRATTI DI TRASPORTO AEREO ALLA LUCE DELLA NORMATIVA EMERGENZIALE: CRITICITÀ E PROSPETTIVE

SOMMARIO*: Premessa. – 2. La nozione di circostanza eccezionale nel contratto di trasporto aereo e i diritti dei passeggeri alla luce della Convenzione di Montreal e del regolamento CE 261/2004: cancellazioni, voli ritardati e misure alternative. – 3. Le misure in costanza di epidemia da coronavirus e i relativi effetti sui viaggi turistici e sul trasporto aereo. – 4. Il contratto di viaggio tra inadempimento, rischio contrattuale e rimedi. – 5. Osservazioni conclusive. Uno sguardo al futuro: il supporto dell'innovazione tecnologica al mercato turistico e la spinta propulsiva dell'emergenza tra aiuti di stato e sostenibilità del servizio.*

**1.** – La grave crisi sanitaria ingenerata dall'epidemia da coronavirus e i conseguenti provvedimenti governativi adottati dai diversi Paesi, ciascuno con efficacia sul proprio intero territorio nazionale, hanno provocato gravi conseguenze sul trasporto aereo per la cancellazione di migliaia dei voli da parte dei vettori, impossibilitati a decollare o ad atterrare negli aeroporti di destinazione, per la chiusura delle frontiere. Per converso, gli stessi passeggeri, quando non affetti da condizioni patologiche tali da non poter comunque delle libertà personali di circolazione e dunque di spostamento, nel proprio Paese e da un Paese all'altro, non solo in ambito europeo ma anche intercontinentale [1].

È stato ormai rilevato diffusamente in più sedi e contesti che il turismo e segnatamente il trasporto aereo è stato uno dei settori maggiormente colpiti dalla crisi pandemica,

[1] G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, *Suppl.*, 2020, 3, 57 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid-19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, *Emergenza Covid-19*, *Speciale n. 2*, 2020, 159 ss.: N. CIPRIANI, *L'impatto del lockdown da COVID-19 sui contratti, in Banca borsa tit. cred*., 2020, 4, 651 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, (a cura di), *Emergenza covid-19 e questioni di diritto civile*, Torino, 2020.

provocando non poche difficoltà economico-finanziarie e mettendo sul tappeto la necessità di pianificare nuove strategie di gestione ed erogazione del servizio per il futuro post-emergenziale [2].

C'è da rilevare infatti che l'emergenza imprevista e sopravvenuta e le conseguenti misure limitative adottate hanno inciso su un mercato complesso [3] che costituisce sede e luogo di esplicazione di una libertà costituzionale la quale ormai si esercita per l'espletamento dei più variegati bisogni, essenziali ed insostituibili, da quello professionale e lavorativo a quello di svago, sanitario e culturale, ormai consolidatisi a tal punto che al verificarsi di un evento inatteso esponga e ponga i protagonisti a fronte di scelte e decisioni inedite in una dimensione nuova e difficile da ripensare e riprogrammare, e normare anche in considerazione della mole e dell'entità dei servizi di trasporto, destinati a soddisfare le esigenze di mobilità di una società complessa e multiforme [4].

La pandemia era poi inevitabilmente destinata a produrre effetti sulla corretta attuazione di una serie di contratti turistici, di soggiorno, alberghieri, crocieristici [5], incidendo, pertanto, non solo sul rapporto obbligatorio nascente dal contratto di trasporto aereo, ma

---

[2] In occasione della pubblicazione dei dati semestrali, ENAV ha registrato un decremento del traffico di rotta pari al 58,4%, rilevando a seguito delle restrizioni dovute all'emergenza sanitaria un un picco di riduzioni fino al 90% rispetto all'anno precedente e una modesta una ripresa di circa il 50% durante i mesi di luglio e agosto. L'Ente riporta nel dettaglio per il trasporto aereo internazionale (con arrivo o partenza da uno scalo estero) un calo del 64,4% e per quello nazionale (con arrivo e partenza su aeroporti italiani) una diminuzione del 58,2%. (*www.enav.it*).

[3] Il turismo è oggetto nelle analisi di economia a vari tipi di classificazione, è domestico se praticato da coloro i quali hanno come destinazione la stessa area geografica della loro residenza; quello in entrata (inbound)è svolto dalle persone che viaggiano in una regione in cui non sono residenti. turismo in uscita: praticato dai residenti di una regione che diventano turisti nel resto del mondo; si considera in sé realizzato da flussi turistici che originano ed hanno destinazioni in regioni diverse.

[4] Sul settore del trasporto locale uno di quelli immediatamente incisi dall'emergenza si rimanda alle osservazioni di M. CARRER, *Il trasporto pubblico locale nella pandemia Annotazioni giuridiche sui primi interventi normativi, in Rivista Aic,* 2020, 3, 320 ss., il quale puntualizza che "la quotidianità del tpl, di cui ognuno ha esperienza diretta o quantomeno sporadica, comporta una parallela quotidianità nella gestione: ogni giorno i mezzi si muovono per trasportare le persone. Si sarebbe tentati di aggiungere "in qualsiasi condizione", per sottolineare la concretezza del servizio, tuttavia la pandemia pone gravi problemi, che hanno una immediata ricaduta sulla regolamentazione da parte dell'ordinamento. Ciò non è una novità: si può dire che l'attuale gestione di ogni singola azienda (nel particolare) e di tutta la rete di trasporti (nel generale) sia frutto di una progressiva stratificazione di norme e di una correlata sovrapposizione di strumenti giuridici, sia di natura pubblicistica sia di natura privatistica".

[5] Sul punto si rimanda a G. GRISI, S. MAZZAMUTO*, Diritto del turismo*, Torino, 2020, 129 ss.; R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*, Torino 2018, 161 ss.; F. MORANDI, M.M., COMENALE PINTO, La Torre M.E., *I contratti turistici*. *I contratti di viaggio, il contratto di trasporto di persone. I contratti di ospitalità*. Milano 2004.

anche sui contratti di cui il trasporto costituisse un servizio collegato o combinato nell'ambita di una più ampia e complessa operazione economico-contrattuale, nota come contratto di pacchetto turistico [6], integrandosi, perlopiù, una delle ipotesi previste dalla vigente normativa e regolata dal Codice del turismo nell'ambito delle cosiddette modifiche al contratto di pacchetto turistico, intervenute prima dell'inizio di esecuzione dello stesso (e dopo), sulla base, peraltro, di presupposti che non sono andati esenti da una serie di rilievi critici in dottrina [7].

Essa ha conseguentemente richiamato l'attenzione di teorici e pratici sull'operatività degli strumenti di tutela dei viaggiatori e dei turisti, in primis quelli previsti ad hoc dal codice della navigazione e dalla normativa di derivazione sovranazionale e cioè il regolamento 261/2004/CE, cui lo stesso codice rimanda prevedendo il caso di cosiddetti impedimenti alla partenza [8], (art. 947 cod. nav.), ma anche quelli contemplati dalla normativa in materia di turismo [9] che recentemente ha normato il cosiddetto difetto di confor-

---

[6] Sulla recente revisione della nozione di pacchetto turistico alla luce della Direttiva europea 2015/20332, si veda E. BATTELLI, *Il nuovo 'contratto di pacchetto turistico': ambito di applicazione oggettiva e rilievi intersistematici,* in *Eur. dir. priv.,* 2020, 2, 487 ss.; R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto,* Giappichelli, Torino, 96 ss.; F. MORANDI, *Le nuove regole dell'Unione Europea sui pacchetti turistici e i servizi turistici collegati nell'esperienza italiana. I Parte. Commento a d.lg. 21 maggio 2018, n. 62;* in *Resp. civ. prev.,* 2019, 4,1102 ss.; ID., *Le nuove regole dell'Unione europea sui pacchetti turistici e i servizi turistici collegati nell'esperienza italiana: II Parte*, ivi, 2019, 5, 1422 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei contratti aventi ad oggetto "pacchetti turistici" nel "codice del turismo" (d.legisl. 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche. (Prima parte)*, in *Stud. iuris,* 2011, 11, 1143 ss.; ID., *La disciplina dei contratti aventi ad oggetto "pacchetti turistici" nel "Codice del turismo" (d.lg. 23 maggio 2011 n. 79): profili di novità e questioni problematiche (Seconda parte*) ivi, 2011, 12,1282 ss.: Sull'interpretazione della nozione di pacchetto tutto compreso come introdotta dalla Direttiva 90/314 si veda C.S. CARRASSI *Ancora sulla definizione di "pacchetto turistico" ex art. 2.1, Direttiva n. 90/314/CEE: steps definitivi? Commento a CGCE 30 aprile 2002, causa n. C-400/*00, in *Danno resp.,* 2003, 2, 150-153. Per un'analisi del contratto di viaggio turistico si veda L. ROSSI CARLEO, M. DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, in *Trattato di Diritto Civile del Consiglio nazionale del Notariato*, dir. da P. Perlingieri, Esi, Napoli, 2012.

[7] S. PAGLIANTINI, *Modifiche anteriori e recesso da un contratto di pacchetto turistico secondo il canone della direttiva 2015/2032/UE: per un repertorio (frastagliato) di problemi teorici e pratici a prima lettura*, in A. FINESSI (a cura di) *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio: la direttiva 2015/2032 e le prospettive della sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Jovene, Napoli, 2017, 65 SS. L'A., osserva che le disposizioni della Direttiva 2015/2032 prevedono una gamma di diritti potestativi ad esercizio vincolato; e che rivelano la specialità della disciplina del contratto di pacchetto turistico.

[8] S. ZUNARELLI, M.M. COMENALE PINTO, *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti,* Cedam, Vicenza, 2016; E. ROSAFIO E., *Il negato imbarco, la cancellazione del volo e il ritardo nel trasporto aereo di persone: il regolamento n.261/2004/CE*, in *Giust. civ.*, 2004,9, 469 ss.

[9] G. GRISI, *Diritto del turismo*, cit., passim; V. FRANCESCHELLI, F. MORANDI (a cura di), *Manuale di diritto del turismo*, Giappichelli, Torino 2019, passim; R. SANTAGATA, *Diritto del turismo*, cit. passim; C. ALVISI, *Il diritto privato del turismo nell'ordine giuridico del mercato*, Giappichelli, Torino, 2015, passim.

mità nei contratti turistici, e quelli del codice del consumo [10], sotto il profilo degli obblighi di informazione e della sicurezza strettamente inerenti al settore del trasporto aereo [11] e dei contratti turistici.

L'emergenza epidemiologica in atto ha costituito e, purtroppo, ancora continua a costituire, anche un'ulteriore occasione di riflessione sull'operatività di alcuni principali istituti del diritto privato dei contratti e delle obbligazioni, quali la disciplina dell'inadempimento e della risoluzione contrattuale per impossibilità sopravvenuta, inducendo a riflettere così sulla rilevanza del rischio contrattuale che evidentemente interessa anche il comparto turistico, nel caso di sopravvenienze e/o nei casi di inesigibilità della prestazione dovuta e ciò anche al di là del fatto che con specifico riguardo ai contratti turistici sia espressamente regolate dal legislatore europeo come ipotesi distinte quelle delle modifiche al contratto intervenute prima o dopo la partenza e cioè prima o dopo e quindi in corso di esecuzione del pacchetto [12]; profili questi, peraltro prossimi al concetto di circostanza eccezionale di cui al regolamento CE 261/2004 ripreso anche dalla direttiva 2015/2032 che all'art 2 n. 12 definisce circostanze inevitabili e straordinarie, una situazione fuori dal controllo della parte che invoca una tale situazione e le cui conseguenze non sarebbero state evitate nemmeno adottando tutte le ragionevoli misure [13].

La casistica delle decisioni giurisprudenziali in materia di trasporto aereo ed i connessi orientamenti formatisi intorno all'applicazione del regolamento 261/2004 e sulla relativa nozione di circostanze eccezionali, nonché la giurisprudenza sull'irrealizzabilità della causa concreta del contratto turistico, costituiscono al momento la base dalla quale prendere le mosse per una riflessione sulle conseguenze che l'evento pandemia ha pro-

---

[10] C. GRANELLI, *Diritti dei consumatori e tutele nella recente novella del codice del consumo*, in *Contr*., 2015, 1, 59 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Giappichelli, Torino, 2015; P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Esi, Napoli 2014; G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI, *Diritti e tutele dei consumatori*, Esi, Napoli 2014; G. ALPA, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Esi, Napoli 2005.

[11] Sul punto v. E. TURCO BULGHERINI, F. SALERNO (a cura di, *Infrastrutture e navigazione: nuovi profili della sicurezza marittima e aerea*, Roma, 2013.

[12] S. PAGLIANTINI, *Modifiche anteriori*, cit., 69 ss. Sulle sopravvenienze contrattuali v. E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale,* in *Rivista di diritto privato,* 2013, 55 ss,: F. MACARIO, *Le sopravvenienze,* in *Trattato del contratto,* diretto da V. Roppo, V, Milano, 2006, E. AL MURDEN, *Le sopravvenienze contrattuali. Tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti,* Padova, 2004; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale: saggio sulla presupposizione*, Giuffrè, Milano, 1997.

In tema di rischio si rimanda a G. ALPA, *Rischio contrattuale (diritto vigente),* in *Enciclopedia del Diritto,* LX, Milano, 1989, 1144 ss.

[13] A. FINESSI (a cura di) *La nuova disciplina*, cit., passim.; F. MORANDI, *The new European Regulation of Package Travel and Linked Travel Arrangements*, in *Dir. trasp*., 2017, 99 ss.

dotto, sta producendo e produrrà in futuro sulla contrattazione avente ad oggetto una vasta tipologia di servizi turistici, nell'ambito di un più complesso dibattito relativo al tema della ripartizione dei rischi connessi al sacrificio dell'affare, ma anche sui rapporti tra impossibilità sopravvenuta ed inesigibilità della prestazione dovuta [14], che si inserisce nel progetto di revisione del vigente codice civile [15].

**2.** – Come noto, nel contratto di trasporto di persone l'obbligazione principale del vettore consiste nel trasferimento di una persona da un luogo ad un altro, oppure, nel trasferimento di una persona per un determinato periodo di tempo. Ai fini dell'esatta esecuzione della prestazione a suo carico (secondo quanto richiesto dall'art 1218 c.c.) sono quindi fondamentali i dati relativi al luogo di partenza e di arrivo ed all'itinerario [16].

La peculiarità del contratto sta in ciò che alla prestazione principale si aggiunge quella di protezione del trasportato la quale si sostanzia nella predisposizione di tutte le misure idonee a far giungere incolume il passeggero al luogo di arrivo. Si ritiene in dot-

---

[14] A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 12 bis, 236 ss., per il quale "La crisi economica prodotta dall'emergenza sanitaria ha altresì generato la diffusa insostenibilità delle condizioni economiche dei contratti perfezionati prima della pandemia, imponendo di affrontare anche il problema della diffusa difficoltà di adempimento delle obbligazioni pecuniarie"; secondo l'A. inoltre "La temporanea limitazione e/o riarticolazione dei diritti fondamentali – posta inderogabilmente mediante i provvedimenti della fase emergenziale – esclude una generale operatività dell'inesigibilità, fondata sulla buona fede, *melius* sull'applicazione dei princípi costituzionali, in ragione della conseguente limitazione o esclusione degli interessi esistenziali suscettibili di essere realizzati con prevalenza sugli interessi creditori" . V. anche O. CLARIZIA, *Coronavirus ed esonero da responsabilità per inadempimento di obbligazione ex art. 1218 c.c.: impossibilità sopravvenuta oppure inesigibilità della prestazione?*, *ivi*, 352.

[15] Il d.d.l. Senato n. 1151 della attuale legislatura, in corso di esame, prevede delega al Governo per una serie di interventi sul codice civile, tra i quali (art. 1, lett. i), quello di prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti .

[16] In argomento si rimanda a R. SANTAGATA, voce *Contratto di trasporto 1. Disposizioni generali*, in *Treccani On line*, 2019, 1 ss., il quale osserva che "la prestazione di trasporto può inoltre essere funzionale al godimento di una vacanza ed anche in tal caso si applica la disciplina del trasporto di persone. Se però il trasporto costituisce soltanto una delle prestazioni di un viaggio, di una vacanza, di un circuito tutto compreso, di una crociera, risultante dalla combinazione con altri servizi, da chiunque ed in qualunque modo realizzata, essa resta sostanzialmente assorbita nel più ampio contratto di turismo organizzato sicché il viaggiatore gode delle tutele specifiche previste dal codice del turismo (art. 32 ss.); in tale contesto valgono soltanto i limiti al risarcimento dei danni corporali patiti dal turista in conseguenza del trasporto (art. 44. C. turismo)".

trina [17] che detta prestazione non possa considerarsi accessoria ma essenziale, in quanto connessa all'obbligazione principale; sono invece accessorie altre prestazioni come l'adempimento di prestazioni assicurative, il trasporto del bagaglio, oppure servizi quali il vitto o l'alloggiamento sul mezzo di trasporto, le quali essendo in rapporto di subordinazione con la prestazione principale si ritiene non siano idonee a mutare la causa del contratto di trasporto, rendendola mista.

L'obbligazione principale del viaggiatore, invece, consiste nel pagamento del prezzo, cioè del corrispettivo dovuto al vettore per il trasferimento della propria persona; egli si trova nella peculiare posizione di creditore della prestazione di trasporto ma anche di colui che può subire direttamente danni dal trasporto.

Il trasporto aereo si distingue da quello terrestre e marittimo e sebbene esista in Italia una disciplina generale dettata dal codice civile all'art. 1768 c.c. ess.gg., le relative disposizioni si applicano per quanto non previsto dal codice della navigazione e non solo; essendo il settore del trasporto aereo normato anche dalla disciplina dettata in ambito sovranazionale dalla Convenzione di Montreal e a quella del citato regolamento CE 261/2004, del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 – abrogativo del precedente reg. n. 295/1991 – che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco le cui disposizioni finiscono per limitare l'ambito di applicazione delle norme codicistiche sopracitate, che seppur di carattere generale, si ritengono prevalentemente dettate per il trasporto di tipo terrestre.

In particolare, i già richiamati cosiddetti impedimenti alla partenza, sono contemplati negli art. 945 e 947 del codice della navigazione in particolare, e nella specie è l'art. 947 c. nav., rubricato «Impedimenti del vettore», a prevedere che «in caso di negato imbarco, di soppressione o ritardo della partenza, di interruzione del viaggio, anche per cause di forza maggiore, un rimando alla normativa comunitaria» di cui al citato regolamento, che modificando la previgente disciplina di cui al Reg. 1997/2027/CE, ha ampliato la responsabilità del vettore, non più limitata al caso di incidenti, confermando come regola il

[17] A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Milano, 2019, 1181 ss., il quale precisa che "nel trasporto terrestre di persona è regolata particolarmente la responsabilità del vettore; le norme relative sono inderogabili. Indipendentemente dalla responsabilità per inadempimento del contratto o per ritardo nel trasporto è affermato il carattere contrattuale della responsabilità per i sinistri che colpiscono il viaggiatore durante il viaggio e per la perdita o l'avaria del bagaglio consegnato dal vettore. Conseguenza del carattere contrattuale della responsabilità è, secondo i principi generali, che non occorre dimostrare la colpa del vettore, il quale, invece, se vuole sottrarre alla responsabilità, deve provare la causa liberatoria dimostrando di avere adottato tutte le misure atte ad evitare il danno".

diritto alla compensazione pecuniaria dei passeggeri in caso di cancellazione di un volo, e come eccezione i casi di esonero dal relativo.

Il reg. 2004/261/CE, prevede regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato; sancisce, altresì il diritto del passeggero a ricevere un'accurata assistenza a terra durante l'attesa, ma soprattutto riconosce al passeggero, in caso di cancellazione del volo (ovvero di overbooking), il rimborso del prezzo pieno del biglietto per la parte del viaggio di cui non ha usufruito; inoltre, è attribuita al viaggiatore una compensazione pecuniaria per le tratte intracomunitarie e non salvo che il vettore dimostri che «la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso».

Più volte di recente la Corte di Giustizia è stata chiamata a giudicare in materia di obbligo a carico del vettore aereo di corrispondere al viaggiatore una compensazione pecuniaria in caso di cancellazione del volo, ai sensi dell'art. 5 del reg. 261/2004, verificando i presupposti, i limiti applicativi ed i relativi nodi interpretativi della relativa disciplina [18].

La nozione di circostanza eccezionale è di per sé risultata da subito controversa, ma la Corte di Giustizia ha adottato un'interpretazione molto rigorosa della normativa, ritenendo da un lato che il vettore non solo dovesse addurre prova della circostanza eccezionale – tale che la stessa non si sarebbe potuta evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso – ma anche dimostrare di aver adottato le misure adeguate alla situazione avvalendosi di tutti i mezzi di cui disponeva, in termini di personale, di materiale e di risorse finanziarie, al fine di evitare che detta situazione comportasse la cancellazione o il ritardo prolungato del volo interessato, senza che si potesse peraltro pretendere tuttavia che questi acconsenta a sacrifici insopportabili alla luce delle capacità della sua impresa nel momento preso in considerazione (sent. Germanwings, punto 19).

Le difficoltà applicative della norma e l'individuazione dei casi di possibile deroga sono derivate nel corso del tempo anche dall'orientamento restrittivo seguito dalla

---

[18] L. LEONE, *Ancora sulle circostanze eccezionali in caso di cancellazione del volo: una carente risposta per una circostanza riferita ad un volo precedente*, in *Dir. trasp*., 2016, 155, M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato,* Torino 2013, 160 ss.; C. DI PALMA, *Responsabilità del vettore aereo nel caso di cancellazione del volo: i problemi tecnici non sempre escludono il diritto al risarcimento del passeggero*, in *Danno e resp.* 2009, 83; V. CORONA, *Le circostanze eccezionali e le prestazioni del vettore aereo in caso di cancellazione del volo*, *Diritto dei trasporti*, 2009,3, 808 ss.; M. STUCCHI, *Cancellazione del volo e diritti dei passeggeri*, in *Dir. Tur.* 2008, 381 ss.; E. ROSAFIO, *Il negato imbarco, la cancellazione del volo e il ritardo nel trasporto aereo di persone: il regolamento n.261/2004/CE*, cit.

Corte la quale in buona sostanza non ha ritenuto sufficientemente semplificativa l'elencazione delle ipotesi di cui considerando n. 14 (che si riferisce a casi di instabilità politica, condizioni meteorologiche incompatibili con l'effettuazione del volo in questione, rischi per la sicurezza, improvvise carenze del volo sotto il profilo della sicurezza e scioperi che si ripercuotono sull'attività di un vettore aereo operativo), affermando infatti che dette evenienze ben lungi dal costituire di per sé circostanze eccezionali, possono sono essere apprezzati alla stregua di situazioni in cui le circostanze potrebbero sorgere propendendo quindi una valutazione caso per caso deputata ad appurare se e quando i disservizi e i disagi per i passeggeri si sarebbero comunque potuti evitare [19].

Quanto al significato letterale dell'espressione, si è ritenuto che essa debba esser ricostruita conformemente al significato attribuitovi nel linguaggio corrente, ma comunque coerentemente con gli scopi della normativa e soprattutto tenendo presente l'obiettivo dell'elevata tutela dei consumatori.

Secondo una giurisprudenza costante, possono essere considerate «circostanze eccezionali», ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, del reg. n. 261/2004, gli eventi che, per la loro natura o per la loro origine, non sono inerenti al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfuggono all'effettivo controllo di quest'ultimo, e tali due condizioni sono cumulative [20].

La casistica ad esempio ha messo sul tappeto problemi di varia natura destinati anche a chiarire ad esempio se il ritardo prolungato potesse equipararsi alla cancellazione [21] e se comunque desse diritto alla compensazione pecuniaria al passeggero, ovvero se si potesse cumulare una doppia compensazione pecuniaria per un volo cancellato e per il con-

---

[19] Corte di Giustizia UE, 22 dicembre 2008, in causa C-549/07, Wallentin-Hermann c. Alitalia.

[20] Corte di Giustizia UE 4 aprile 2019, Germanwings, C-501/17, in *Riv. dir. trasp*., 2019, 871 ss., con nota di V. CORONA, *Le circostanze eccezionali per «F.O.D.» (Foreign Object Damage) e «Fuel».* e Corte di Giustizia UE 12 marzo 2020, Finnair, C-832/18, in *dirittoegiustizia.it*.

[21] Ai sensi dell'art 6. Qualora possa ragionevolmente prevedere che il volo sarà ritardato, rispetto all'orario di partenza previsto a) di due o più ore per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1 500 km; o b) di tre o più ore per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1 500 km e per tutte le altre tratte aeree comprese tra 1 500 e 3 500 km; o c) di quattro o più ore per tutte le altre tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lettere a) o b), il vettore aereo operativo presta ai passeggeri:i) l'assistenza prevista nell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), e nell'articolo 9, paragrafo 2; ii) quando l'orario di partenza che si può ragionevolmente prevedere è rinviato di almeno un giorno rispetto all'orario di partenza precedentemente previsto, l'assistenza di cui all'articolo 9, paragrafo 1, lettere b) e c); eiii) quando il ritardo è di almeno cinque ore, l'assistenza prevista nell'articolo 8, paragrafo 1, lettera a).2. In ogni caso l'assistenza è fornita entro i termini stabiliti dal presente articolo in funzione di ogni fascia di distanza.

seguente ritardo del volo su cui il viaggiatore fosse stato riavviato [22]. Si consideri ad esempio la recente decisione con cui si è dovuto stabilire se la circostanza che un passeggero, durante un volo, morda altri passeggeri e aggredisca l'equipaggio che ha cercato di calmarlo, tanto da giustificare, secondo il comandante del volo, un dirottamento verso il più vicino aeroporto per sbarcare tale passeggero e il suo bagaglio, con conseguente ritardo dell'arrivo a destinazione del volo, costituisse una circostanza eccezionale, possibilità che l'art 5 potesse essere invocato ove detta circostanza avesse interessato si l'aeromobile che ha effettuato il volo di cui trattasi, ma in occasione di un volo precedente a quest'ultimo, nonché sulla ragionevolezza delle misure attuate da tale vettore [23].

Ha ritenuto di recente la Corte di Giustizia che il reg. (CE) 261/2004, art. 7, paragrafo 1, deve essere interpretato nel senso che un passeggero aereo, che ha beneficiato di una compensazione pecuniaria a causa della cancellazione di un volo ed ha accettato il volo alternativo che gli è stato proposto, può pretendere che gli sia riconosciuta una compensazione pecuniaria per il ritardo del volo alternativo, qualora tale ritardo si sia protratto per un numero di ore tale da dar diritto a una compensazione pecuniaria e il vettore aereo del volo alternativo sia lo stesso del volo cancellato [24], salvo si dimostri che non vi fosse

---

[22] Ai sensi dell'art 8 del regolamento, Quando è fatto riferimento al presente articolo, al passeggero è offerta la scelta tra: a) – il rimborso entro sette giorni, secondo quanto previsto nell'articolo 7, paragrafo 3, del prezzo pieno del biglietto, allo stesso prezzo al quale è stato acquistato, per la o le parti di viaggio non effettuate e per la o le parti di viaggio già effettuate se il volo in questione è divenuto inutile rispetto al programma di viaggio iniziale del passeggero, nonché, se del caso: – un volo di ritorno verso il punto di partenza iniziale, non appena possibile; b) il riavviamento verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, non appena possibile; oc) il riavviamento verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, ad una data successiva di suo gradimento, a seconda delle disponibilità di posti.2. Il paragrafo 1, lettera a), si applica anche ai passeggeri i cui voli rientrano in un servizio «tutto compreso», ad esclusione del diritto al rimborso qualora tale diritto sussista a norma della direttiva 90/314/CEE.

[23] Corte di Giustizia 11 giugno 2020, causa C-74/19, relativa alla vicenda del un passeggero in arrivo da Fortaleza a Lisbona e diretto ad Oslo il quale lamentava di non essersi potuto imbarcare sul secondo volo della coincidenza, cioè quello da Lisbona a Oslo, a causa di un ritardo nell'arrivo del primo volo, da Fortaleza a Lisbona, dovuto al ritardo del precedente volo dello stesso aeromobile da Lisbona a Fortaleza, dirottato a Las Palmas de Gran Canaria (Spagna) per sbarcare un passeggero molesto.

[24] Corte di Giustizia 12 marzo 2020, causa C-832/18, cit. La decisione si riferisce al caso di una compagnia aerea cancellava il volo dalla Finlandia (Helsinki) a Singapore ed offriva ai passeggeri un volo alternativo con scalo intermedio in Cina. Il volo subiva un ritardo di un paio di ore. I passeggeri ottenevano dal vettore la compensazione pecuniaria di 600 euro a testa per la cancellazione del primo volo, mentre non ricevevano nulla per il ritardo del secondo volo, alternativo al primo. Infatti, il vettore rifiutava di risarcire doppiamente i passeggeri per il ritardo del secondo volo, poiché il disagio era stato determinato dal guasto ad un'apparecchiatura del velivolo, pertanto, il ristoro non era dovuto trattandosi di una circostanza eccezionale.

Il giudice finlandese, davanti al quale si svolge la vertenza, opera un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in ordine all'interpretazione delle norme contenute nel regolamento 261/2004, sulle seguenti que-

nessun'altra possibilità di riavviamento diretto o non diretto con un volo operato dal vettore stesso o da un altro vettore aereo e che arrivasse meno tardi rispetto al volo successivo del vettore aereo interessato o qualora l'effettuazione di un simile riavviamento costituisse per il vettore aereo un sacrificio insopportabile tenuto conto delle capacità della sua impresa nel momento in questione, circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare.

Quanto al concetto di ritardo, la Corte di giustizia è stata chiamata in primo luogo ad operare un coordinamento tra il regolamento europeo e la normativa internazionale sancita dalla Convenzione di Montreal la quale si limita a prevedere la responsabilità da ritardo disancorandola da precisi riferimenti spazio temporali, mentre il regolamento 261/2004 all'art. 6 pur contemplando il ritardo sulla base di appositi criteri, ciononostante non estende testualmente la compensazione pecuniaria al di là dei casi di cancellazione.

Sul punto la Corte ha operato una duplice interpretazione restrittiva [25]; per riconoscere ai passeggeri il diritto alla compensazione pecuniaria, anche in caso di ritardo si è evidenziato che ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte; in tal senso ha richiamato il quindicesimo 'considerando' del regolamento a tenore del quale il vettore si può appellare alla giustificazione delle circostanze eccezionali anche quando una decisione di gestione del traffico aereo in relazione ad un particolare aeromobile in un particolare giorno provochi «un lungo ritardo [o] un ritardo [fino al giorno successivo]».

---

stioni: 1. se il Regolamento 261/2004 (art. 7 paragrafo 1) vada interpretato nel senso che il passeggero, già risarcito per la cancellazione del volo, abbia diritto ad una nuova compensazione, allorché il volo alternativo offerto dalla stessa compagnia aerea subisca un ritardo suscettibile di rimborso;2. in caso di risposta affermativa alla prima questione, se il vettore aereo possa invocare circostanze eccezionali (art. 5 paragrafo 3 Regolamento) nel caso in cui subisca un guasto ad un "componente" trattato come "*on condition*", vale a dire come pezzo utilizzato fino a quando non si guasti e il vettore aereo sia pronto alla sua sostituzione con uno di ricambio, già disponibile. La Corte di Giustizia argomenta la propria decisione sia sulla scorta dei propri precedenti sia alla luce della *ratio* del Regolamento. Infatti, la disciplina comunitaria mira a rimediare ai disagi patiti dai passeggeri a causa di negato imbarco, cancellazione o ritardi prolungati dei voli. Inoltre, diversamente opinando, si consentirebbe al vettore aereo di "imporre" ai passeggeri dei ritardi senza subire alcuna conseguenza. Di contro, l'obbligo di offrire una compensazione pecuniaria produce degli effetti incentivanti sul vettore, in ordine all'attuazione concreta dell'assistenza che è tenuto ad offrire. Quindi, la compagnia aerea deve subire delle conseguenze pecuniarie – come l'obbligo della compensazione – in quanto la loro mancanza «comporterebbe che il rispetto del diritto al riavviamento dei passeggeri verrebbe compromesso, il che sarebbe contrario all'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione, enunciato nel considerando 1 di tale regolamento».

[25] Corte giustizia UE, sez. IV, 19 novembre 2009, C-402/07 e C-402/37, in *G.U.U.E.* 2017 N.60, 2 ss.

Detta interpretazione è parsa in linea con l'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione ai passeggeri degli aerei, in tal senso si propende per una valutazione omogenea dei casi di cancellazioni, ritardi e negati imbarchi.

**3.** – A seguito dell'epidemia da coronavirus i governi nazionali hanno adottato una serie di misure restrittive destinate ad incidere sulle libertà fondamentali, sui diritti della persona e sulla libertà di iniziativa economica in vista della salvaguardia del superiore bene della salute individuale e collettiva; come conseguenza delle predette scelte, gli spostamenti dal luogo di residenza per scopi turistici sono stati vietati e/o limitati drasticamente, e con essi i viaggi sul territorio nazionale, all'estero o le crociere e le vacanze, con conseguenze e ripercussioni sull'attività imprenditoriale delle strutture ricettive.

Con specifico riferimento ai contratti di trasporto aereo, l'emergenza sanitaria da Coronavirus si è da subito ritenuta rientrare nelle circostanze eccezionali che escludono l'obbligo per il vettore aereo di provvedere alla compensazione pecuniaria per la cancellazione o il ritardo del volo nei confronti dei passeggeri, come conferma il considerando 31 del regolamento 261/2004/CE che elenca nel novero delle stesse i rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione del viaggio che impediscono di viaggiare in modo sicuro verso la destinazione come stabilito nel contratto di pacchetto turistico.

Detta interpretazione è stata anticipata dal l'Ente nazionale dell'Aviazione civile che già prima del d.l. n. 9/2020, aveva modo di precisare che le cancellazioni dei voli a causa delle misure sanitarie non avrebbero comportato il riconoscimento del diritto alla compensazione pecuniaria previsto dall'art. 5 reg. CE n. 261/2004.

Il d.l. n. 9 del 2 marzo 2020 del resto, con riferimento ai contratti di trasporto aereo, ferroviario e marittimo, ha espressamente ricompreso nella sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta di cui all'art. 1463 c.c. –più che la pandemia in sé e per sé – specifiche situazioni in cui si trovassero i viaggiatori interessati da provvedimenti volti al contenimento del contagio da SARS-CoV-2,considerandole pertanto alla stregua di un evento oggettivamente estraneo al contratto, non voluto né prevedibile, ma obbiettivamente inevitabile e prevedendo altresì che i predetti viaggiatori potessero esercitare il diritto di recesso dai contratti di pacchetto turistico da eseguirsi nei periodi di ricovero, di quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nelle aree inte-

ressate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 [26].

Va sottolineato che le dette disposizioni normative si riferiscono ai contratti da eseguirsi nel territorio nazionale nei periodi di quarantena, di durata dell'emergenza epidemiologica e nelle aree interessate dal contagio, nell'ambito del territorio nazionale, mentre è chiaro che molti dei pacchetti turistici e dei contratti di viaggio erano e sono destinati ad essere eseguito al di fuori dei confini nazionali.

Con il c.d. decreto Cura Italia (legge 17 marzo 2020 n.18 convertito con modifiche dalla l. n. 27/2020) [27], sono state indicate precise disposizioni (art. 88-*bis*) in ordine ai contratti di viaggio turistici prevedendosi che «in caso di recesso, l'organizzatore può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, può procedere al rimborso nei termini previsti dai commi 4 e 6 dell'art. 41 del d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 [28], oppure può emettere un voucher, da utilizzare en-

---

[26] L'art. 28 del d.l. 2 marzo 2020 ha espressamente previsto che ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione di cui all'art. 1463 c.c. in relazione ai contratti di trasporto (aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre) stipulati da: a) soggetti nei confronti dei quali è stata disposta «la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria; b) soggetti «residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di allontanamento nelle aree interessate dal contagio»; c) soggetti «risultati positivi al COVID-19 per i quali è disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente ovvero il ricovero presso le strutture sanitarie»,; d) soggetti che «hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio», individuate dai dpcm attuativi del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel periodo di efficacia dei predetti decreti; f) soggetti «intestatari di titolo di viaggio, acquistati in Italia, avente come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19».Il decreto disciplina anche la procedura per il rimborso: comunicare al vettore il ricorrere di una delle situazioni sopra illustrate – allegando il titolo di viaggio e, in ipotesi di partecipazione a concorsi pubblici o manifestazioni, la documentazione attestante la partecipazione a tali eventi – entro trenta giorni a decorrere dalla cessazione della quarantena, dell'isolamento domiciliare o del ricovero; dall'annullamento, sospensione o rinvio del concorso o evento cui si doveva partecipare; dalla data prevista per la partenza verso Stati esteri dove sia stato impedito o vietato lo sbarco, approdo o arrivo. Si prevede, inoltre, che il vettore, entro 15 giorni, debba procedere al rimborso del corrispettivo versato dal viaggiatore. Il vettore, sempre entro 15 giorni, potrebbe anche scegliere di emettere un voucher del valore dell'importo versato, da utilizzare entro un anno dall'emissione. Il decreto precisa, inoltre, che i viaggiatori hanno diritto al rimborso di quanto versato per impossibilità sopravvenuta *ex* art. 1463 c.c. anche se il titolo di viaggio è stato acquistato per il tramite di un'agenzia di viaggio.

[27] A.M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto cura Italia*, in *Contratti*, 2020, 2, 213 ss.

[28] Sul punto si rimanda a R. SANTAGATA, *I contratti del turismo organizzato. Profili sistematici*, in S. Cogliani, M. Gola, M.A. Sandulli, R. Santagata, (a cura di), *L'ordinamento del mercato turistico*, Giappichelli, Torino, 2012.

tro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante» [29].

Gli strumenti normativi di tutela cui lo stesso legislatore si è appellato sono quelli previsti dalla normativa statale in materia di turismo, che da un decennio a questa parte è peraltro ritornata al centro del dibattito dottrinario anche in seguito alle vicende che hanno accompagnato il progetto del Codice del turismo [30], recentemente novellato con d.lgs. 21 maggio 2018 n. 62 di recepimento della la Direttiva 2015/2032 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio [31].

Il Codice del Turismo qualifica il trasporto di passeggeri come servizio turistico; ciò significa che lo stesso soggiace alla disciplina ivi prevista che contempla puntuali diritti per il turista; in particolare, come servizio truistico il trasporto può far parte di un contratto di pacchetto turistico ovvero di un servizio collegato a seconda se esso rappresenti o meno una parte essenziale del pacchetto e considerandosi il momento in cui i diversi servizi sono acquistati e le relative modalità di prenotazione rispetto ad altri servizi turistici collegati; la Direttiva, inoltre qualifica il turista come viaggiatore, con terminologia chiaramente riferibile al servizio di trasporto, e persino il professionista come colui che agisce veste di organizzatore, venditore, professionista che agevola servizi turistici collegati o di fornitore di servizi turistici.

Ciò che interessa è la previsione, dettagliata contenuta nel detto Codice di una serie di ipotesi al ricorrere delle quali è previsto per il viaggiatore il diritto potestativo di recesso; tra le quali figurano circostanze inevitabili e straordinarie per le quali l'organizzatore che non è in grado di eseguire il contratto è tenuto a comunicare la risoluzione del medesimo al viaggiatore senza indebito ritardo prima dell'inizio del pacchetto (art. 12, comma 2, lett. b).

Si tratta di circostanze contemplate dal legislatore nella consapevolezza della probabilità che un contratto di questo tipo ad esecuzione differita e continuata possa essere espo-

---

[29] l'emissione del voucher comporta una novazione oggettiva *ex lege* dell'originario rapporto obbligatorio, mediante la quale si attua una "sostituzione" del rapporto obbligatorio preesistente (il pacchetto turistico o il contratto di soggiorno risoltisi per impossibilità sopravvenuta della prestazione) con un rapporto giuridico nuovo (il pacchetto turistico o il contratto di soggiorno che verrà stipulato entro l'anno di scadenza del titolo).

[30] R. SANTAGATA, *La nuova disciplina dei contratti del turismo organizzato nel codice del turismo dimidiato*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2012,6, 1105 ss.

[31] Sul punto A. FINESSI (a cura di) *La nuova disciplina*, cit., passim.

sto ad eventi imprevisti che ne frustrino la causa [32], rispetto ai quali si è ritenuto di adoperare come dsicrimen di una diversa disciplina applicabile ora il limite temporale della partenza, cosiddetto inizio di esecuzione del pacchetto ora quello del pagamento del saldo; si tratta di una serie di previsioni molto articolate apparentemente di semplice applicazione in quanto destinate anche a regolare altresì i presupposti dell'operatività di un recesso gratuito del viaggiatore, ma che in realtà nascondono difficoltà interpretative in relazione all'indagine sulla natura e tipologia di circostanze richiamate.

Sotto questo specifico aspetto, l'evento pandemico, chiaramente ricompreso nel novero degli eventi straordinari ed imprevedibili e perciò eccezionali, non imputabile a nessuna delle due parti del contratto, ha sostanzialmente determinato nei fatti quello che è stato definito un esonero bilaterale dai rischi per l'irrealizzabilità incolpevole della causa, richiamando, in assenza di puntuali previsioni a livello di diritto generale come nei codici di settore, il dibattito intorno alla rilevanza degli eventi sopravvenuti i quali anziché sul risultato della prestazione incidano sul contenuto della medesima; ciò tanto più che la stessa obbligazione nascente dal contratto di pacchetto turistico è notoriamente considerata del secondo tipo [33].

Quanto alla disciplina emergenziale, l'offerta di cd. voucher ai passeggeri da parte del vettore, non dovrebbe pregiudicare ex se il diritto del passeggero di scegliere in alternativa il rimborso del prezzo del biglietto, il passeggero infatti può non accettare quest'offerta, poiché necessita a tal fine un nuovo accordo tra professionista e viaggiatore.

Sul punto si è tuttavia aperto infatti un dibattito dottrinario [34] osservandosi come detta norma si sia posta innanzitutto in contrasto con l'art. 5 del regolamento 261/2004 il qua-

---

[32] L'attuale disciplina deriva dalle originarie previsioni della pregressa Direttiva 90/314/Ce recepita in Italia con d.lgs. n. 111/95 che all'art. 12 riportava le ipotesi di modifiche al pacchetto, adottando come discrimen il limite della partenza, destinato a segnare il limite temporale oltre il quale spettava al turista anziché il recesso gratuito un rimborso sostanzialmente decurtato delle prestazioni già fruite.

[33] Si osserva sul punto che in una diversa prospettiva il creditore tenuto a cooperare all'adempimento nell'interesse proprio, egli dovrebbe rispondere di eventi che gli impediscano di porre in essere l'attività, seppure estranei alla sua programmazione. V. S. PAGLIANTINI, *Modifiche* anteriori, cit.,69 ss., il quale discorre altresì di un regime speciale di sopravvenienze proprie di un tipo contrattuale derogante al diritto comune (ivi, 75). Sulla natura giuridica dell'obbligazione del tour operator v. Cass. 24 aprile 2008 n.10651, *in Foro it*., 2009, 1, 213 ss. e in *Dir. trasp*., 2009, 3, 831 ss., con nota di A. ZAMPONE, *Sull'obbligo del tour operator di garantire la riuscita della vacanza*.

[34] R. SANTAGATA, *Gli effetti del Coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti. giustiziacivile.com*, 2020, 4, 3 ss.; vedi pure G. VULPIANI, *Emergenza epidemiologica e contratti del turismo*, in *Judicium*, 2020, 4, 1 ss.

le rimette al viaggiatore la scelta il rimborso pieno del prezzo e il voucher da utilizzare per un volo futuro [35], al contrario a tenore dell'art. 88 è al Compagnia a trovarsi in una posizione di privilegio potendo imporre al cliente le condizioni del rimborso.

La norma è stata infatti introdotta peraltro anche in deroga all'art. 41, comma 4, d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79 a tenore del quale, invece, «in caso di circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione, il viaggiatore ha diritto di recedere dal contratto, prima dell'inizio del pacchetto, senza corrispondere spese di recesso, ed al rimborso integrale dei pagamenti effettuati per il pacchetto, ma non ha diritto a un indennizzo supplementare» [36].

La previsione della disciplina emergenziale invece sembra chiaramente favorire gli organizzatori ai quali è dato di scegliere tra le alternative del rimborso o del voucher, anche se in base alle regole ordinarie come corrispettivo del recesso è riconosciuto al viaggiatore il solo rimborso e non anche ulteriori eventuali indennizzi [37].

Il distacco della suddetta normativa emergenziale dal regime ordinario previsto disciplina del diritto dell'Unione è stato in parte attenuato poiché è stata adottata la Raccomandazione della Commissione del 13 maggio 2020, per incentivare la pratica dell'emissione di buoni di viaggio, sempre però in un'ottica di collaborazione con i viaggiatori, la cui facoltà di chiedere il rimborso non può esser disconosciuta da parte del passeggero o del viaggiatore. Sul punto la stessa Commissione ha avuto infatti cura di rammentare che

---

[35] Quando è fatto riferimento al presente articolo, al passeggero è offerta la scelta tra: a) – il rimborso entro sette giorni, secondo quanto previsto nell'articolo 7, paragrafo 3, del prezzo pieno del biglietto, allo stesso prezzo al quale è stato acquistato, per la o le parti di viaggio non effettuate e per la o le parti di viaggio già effettuate se il volo in questione è divenuto inutile rispetto al programma di viaggio iniziale del passeggero, nonché, se del caso:– un volo di ritorno verso il punto di partenza iniziale, non appena possibile; o c) l'imbarco su un volo alternativo verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, ad una data successiva di suo gradimento, a seconda delle disponibilità di posti.

[36] In argomento v. A. PEPE, *Circostanze eccezionali e esonero da responsabilità del tour operator*, in *Contr. impr. Europa*, 2017, 254 ss., il quale osserva che l'introduzione del riferimento espresso alle circostanze eccezionali si giustifica in virtù dell'esigenza di un riavvicinamento tar la disciplina del contratto turistico e quella dei contratti di trasporto aereo, e non solo e che "con riguardo alla nozione di «circostanze inevitabili e straordinarie», merita di essere subito evidenziato come la stessa non assuma rilievo esclusivamente quale limite alla responsabilità risarcitoria del tour operator, ma altresì quale causa che, prima dell'inizio dell'esecuzione del viaggio, giustifica l'esercizio del diritto di recesso ad opera di ambedue le parti contrattuali, legittimando in tal senso una sorta di "recesso per giusta causa".

[37] Sul recesso del turista si rimanda a S. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE* (*Between the jurisprudence and the legal theoy of "controlimiti": the withdrawal of the traveler in the tourist package contract pursuant to Article 12 Directive (EU) 2015/2302*), in *Eur. dir. priv*., 2018, 1, 41 ss.

la normativa emergenziale non era e non è in grado di derogare ad un sistema di tutela che ha come obiettivo quelli di rafforzare la tutela dei viaggiatori, sicché permane il principio in base al quale la norma interna che si pone in contrasto con il diritto dell'Unione direttamente applicabile recede rispetto a questo stesso [38].

Una possibile diversa lettura dovrebbe trarre spunto e metterle sul tappeto dalle esigenze solidaristiche vero le imprese, fortemente colpite dalla pandemia, nel più ampio e generale quadro della normativa dei trattati, i quali, come è noto realizzano un diverso bilanciamento tra libertà e diritti fondamentali, diverso da quello che per tradizione ci offre il nostro ordinamento, il quale il quale antepone le esigenze della persona a quelle del mercato.

In questo caso c'è da dire che il legislatore dell'emergenza sembra invece essersi spirato proprio alla logica del diritto dell'Unione nel quale occupano un posto di interessi fondamentali anche le libertà economiche e tutte le situazioni ad esse connesse [39].

Sotto altro aspetto, va rilevato e sottolineato come l'incidenza dell'epidemia sulla sorte dei contratti di trasporto e/o di viaggio turistico, debba essere riguardata nella duplice prospettiva cioè del vettore e/o organizzatore e del viaggiatore e/o turista. Il primo debitore, della prestazione principale di trasporto, viaggio e/o di servizio alberghiero viene a trovarsi nella oggettiva impossibilità di erogarla per le misure contenenti divieti e limitazioni; e dunque in tal caso si versa *strictu sensu* nell'ipotesi contemplata dall'art. 1463

---

[38] Sul punto è stata sollecitata l'AGCM, secondo la quale a fronte del permanere del descritto contrasto, in presenza di condotte in cui al consumatore venisse negato il diritto al rimborso e offerto unicamente il voucher, l'Autorità, nell'esercizio dei compiti ad essa spettanti a tutela dei diritti dei consumatori, interverrà per assicurare la corretta applicazione della normativa di diritto UE, disapplicando all'occorrenza normativa nazionale con essa contrastante.

[39] Ampio è il dibattito dottrinario sul tema del bilanciamento tra libertà economiche previste nei Trattati e diritti della persona; peraltro in ambito sovranazionale la qualità di fondamentali viene spesso abbinata non ai diritti ma alle libertà e queste sono le libertà di stabilimento, di prestazione di servizi e la libera circolazione dei capitali, come libertà economiche. In questo contesto il rapporto tra siffatte libertà e i diritti della persona è dinamico e dialettico, determinando una sorta di contaminazione tra settori del diritto, che induce a risistemare di volta in volta mutandola la gerarchia di valori che ispira la regolazione del mercato. In argomento v. C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e status della persona*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2015, 1, 7 ss.; la quale si sofferma sulle "modalità tecniche di ingresso nell'ordinamento interno del diritto europeo e/o sovranazionale, quale rappresentato in particolare dalle li– bertà del Trattato e poi dai «diritti» introdotti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta di Nizza, ciascuna con le loro Corti"; v. pure E. MALFATTI, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2013; G. GERBASI, *La Corte Costituzionale tra giudici comuni nazionali e Corti europee alla ricerca di una più efficace tutela dei diritti fondamentali*, in S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, Giuffrè, Milano, 2012; M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini, in Questione giustizia*, 2015, 11, 84 ss.

c.c. [40] in quanto ricorre un evento estraneo all'economia dell'affare fuori dalla ragionevole previsione e soprattutto non riconducibile alle normali dinamiche del mercato.

Viceversa la condizione nella quale si trova il cliente, viaggiatore, turista non è quella dell'impossibilità di eseguire la prestazione quanto piuttosto in quella di utilizzarla, laddove lo stesso si trovi nelle ipotesi contemplate dal decreto legge del 2 marzo di ricovero, di quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nelle aree interessate dal contagio.

Sotto questo profilo le previsioni di legge che hanno richiamato in ogni caso l'operatività dell'art. 1463 c.c. per i relativi contratti già stipulati e non ancora eseguiti, riconoscendo all'utilizzatore il diritto di recesso ed il conseguente rimborso del prezzo, in realtà hanno operato sia pure implicitamente un'equiparazione tra sopravvenuta impossibilità della prestazione e sopravvenuta impossibilità della sua utilizzazione.

Va richiamato in proposito l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale [41] formatosi non a caso con riferimento ad un contratto turistico di cui i viaggiatori lamentarono l'impossibilità di fruizione a causa di un'epidemia di dengue scoppiata nella meta di destinazione; all'epoca dei fatti la Suprema Corte di Cassazione con una chiara interpretazione innovativa ed additiva ritenne possibile estendere il rimedio della risoluzione a casi tecnicamente diversi dall'impossibilità di esecuzione della prestazione e che integravano invece la sua sopravvenuta inutilizzabilità.

Si è ritenuto infatti che questa sopravvenienza costituisse una circostanza al verificarsi della quale il sinallagma contrattuale non si potesse attuare fisiologicamente, in quanto divenuto inidoneo alla realizzazione degli interessi che le parti intendevano soddisfare con il contratto, il tutto non per un fatto imputabile ad una delle parti e soprattutto nonostante non si versasse nell'ipotesi in senso stretto di una impossibilità giuridica ovvero fisica della prestazione.

---

[40] R. SACCO, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.* XVIII, 1998, Torino, 53.

[41] F. PAROLA, *Risoluzione del contratto turistico e impossibilità di utilizzazione della prestazione*, *Obbl. contr.,* 2009, 5, 34 ss.; C. CAVAJONI, *La "finalità turistica" come causa in concreto del contratto di viaggio*, *Contr.*, 2008, 3, 241ss.; L. DELLI PRISCOPI, *Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica*, in *Danno resp.*, 8-9, 845 ss.; B. IZZI, *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *Giur. it.*, 2008, 5, 1133 ss.; S. NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2008, 5, 542 ss.; F. ROLFI, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Corr. giur.*, 2208,7, 921 ss.

Il *leading case* che ha originato la teoria della cosiddetta sopravvenuta impossibilità dell'utilizzazione della prestazione [42], rappresenta oggi più che mai un caso paradigmatico poiché ad oggetto l'impossibilità di fruire di un viaggio turistico nella meta vacanziera per motivi igienico-sanitari, a fronte della quale hanno ritenuto i giudici vanificata la «finalità turistica» come ragione per la quale le parti si erano determinate a concludere il contratto di acquisto del pacchetto di viaggio.

Si tratta di una decisione storica che ha richiamato l'attenzione sulla valutazione in concreto della causa [43] e sulla sua realizzabilità in ordine all'individuazione in concreto dell'interesse che le parti, segnatamente il turista intendeva realizzare e che appariva irrimediabilmente compromesso dalla situazione sopravvenuta, si da vanificarne la realizzazione e con esso la stessa attuazione della causa [44] .

Proprio alla luce di questa impostazione, tuttavia, si rendono opportune alcune valutazioni. La disciplina del d.l. del 2 marzo 2020, ricorrendo ad un meccanismo presuntivo [45] dell'impossibilità dovuta alle misure di contenimento del contagio, ha stabilito che il turista avrebbe dovuto rilasciare una dichiarazione in tal senso a trenta giorni dalla data in cui era programmata la presenza presso la struttura ricettiva.

Con tale disposizione si è sostanzialmente equiparato in un unico trattamento tutte le tipologie di contratti del turismo, sia il solo contratto di trasporto aereo che quello di pacchetto turistico, laddove è chiaro che l'interesse concreto dei viaggiatori non possa presumersi essere sempre connesso ad una causa turistica, a meno che non si propenda per un'interpretazione nuova del concetto di turismo che ne contempli come interessi a loro volta idonei ad incidere nella qualificazione della causa del contratto le motivazioni, le quali possono peraltro associarsi ad una finalità di svago e piacere, ma diversamente

---

[42] S. CERRI, *Irrealizzabilità del contratto di pacchetto turistico e causa in concreto*, in *Dir. proc.*,1, 2018, 320 ss.; S. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.,* 2010, 5, 1211 ss.; M. TRIMARCHI, *L'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione,* in *Obbl. contr*., 2010, 6 ss.; F. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, *Contr. impr.,* 2009, 1, 151 ss.

[43] 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*,* 4, 957 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato sul contratto*, a cura di V. Roppo, 2. *Il regolamento*, Giuffrè, Milano 2006; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*. *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1952; G.B FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

[44] Cass. 24 luglio 2007 n. 16315 e Cass. 20 dicembre 2007 n. 26958, su cui v. nota 29; da ultimo v. Cass. 10 luglio 2018, n. 18047.

[45] C. TINCANI, *La sorte dei contratti di soggiorno in occasione della pandemia di covid-19*, in *Riv. it. dir. tur.*, Special issue, 2020, 362 ss.

possono sottendere un interesse formativo, sanitario, lavorativo, professionale, religioso o culturale.

Va da sé che il turismo, tradizionalmente legato al relax ed al tempo libero è ormai divenuto un fenomeno complesso, anche per effetto della globalizzazione e dell'innovazione tecnologica nonché della rapidità delle comunicazioni; sicché l'attività umana del viaggio si atteggia sempre più come estrinsecazione della personalità, protetta e promossa alla luce dell'art 2 della Costituzione ed alla quale dunque possono essere sottesi interessi fondamentali destinati ad assicurare la piena manifestazione della personalità.

Sul piano delle valutazioni di politica legislativa anche se si osserva che è immaginabile che la vacanza si possa ripetere [46] ammantandosi di ragionevolezza la decisione di rimettere all'operatore turistico la scelta di erogare un cosiddetto voucher in luogo del rimborso, mentre è non possibile dire lo stesso per il viaggio d'affari o per quello sanitario, è anche vero che dalla casistica in tema di risarcimento del danno da vacanza rovinata [47] si evince che anche il viaggio per motivi di vacanza può essere nelle aspirazioni del turista un'occasione irripetibile (si pensi al classico esempio della luna di miele).

Sotto questo punto di vista non potendosi addossare le conseguenze della mancata realizzazione della causa concreta alla parte che avrebbe dovuto fornire la prestazione impossibile, sembra che il rischio dell'irripetibilità del viaggio rimanga a carico del creditore della relativa prestazione turistica, escludendosi qualsiasi possibilità di risarcimento e /o indennizzo [48].

**4.** – La disciplina speciale introdotta durante l'emergenza sanitaria costituisce pertanto un'occasione per riflettere su un tema delicato quale quello della rilevanza del rischio

---

[46] C. TINCANI. *La sorte dei contratti*, cit., 362 ss.

[47] L. ROSSI CARLEO, *Turismo organizzato e vacanza rovinata, la risarcibilità del danno*, in *Riv. dir. impr.*, 1996, 3, 477, la quale per sottolineare la necessità di prestare maggiore attenzione al contratto di viaggio e alla vacanza e al viaggio come entità immanenti rispetto al contratto, come interesse che contribuisce alla qualificazione del contratto turistico; in questo modo la vacanza più che come bene viene ad essere intesa proprio come prodotto di un contratto che ha per oggetto attività, prestazioni e servizi.

Osserva che questo contratto si caratterizza per la globalità di un pacchetto in cui le singole prestazioni perdono la loro individualità stemperandosi nell'offerta di un prodotto denominato vacanza». Ovvero, che si è in presenza di «una pluralità di prestazioni, cd. pacchetto turistico, unificate allo scopo turistico».

[48] Mutatis mutandis si rimanda a S. MAGNOSI, L*a necessaria capacità di adattamento del turista esclude la risarcibilità del danno da vacanza rovinata,* nota a Giud. Pace Roma,18 giugno 2005, in *Dir. tur*., 2006, 369 ss. Nonché a E. BATTELLI, Sub art. 42 cod. tur. *Responsabilità dell'organizzatore per l'inesatta esecuzione del pacchetto e per la sopravvenuta impossibilità in corso d'esecuzione del pacchetto*, in P. PERLINGIERI L. MEZZASOMA (cur.) *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza. Aggiornamento*, Napoli, 2018.

nel contratto, sia esso di solo trasporto aereo che di viaggio turistico, che abbia come parte un imprenditore/professionista e un consumatore/turista/viaggiatore.

Se si prende in considerazione l'art. 5 del regolamento 261/2004, la cui applicazione è stata peraltro esclusa dalla legislazione emergenziale, si può rilevare che mentre la compensazione pecuniaria per quanto nella formulazione appaia più simile ad un indennizzo, è tutto sommato corrisposta nell'ambito di un'evenienza che appare più vicina ad una forma di responsabilità per inadempimento, che nell'ipotesi di contratto di pacchetto turistico può altresì integrare un'ipotesi di inesatta esecuzione della prestazione integrante un difetto di conformità ai sensi della Direttiva 2015/2032 [49], nei casi di circostanze eccezionali ci si trova di fronte all'obbiettivizzazione di un ipotesi di rischio contrattuale oggettivo, quello dell'impossibilità, in relazione al quale si pone un problema di distribuzione e perequazione dei costi derivanti dall'impossibilità della prestazione, e quindi sostanzialmente un problema di riequilibrio del sinallagma [50].

Sembra pacifico che la pandemia integri in tal senso un evento straordinario e imprevedibile, non riconducibile alla normale alea del contratto e pertanto le attuali previsioni, relative alla configurazione del diritto di recesso del viaggiatore dai contratti turistici,

---

[49] Tra le più importanti novità della Direttiva 2015/2032 che ha abrogato la previgente Direttiva 90/314/CE sui viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso, figura l'espressa previsione della responsabilità dell'organizzatore per difetto di conformità, testualmente definito al n. 13 dell'art. 2 della stessa nuova Direttiva come un inadempimento o un'inesatta esecuzione dei servizi turistici inclusi in un pacchetto; cui corrisponde la norma dell'art. 13 comma 1 secondo cui Gli Stati membri provvedono affinché sia ritenuto responsabile dell'esecuzione dei servizi turistici previsti dal contratto di pacchetto turistico l'organizzatore, indipendentemente dal fatto che tali servizi debbano essere prestati dall'organizzatore o da altri fornitori di servizi turistici e commi 2 e 3 a tenore dei quali:2. Il viaggiatore informa l'organizzatore senza indebito ritardo, tenuto conto delle circostanze del caso, di eventuali difetti di conformità rilevati durante l'esecuzione di un servizio turistico previsto dal contratto di pacchetto turistico. 3. Ove uno dei servizi turistici non sia eseguito secondo quanto pattuito nel contratto di pacchetto turistico, l'organizzatore pone rimedio al difetto di conformità, a meno che ciò: a) risulti impossibile; oppure b) implichi costi sproporzionati, tenendo conto dell'entità del difetto di conformità e del valore dei servizi turistici interessati dal difetto. Sul difetto di conformità, A. FINESSI, *Prestazione di servizi non conformi al contratto di viaggio e rimedi contrattuali esperibili dal viaggiatore nella direttiva 2015/2032/UE: prospettive di attauzione nell'ordinamento italiano*, in A. FINESSI (a cura di) *La nuova disciplina*, cit., 97 ss. Sulla conformità al contratto nel Codice del consumo, v. M. GIROLAMI, *I criteri di conformità al contratto fra promissio negoziale e determinazione legislativa nel sistema dell'art. 129 del codice del consumo,* in *Riv. dir. civ.,* 1, 2006, 227 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ*., 2001, 863 ss.; L. CABELLA PISU, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, in *Eur. dir. priv*., 2001, 34; F. MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. Impr./eur.,* 2001, 1, 143 ss.; R. DE MATTEIS, *Il difetto di conformità e l'equilibrio contrattuale dello scambio*, in *Contr. Impr./Eur.,* 2001, 1, 46 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore,* Padova, 2000.

[50] Infatti, il pocanzi citato art. 13 della direttiva 205/2032 al n. 3 prevede in caso di difetto di conformità che l'organizzatore pone rimedio al difetto di conformità, a meno che ciò risulti impossibile.

con conseguente diritto al rimborso od ad un voucher come conseguenza della situazione di impossibilità, integrino non la conseguenza della violazione di un dovere di condotta ovvero dall'imputazione di un fatto, ma sono il frutto dell'applicazione ex lege di un criterio di distribuzione del rischio tra le parti contrattuali che contempla il pericolo del sacrificio dell'affare, il quale può non andare a buon fine.

La disposizione nel proposito di prevenire liti giudiziarie, opera una valutazione ex lege ed esonera in deroga all'art. 1218 c.c. i debitori dall'onere della prova dell'imputabilità dell'evento e della non imputabilità della causa che determina l'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Del resto l'obbligazione del trasporto con viaggio, sia essa un'autonoma prestazione contrattuale ovvero un servizio collegato o combinato in un pacchetto turistico si connota poiché essa richiede l'adempimento di puntuali doveri di protezione del cliente, che deve essere trasportato in tutta sicurezza; pertanto a fronte dell'evento pandemico ci si è trovati in una situazione nella quale la salute e la sicurezza del viaggiatore hanno prevalso su tutti gli altri interessi sia quello di giungere a destinazione del viaggio sia quello dell'operatore di portare a termine la tratta ed trattenere il corrispettivo.

De iure condendo la normativa emergenziale emanata in costanza di pandemia se da un lato ha consentito di qualificare l'epidemia da covid-19 quale circostanza eccezionale e quindi causa di scioglimento del vincolo con conseguenti effetti restitutori, senza configurare responsabilità costituisce un nuovo impulso a quella tendenza che mira ad introdurre nel nostro codice civile una norma più precisa e puntuale sulla gestione del rischio delle sopravvenienze, soprattutto con riferimento ai casi in cui la prestazione sia materialmente possibile, ma troppo onerosa per il debitore pur non essendo inesigibile.

In tal senso si auspica un intervento legislativo, questa volta riformatore e non emergenziale, che consenta di mettere a disposizione dei contraenti rimedi conservativi che preso atto dell'impossibilità di attuare il regolamento originario quale programma dei futuri rapporti contrattuali, assicuri anziché lo scioglimento del vincolo la sua conservazione, scongiurando il pericolo di liti per le sopravvenute impossibilità od eccessiva onerosità della prestazione [51].

---

[51] F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *giustiziacivile.com*, 2020, 3, 2 ss., il quale rileva che "Indipendentemente da quanto farà, o potrebbe fare il legislatore, per rispondere alle esigenze di contraenti in difficoltà – nondimeno, lealmente pronti a "rivedere" le condizioni e i termini contrattuali, affinché l'assetto dei rapporti risulti "equo", rispetto alle circostanze che in modo "straordinario e imprevedibile" hanno prodotto uno squilibrio che renda economicamente insostenibili le prestazioni pattuite – occorre poi che la giurisprudenza sia pronta e disposta a confrontarsi con questi nuovi scenari, una volta acclarato che gli strumenti a disposizione del giudice non sono più soltanto le disposizio-

Da più parti si va evidenziando come stando ad un'interpretazione, peraltro stretta e rigorosa della disciplina del codice civile, la risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) è rimedio di per sé insufficiente a coprire tutta una serie di ipotesi e situazioni non esclusa ad esempio quelle solo temporaneamente impossibili che a tenore dell'art. 1256, esonerano il debitore dalle responsabilità da ritardo sebbene "l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla". È evidente che l'emergenza epidemica ha messo in crisi la regola codicistica del *pacta sunt servanda ex* art. 1372 c.c. richiamando invece l'attenzione sulla problematica operatività della clausola del *rebus sic stantibus*, in relazione a situazioni di incertezza previsionale delle sorti dell'economia dell'affare.

Una parte della dottrina [52] sia pure discorrendo di altri tipi contrattuali ha curato di precisare come la situazione emergenziale non possa esser presa a modello per elaborare una disciplina destinata a funzionare in condizioni di normalità, e/o comunque quando l'evento che renda impossibile la prestazione e incoercibile il debitore interessi solo una delle parti di un contratto e non la generalità dei consociati od intere categorie di utenti e consumatori, come conseguenza di una crisi sistemica, per la quale sembrerebbero opportuni interventi e/o iniziative istituzionali volte più che ad introdurre regole orizzontali che riscrivano i rapporti, strumenti di supporto verticale agli operatori del mercato [53].

È comunque ipotizzabile che nel medio e lungo periodo l'emergenza e tutte le esigenze dalla stessa messe in luce determineranno un'evoluzione del sistema dei rapporti giuridici interprivati [54], ma occorrerà disporre anche normative transitorie capaci di assicura-

---

ni di un diritto dei contratti tradizionalmente impostato secondo l'interesse del contraente, individualmente inteso e vincolato senza condizioni dal principio espresso nel noto (ma assai generico) brocardo *pacta sunt servanda".*

[52] A. FEDERICO, *Misure di contenimento della pandemia e rapporti contrattuali*, cit., 236 ss., che osserva: "Altro è ipotizzare, sulla base di un'espressa previsione di legge, l'applicazione di obblighi di rinegoziazione seguiti, in difetto di accordo, da una rimodulazione da parte del giudice in condizioni di normalità e con riferimento a singoli casi; altro è, nell'attuale fase *post* Covid, modificare le condizioni economiche con conseguente propagazione della crisi economica, consentendo ai contraenti tenuti al pagamento di canoni di locazione di tentare la strada giudiziale per procrastinare il pagamento e/o ridurre l'esposizione debitoria".

[53] A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, 10.

[54] C. PILIA*, Le tutele dei diritti durante la pandemia covid 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali?. Pers. merc.,* 2020, 2, 77 ss., per il quale "La cessazione della fase dell'emergenza sanitaria, pertanto, non significherà ritorno immediato, né tantomeno completo alla situazione antecedente alla pandemia. È

re il passaggio dall'emergenza all'ordinarietà per schivare controversie, così come contenere sacrifici economici ingiustificati secondo i principi di solidarietà e buona fede.

Se è vero che nei casi di contratti sinallagmatici in base alla commutatività si deve realizzare uno scambio fra prestazioni economicamente equivalenti e commisurabili, potendosi ragionevolmente supporre che è necessario prendere in considerazione le svariate le vicende successive all'instaurazione del vincolo che più che alterare il valore di una prestazione ne pregiudichino l'esecuzione o l'eseguibilità è anche vero che si tratta di stabilire come e se il dibattito dottrinario in argomento possa essere esteso ad un settore come quello della contrattazione turistica ove ad essere frustrati spesso e volentieri più che interessi economici di elevato ammontare sono aspirazioni personali dell'individuo che trascendono l'area del patrimonialmente valutabile per impingere invece in tutte quelle attività realizzatrici della persona che ne migliorano il benessere e la qualità della vita, tanto da far parlare di un diritto al turismo come diritto della persona [55].

**5.** – Il 15 settembre 2020 in risposta all'interrogazione parlamentare presentata in data 9 luglio 2020, circa la necessità di urgenti misure di sostegno economico per tutta la filiera del trasporto aereo, ivi inclusi gli aeroporti, e conseguentemente per favorire la ripresa delle tratte aeree intra ed extra UE e di tutelare gli aeroporti strategici nazionali ed europei, a fronte del rischio di distorsioni del mercato a livello UE in merito alla prospettata necessità di assicurare rilancio armonizzato e non discriminatorio di tali rotte, eliminando eventuali imposizioni, vincoli e restrizioni che non siano di natura strettamente

---

ipotizzabile un processo di graduale accompagnamento verso un nuovo ordine, con altri assetti più coerenti alla situazione diversa nella quale ci si troverà ad operare. Alcune delle misure emergenziali, in particolare, potranno stabilizzarsi e contribuire all'evoluzione del nostro ordinamento in senso maggiormente sicuro e solidare verso i soggetti più deboli nelle situazioni di crisi e difficoltà, oltre l'attuale pandemia. In tal senso, le misure emergenziali contribuiranno a sviluppare norme organizzative e di comportamento per sistemi più resilienti e capaci di affrontare le nuove sfide della società post pandemia".

[55] Sul punto, v. G. GRISI, S. MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, cit., 1 ss. secondo i quali "Il turismo nel tempo è cambiato: oggi ci si muove molto più celermente ma si dedicano alle ferie periodi più ristretti e più di prima si utilizzano i weekend e i cc.dd. ponti per muoversi da casa. Evidentemente, anche il turista non è quello di una volta: è più dinamico e smaliziato, ha un livello culturale non paragonabile a quello dei suoi predecessori, risponde ad un profilo con caratteristiche ed esigenze assai distanti da quelle degli antichi viaggiatori. Sembra, poi, al tramonto l'epoca del turismo di massa, quello – per intendersi – caratterizzato da un'offerta standardizzata: oggi è in grande espansione il c.d. turismo esperienziale, con– notato invece da micro-segmentazione e personalizzazione molto avanzate. Le nuove tecnologie e l'informatica hanno prodotto grandi cambiamenti anche in ambito turistico, sia sul versante della domanda che in quello dell'offerta di prodotti e servizi: si associa, oggi, alla "turismatica" il ruolo centrale che gioca l'innovazione, quale imprescindibile fattore di sviluppo del settore.

sanitaria, la Commissione Europea ha previsto la possibilità di far ricorso a misure di sostegno alle imprese attraverso gli aiuti di stato, per preservare la continuità dell'attività economica durante e dopo la pandemia, precisando che spetta agli Stati membri elaborare misure ammesse dalle norme e che sarà poi compito della Commissione controllare la compatibilità con la normativa UE, per evitare distorsioni alla concorrenza.

D'altro canto si è anche osservato [56] che la capacità effettiva di rimborso degli operatori turistici oltre che essere ovviamente strettamente connessa al prolungarsi dell'emergenza dipenderà proprio dagli aiuti che lo stato vorrà assicurare al settore turistico.

Nella risposta scritta uno sguardo viene lanciato dalla Commissione alle misure che possano agevolare la collaborazione tra le compagnie aeree per rendere le loro attività più intelligenti, sostenibili e preparate ad affrontare il futuro; queste sono ancora una volta chiamate a raccoglier e le sfide della globalizzazione che ha portato la dematerializzazione e spersonalizzazione degli scambi e dei processi di offerta dei servizi, rispetto ai quali assumono un'importanza fondamentale aspetti e fattori immateriali come l'informazione [57], le conoscenze tecniche e le capacità personali.

In tal senso e con specifico riguardo al trasporto aereo ed ai servizi collegati, l'attenzione va sicuramente all'apporto dell'innovazione tecnologia e dell'intelligenza artificiale, ed in particolare ai sistemi di biometric registration, self-service security check point, self-service boarding gates; fatti salvi i risvolti in tema di tutela della privacy [58], la tecno-

---

[56] M. PUCCI, *Pacchetti turistici e diritti dei viaggiatori nell'ordinamento giuridico italiano ai tempi del Coronavirus,* n *Actualidad juridica iberoamericana*, n. 12 bis, mayo 2020, 592 ss.

[57] In argomento si rimanda a M. ASTONE, *Tutela del consumatore, obblighi di informazione e contratti "diversi": prospettive ed evoluzioni dopo la direttiva 2011/83/UE e il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 24*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, Torino 2016, 69 ss.; C. GRANELLI, *Gli obblighi informativi nella formazione dell'accordo contrattuale, in Nuova giur. civ. comm.,* 2018, 7-8, 1200 ss.; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, 311 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, *in Riv. dir. priv.*, 2004*,* 349 ss.; ID., Commento *sub* art. 5, in AA.VV., *Codice del Consumo Commentario*, a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, *cit*., 125 ss.; L.V. MOSCARINI, *Diritti e obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato e interessi pubblici, Scritti minori*, I, Milano, 2001, 351.

[58] G. PASSAGNOLI, *Il Diritto civile al tempo dell'intelligenza artificiale: spunti per una problematizzazione*, in S. Dorigo (cur.), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale,* Pisa 2020, 67 ss.; E. BATTELLI, *La decision robótica: algoritmos, interpretación y justicia predictiva*, in *Rev. der. priv*., 2020,2, 43 ss.; C. CAMARDI*, Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Jus civile*, 2020, 3, 786 ss.*;* C. CAMARDI; C. TABARRINI, *Contact tracing ed emergenza sanitaria "ordinario" e "straordinario" nella disciplina del diritto al controllo dei dati personali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 3, 32 ss.; T. PASQUINO, *Identità digitale della persona, diritto all'immagine e reputazione*, in E. Tosi (cur.) *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati tra DGPR e nuovo Codice Privacy*, Milano 2019, 93 ss.

logia degli egate, con il controllo biometrico immancabilmente può essere considerata un indicatore di qualità del servizio reso, oltre che coniugare le esigenze dei viaggiatori con quelle delle compagnie ed è anche capace alla luce dell'esperienza legata alla crisi sanitaria di soddisfare misure di prevenzione sanitaria trasformandole da emergenziali ad ordinarie, in un'ottica di miglioramento qualitativo del servizio e incremento della soddisfazione del cliente.

In merito alla sostenibilità attraverso l'innovazione tecnologica, va ad esempio ricordato il sistema dei cosiddetti "avvicinamenti satellitari", innovative procedure di gestione dei movimenti che fanno affidamento sui sistemi di navigazione satellitare tesi a migliorare le traiettorie dei velivoli, in attuazione ed in omaggio agli obiettivi del cosiddetto "Cielo unico europeo" aumentando in tal modo la sua capacità e l'efficienza della gestione del traffico aereo e dei servizi di navigazione aerea [59].

In tema di sostenibilità dell'offerta dei servizi del turismo in senso lato un cenno va fatto anche alla sostenibilità nei luoghi di destinazione dei viaggiatori volgendo lo sguardo ad una nicchia di mercato che si avvia a diventare il futuro del settore; per l'organizzazione UNWTO il 2017 è stato l'anno internazionale del Turismo Sostenibile dalle Nazioni Unite, inteso come "opportunità unica per avanzare con il contributo al settore del turismo secondo i tre pilastri della sostenibilità: economica, sociale e ambientale" [60].

Il cosiddetto turismo attivo sostenibile si coniuga con l'esplicazione di un altro diritto

---

G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *medailaws*, 2018, 2, 2 ss.

[59] L'iniziativa del cielo unico europeo (CUE) è stata avviata nel 1999 con l'obiettivo di migliorare lo svolgimento delle attività di gestione del traffico aereo attraverso una migliore integrazione dello spazio aereo europeo, in risposta ai ritardi connessi alla navigazione aerea. La prima serie di requisiti comuni per l'istituzione del cielo unico europeo è stata adottata nel 2004 (CUE I); in essa figurano una serie di regolamenti, come il regolamento 549/2004/CE, che stabilisce i principi generali per l'istituzione del cielo unico europeo, il regolamento 520/2004/CE sulla fornitura di servizi di navigazione aerea, il regolamenti 551/2004/CE sull'organizzazione e l'uso dello spazio aereo nel cielo unico europeo e 552/2004/CE sull'interoperabilità della rete europea di gestione del traffico aereo. Tale quadro è stato poi modificato nel 2009 con il regolamento 1070/2009/CE.

[60] Sulla sostenibilità in relazione allo sviluppo ed alla trasformazione del turismo si rimanda a G. GRISI, S. MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, cit., 1 ss.; i quali ricordano che "La sostenibilità del turismo ha ora contorni più chiari. Gli eventi drammatici legati all'emergenza epidemiologica da COVID-19 ci segnalano che è impossibile vivere sani e felici in un pianeta malato e questa indicazione, riportata sul terreno nostro, dà concretezza all'idea che un turismo disinteressato alla preservazione degli equilibri naturali non può essere sostenibile. Ma il coronavirus ci ha anche detto che il benessere conquistato non è perpetuo, che la crescita e lo sviluppo non sono fattori ineluttabili, che limiti esistono e non vanno varcati; se ne terremo conto nel nostro quotidiano, miglioreremo noi stessi e la società di cui siamo parte e diventeremo turisti più maturi e responsabili, artefici del turismo sostenibile".

della persona come il diritto allo sport, promuovendo viaggi basati sul rispetto dell'ambiente e l'attenzione al benessere del turista e delle comunità ospitanti che si possono coniugare attraverso la pratica di discipline come il trekking, il cicloturismo, la vela, il parapendio, che possono esser praticati anche assicurando il distanziamento tra individui [61]. Si tratta del cosiddetto turismo sportivo [62] che costituisce anche un settore aperto rispetto all'emersione di nuove professionalità, oltre la figura della guida turistica e dell'accompagnatore.

Si ricorda in proposito che già la Carta per un Turismo sostenibile adottata a Lanzarote il 27/28 aprile 1995 nella Conferenza mondiale per un turismo sostenibile [63], tra i principi guida per la realizzazione del turismo sostenibile indicava al punto 6 «La protezione della qualità della destinazione turistica e la capacità di soddisfare i turisti devono essere determinate dalle comunità locali in consultazione con gli enti coinvolti e le parti interessate e dovrebbero rappresentare gli obiettivi prioritari nella formulazione delle strategie e dei progetti turistici».

[61] Si pensi a turismo montano invernale, turismo montano estivo, pesca sportiva, equitazione, golf sport acquatici e nautici. Sul punto, AA.VV., *La responsabilità civile e penale negli sport del turismo. L'acqua, L'aria. I laghi*, a cura di F. Morandi e U. Izzo, 2013-2015, Torino.

[62] Di turismo sportivo si è occupato il CIO nel 2001, quando in Spagna assieme all'OMT ha celebrato la prima conferenza Mondiale sullo Sport e Turismo, che si sarebbe occupata di un fenomeno emergente ed in via di forte espansione relativo cioè ai viaggi che portano le persone a spostarsi temporaneamente fuori delle loro comunità di residenza per partecipare attivamente o passivamente ad un'esperienza sportiva, sia essa una gara una manifestazione sportiva od uno spettacolo, che contemplasse la pratica di una disciplina sportiva di qualsiasi tipo. Sul punto E. TARFANELLI, *Sport e Turismo. Come fare business col turismo sportivo* Milano, 2010.

[63] Di sostenibilità si è parlato in occasione della *United Nations Conference on Environment and Development* (UNCED), svolta a Rio de Janeiro nel giugno 1992 e conclusasi con l'adozione della Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e Sviluppo e con l'approvazione dell'Agenda 21, come linea guida dell'azione nazionale ed internazionale in campo ambientale ed economico per il XXI secolo per lo sviluppo sostenibile e la protezione ambientale. Sul punto e per una panoramica delle iniziative sovranazionali e nazionali si rimanda a G. GRISI, S. MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, cit., 1 ss.

JUS CIVILE

*TANIA BORTOLU*

*Dottore di ricerca – Università degli studi di Sassari*

# LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO NEL PRISMA DELLA COMPARAZIONE TRA ITALIA E GERMANIA

SOMMARIO*: 1. Introduzione. – 2. Il consenso informato nella Legge n. 219/2017 e le questioni interpretative sull'espressione dello stesso nelle DAT. – 3. Le disposizioni anticipate di trattamento (DAT): contenuto, limiti e formalità. – 4. Le disposizioni del paziente (Patientenverfügung) in Germania. – 5. Conclusioni. La scarsa "flessibilità" delle DAT nell'ordinamento italiano e spunti di riflessione (interpretativi) sul modello tedesco.*

**1.** – Nel presente scritto si intendono proporre alcune riflessioni, in termini di comparazione tra Italia e Germania, sul tema delle disposizioni anticipate di trattamento sanitario, con riferimento alla normativa ed alla giurisprudenza intervenute in materia. Per quanto riguarda il nostro Paese si ricostruirà l'attuale quadro legislativo, in relazione agli strumenti introdotti dalla Legge n. 219/2017 [1] per determinare le scelte sanitarie di un

[1] M. Azzalini, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8 ss.; M. Bianca, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Familia*, 1, 2018; S. Canestrari, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. Giur*. 2018, p. 302 ss.; D. Carusi, *La legge sul "biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. Giur.* 2018, p. 293 ss.; C. Casonato, *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal*, 2, 2018, p. 12 ss.; L. D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della legge recente approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers*., 2018, p. 179 ss.; G. De Marzo, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 137 ss; B. de Filippis, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Cedam, Padova, 2018; G. Ferrando, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1, 2018, p. 47 ss.; M. Foglia, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; M. Piccinni, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, p.

soggetto nelle ipotesi di incapacità sopravvenuta e, a tal fine, si approfondirà il principio del consenso informato, con riguardo alla sua origine, alla sua natura ed alle sue caratteristiche. Per ciò che concerne l'ordinamento tedesco, invece, si farà riferimento alle regole del BGB introdotte nel 2009, segnatamente alle lettere a, b e c del § 1901, che disciplinano le disposizioni del paziente (*Patientenverfügung*), alle quali ci si riferisce anche con la definizione di testamento del paziente (*Patiententstament*) [2].

Lo spunto comparatistico nasce non solo dall'esigenza di guardare all'ordinamento tedesco come fonte di ispirazione legislativa, in ragione dell'interesse che esso ha sempre destato nei confronti nel nostro legislatore [3], ma anche come modello di confronto per le innovazioni interpretative cui dare luogo in Italia, in un'ottica di maggiore "flessibilità" nell'adozione delle disposizioni anticipate di trattamento, caratteristica questa che contraddistingue la disciplina tedesca, quando, in un tempo in cui il paziente si trova incapace di esprimere il proprio consenso o meno a trattamenti medici, anche di sostegno vitale, la volontà deve essere accertata in via presuntiva dal medico in sinergia con il tutore ed i familiari del paziente, sulla base di elementi concreti.

Le molteplici e complesse questioni relative al fine-vita sono state affrontate, in entrambi i Paesi, a livello giurisprudenziale prima ancora che legislativo; le disposizioni normative sono infatti intervenute al fine di valorizzare e rispettare, precisandoli, i principi già elaborati dalle Corti [4] in tema di diritti e di libertà fondamentali della persona, garantiti dalle Leggi fondamentali e ribaditi da accordi internazionali, in particolare, per la protezione della dignità umana dall'applicazione della biologia e della medicina.

Il percorso evolutivo del tema è stato promosso, infatti, anche dalle politiche sanitarie

---

121 ss.; V. Verdicchio, *Testamento biologico e consenso informato (Aspetti sulle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam*., 2017, p. 637 ss.

[2] Per il § 1901 (a,b e c), come parzialmente novellato nel 2017, si veda: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__1901a.html;
https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__1901b.html;
https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__1901c.html.

[3] L'esperienza comparata, ad esempio, ha guidato il legislatore italiano nella scelta del modello da adottare in tema di unioni civili e, per espressa dichiarazione dei promotori della riforma, la Legge n. 76/2016 si è ampiamente ispirata alla legislazione tedesca del 2001 sulle convivenze registrate ("*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft – LPartG*").

[4] In relazione alla normativa tedesca: P. Zatti, *Le «disposizioni del paziente»: ci vorrebbe un legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, II, p. 313 e ss; S. Patti, *Disposizioni di fine vita: la legge tedesca*, in *Fam pers. e succ*., 2009 p. 964; A. Scalera, *La legge tedesca sulle disposizioni anticipate di trattamento* (*Patientenverfügung)*, in *Studium iuris*, 2009, p. 1317; A.L. Lettieri, *La Patientenverfügung: il nuovo istituto per le disposizioni di fine vita in Germania*, in *Dir. fam. e pers*., 2010, p. 1484; G. Valente, *Testamento biologico ed eutanasia nel diritto tedesco: Patientenverfügung und Sterbehilfe*, in *Fam. e dir*., 2011, p. 1167.

europee, le quali, fin dal 1999, hanno sostenuto la necessità di riconoscere e rispettare le «direttive anticipate o *living will*» rilasciate dai malati incurabili o dai morenti «oramai incapaci di esprimere la loro volontà, per rifiutare certi trattamenti sanitari»[5]. Anche in documenti più recenti, il Consiglio d'Europa ha ribadito l'importanza di rispettare il consenso rilasciato dai pazienti sui trattamenti sanitari in previsione di uno stato di incapacità, tanto che nella Raccomandazione n. 1993 del 25 gennaio 2012[6] l'Assemblea ha sollecitato il Comitato dei Ministri di incaricare i rispettivi comitati direttivi competenti (in particolare, il Comitato direttivo per la bioetica) di continuare a sviluppare e promuovere i principi espressi nella Raccomandazione n. 1859 del 2012, secondo la quale "nessuno può essere costretto a sottoporsi a trattamenti medici contro la propria volontà"[7]. La Raccomandazione, inoltre, richiama espressamente l'art. 8 della CEDU, sul rispetto della vita privata e familiare, e l'art. 9 della Convenzione per la protezione dei Diritti dell'Uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti dell'applicazione della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo)[8], sul rispetto dei "desideri" precedentemente manifestati a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento di un intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà. In termini di diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari di sostegno vitale si è pronunciata più volte anche la Corte Euro-

---

[5] Reccommandation 1418 (1999) – " *Protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants*" (*Gazette officielle du Conseil de l'Europe – juin* 1999), resa sul presupposto che "*Le Conseil de l'Europe a pour vocation de protéger la dignité des êtres humains et les droits qui en découlent*" e "*L'obligation de respecter et de protéger la dignité d'un malade incurable ou d'un mourant est la conséquence naturelle de la dignité inviolable inhérente à l'être humain à tous les stades de la vie. Ce respect et cette protection se traduisent par la création d'un environnement approprié qui permet à l'être humain de mourir dans la dignité*".

[6] Si veda il documento nella versione in lingua francese su: *http://www.europeanrights.eu/public/atti/1993_fr.htm*.

[7] Si veda il documento nella versione in lingua francese su: *http://www.europeanrights.eu/public/atti/1859_fr.htm*.

[8] La Convenzione è stata firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997 ed è entrata in vigore il 1 dicembre 1999. All'attualità, è stata ratificata/adottata da 29 Paesi, mentre in altri 6 è stata solo firmata e non ratificata. Tra questi rientra l'Italia, ove non è stato ancora depositato il protocollo di ratifica, rendendo così l'*iter* di adeguamento del diritto italiano incompleto. Informazioni sulla Convenzione sono reperibili su: *https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures*. Sull'*iter* di ratifica in Italia: S. Penasa, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, disponibile nel Forum on line di *Quad. Cost*., 2007 e su *www.biodiritto.org*. Nello specifico, la Convenzione è stata il primo intervento giuridico internazionale a protezione della dignità, dei diritti e delle libertà dell'essere umano contro ogni abuso dei progressi della biologia e della medicina. Presupposto fondamentale è l'idea che l'interesse dell'essere umano debba prevalere sull'interesse della scienza o della società.

pea dei Diritti dell'Uomo, che, chiamata a pronunciarsi su questioni relative al fine-vita, ha ricollegato il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) con il diritto di rifiutare trattamenti anche di sostegno vitale [9].

I legislatori hanno dunque recepito, in entrambe le esperienze, le principali indicazioni sovranazionali ed i migliori orientamenti giurisprudenziali, guidati dall'accettazione del principio che ogni essere umano debba essere libero di autodeterminarsi e che, pertanto, possa decidere, secondo un percorso del tutto personale, quando smettere di opporsi al processo di morte naturale e rinunciare all'intervento della medicina intensiva, il cui progresso può essere inteso in senso negativo dal soggetto interessato al trattamento. Di fronte a ciò, sempre più persone riflettono anticipatamente sulla propria terapia di fine vita, prendendo in considerazione anche la possibilità di dare disposizioni preventive anche per le ipotesi di incapacità sopravvenuta.

**2.** – Il Parlamento italiano, con l'introduzione della l. n. 219/2017, entrata in vigore il 31 gennaio 2018, ha posto fine alla propria inerzia legislativa in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento (DAT) [10]. In punto di sistematica, la Legge, seppur composta da soli otto articoli [11], ha una struttura complessa, in quanto

---

[9] Sul punto, in particolare, Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sentenza 29 aprile 2002.

[10] M. Azzalini, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8 ss.; M. Bianca, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Familia*, 1, 2018; S. Canestrari, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. Giur*. 2018, p. 302 ss.; D. Carusi, *La legge sul "biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. Giur.*, 2018, p. 293 ss.; C. Casonato, *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal*, 2, 2018, p. 12 ss.; L. D'Avack, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della legge recente approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers*., 2018, p. 179 ss.; G. De Marzo, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 137 ss.; B. de Filippis, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, cit.; G. Ferrando, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1, 2018, p. 47 ss.; M. Foglia, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; M. Piccinni, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, p. 121 ss.; V. Verdicchio, *Testamento biologico e consenso informato (Aspetti sulle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam*., 2017, p. 637 ss.

[11] Più precisamente la Legge è così composta: art. 1 – Il consenso informato; art. 2 – La terapia del dolore e le cure palliative; art. 3 – Il consenso di minori ed incapaci; art. 4 – Le disposizioni anticipate di tratta-

prevede una disciplina organica e generale riferita ai temi richiamati, la quale, da una parte, cristallizza l'operato della giurisprudenza, che nel corso degli anni ha fornito importanti contributi e notevoli principi, dall'altra, risponde ad un sempre più vasto e presente consenso sociale riferito alle medesime materie all'interno del nostro ordinamento.

La Legge, già nel primo comma dell'art. 1, fa emergere un legame indissolubile fra il concetto di consenso informato e il diritto all'identità e alla dignità della persona di cui all'art. 2 Cost., all'inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., e soprattutto alla salute di cui all'art. 32, comma 2, Cost., a mente del quale "Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge".

Tale scelta legislativa pone in risalto l'affermazione del principio "personalistico", proprio della Carta costituzionale, il cui perno è costituito dall'autonomia della volontà del paziente e dal riconoscimento in capo a quest'ultimo della piena autodeterminazione rispetto alle scelte terapeutiche [12]; di conseguenza, la Legge decreta il definitivo superamento del modello "paternalistico" nella relazione medico-paziente, in cui il primo, investito dell'autorità discendente dalla sua professione, poteva decidere in autonomia il trattamento cui sottoporre il paziente, senza fornire chiarimenti sulle terapie [13]. Fino all'inizio degli anni '70 del XX secolo, l'etica medica paternalistica prescriveva al sanitario di agire, o di omettere di agire, per il bene di una persona senza che fosse necessario chiedere il suo assenso, in quanto si riteneva che colui che esercitava la condotta paternalistica (il medico-padre) avesse la competenza tecnica necessaria per decidere in favore e per conto dell'interessato (il paziente). Il consolidarsi di un paradigma giuridico "bioetico" [14], per effetto del quale viene abbandonata la considerazione del medico come "ministro dell'arte" in favore di una diversa considerazione del paziente, che acquista piena soggettività e viene reso parte attiva del processo decisionale [15], proprio attraverso il consenso informato, arricchisce di una componente soggettiva la relazione tra medico e paziente. La c.d. "alleanza terapeutica", intesa come rapporto tra curanti e curati, ruota in-

---

mento; art. 5 – La pianificazione condivisa delle cure; art. 6 – Le norme transitorie; art. 7 – La clausola di invarianza finanziaria; art. 8 – La relazione alle camere.

[12] M. Di Masi, *Paradigmi di potere nel rapporto medico-paziente*, in D. David, *Visioni del diritto e della società*, Roma, p. 15 ss.

[13] G. Corbellini, *Breve storia delle idee di salute e malattia*, Roma, 2004.

[14] M. Mori, *Il caso Eluana Englaro*, Bologna, 2008.

[15] I. Rapisarda, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 2019.

torno alla moderna teoria del consenso informato [16], ossia il diritto del paziente ad essere informato dal medico, in maniera adeguata, riguardo ai rischi/benefici degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitati indicati, delle possibili alternative e delle conseguenze di un eventuale rifiuto [17]. Per consolidata giurisprudenza, il consenso informato si configura come un vero e proprio diritto della persona di cui all'art. 2 Cost., che realizza la compiuta sintesi tra due diritti fondamentali, anch'essi costituzionalmente garantiti: il diritto alla salute di cui al comma 2 dell'art. 32 Cost. e il diritto all'autodeterminazione di cui al comma 1 dell'art. 13 Cost. Ne discende il corollario secondo il quale «se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale» [18].

Tale orientamento è stato recepito e cristallizzato a livello normativo dal comma 2 dell'art. 1, ove è promossa e valorizzata la relazione di cura e fiducia tra paziente e medico, che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. La norma, inoltre, precisa che alla relazione di cura possono contribuire, in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe medica e i familiari del paziente o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente. Viene così riconosciuto anche il fondamentale ruolo di supporto professionale e morale che i soggetti richiamati rivestono nella vita del paziente.

L'informazione, inoltre, deve essere fornita in modo completo, aggiornato e comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi (comma 3, art. 1). Nell'esercizio del pieno diritto all'autodeterminazione, il paziente, capace di agire, può infatti rifiutare, in tutto o in parte, qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso, tra i quali il legislatore ha espressa-

[16] M. Di Masi, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Rivista di diritti comparati*, 3, 2018, p. 123.

[17] Ciò è sancito altresì dall'art. 33 del Codice di deontologia medica. Sul punto, M.G. Di Pentima, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*, Milano, 2018, p. 37 ss.

[18] Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it*., 2009, I, c. 1328.

mente incluso la nutrizione e l'idratazione artificiali, ponendo definitivamente fine al dibattito etico e giuridico sulla loro qualificazione sorto nel caso Englaro [19].

Le modalità di comunicazione dell'informazione, intese appunto come un processo continuo di dialogo tra i professionisti sanitari ed i pazienti [20], permettono di affermare che il consenso informato deve essere attuale, ovvero riferibile ad una condizione patologica reale che in quel tempo arreca pregiudizio al malato [21], con riferimento alle tecniche diagnostiche e di intervento concretamente realizzabili per quella determinata patologia [22].

Il requisito dell'attualità del consenso informato, come sopra inteso, si pone in lieve contrasto con la disposizione di cui all'art. 4 della l. n. 209/2017, la quale prevede che ogni persona maggiorenne e capace di intendere e volere, in previsione di una eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo aver acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, possa, attraverso le DAT, esprimere la propria volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e ai singoli trattamenti sanitari. Ora, dal punto di vista del consenso, una decisione anticipata che si riferisce ad un avvenimento futuro ed incerto crea problemi di non poco conto in relazione a quella consapevolezza che si raggiunge esclusivamente con lo scambio reciproco di informazioni tra medico e paziente nella contingenza del trattamento sanitario da effettuare, in quanto solo dinanzi ad un evento certo può venire ad esistenza un quadro clinico dettagliato nei confronti del quale il sanitario può illustrare, efficacemente, accertamenti diagnostici o trattamenti sanitari o singoli atti del trattamento stesso. Inoltre, una dichiarazione del disponente resa senza aver acquisito adeguate informazioni mediche (su una determinata patologia o un determinato trattamento o accertamento) rischia di svuotare il consenso informato di quel contenuto etico e giuridico che lo contraddistingue; si è detto, infatti, che, da una parte, esso esprime la capacità decisionale del paziente di autodeterminarsi nelle scelte terapeutiche, dall'altra, costituisce la legittimazione al compimento o meno di qualsiasi atto terapeutico o diagnostico. In tal senso, il consenso, ovvero il rifiuto ad un accertamento diagnostico o ad una terapia, non può essere considerato un atto unilaterale formale, in

---

[19] Cass. civ., sez. I, sentenza del 16 ottobre 2007, n. 21784, in *Foro it*., 2007, I, cc 3025 ss, con nota di G. Casaburi, in *Foro it*., 2008, I, c. 125, con nota di D. Maltese, e ibidem, c. 2609, con nota di S. Cacace.

[20] M. Di Masi, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, cit., p. 125.

[21] C. D. Leotta, v. *Consenso informato*, in *Dig., disc. Pen.*, Agg., V, Torino, 2010, p. 97 ss.

[22] N. Callipari, *Il consenso informato nel contratto di assistenza sanitaria*, Milano, 2012.

quanto si inserisce in un processo decisionale complesso, frutto dello scambio di comunicazioni tra il medico e il paziente [23].

Sempre con riferimento alla tematica del consenso espresso nelle DAT, appare necessario domandarsi se esso rientri nella accezione formulata dall'art. 1 della l. n. 219/2017, quale sintesi del diritto alla salute e del diritto all'autodeterminazione di ogni soggetto, ovvero se rappresenti una accezione differente, priva di tutela costituzionale, non potendo fornire adeguate garanzie né in ordine alla piena consapevolezza del paziente in termini di completezza dell'informazione né per quanto attiene al rispetto del diritto alla salute. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'incapacità di autodeterminarsi sia solo temporanea ed il soggetto abbia reso delle disposizioni, in termini di rifiuto, che potrebbero compromettere la vita stessa del paziente. Il dubbio ha evidentemente coinvolto anche il legislatore, che, in riferimento alle DAT, ha previsto un correttivo disponendo la possibilità da parte del sanitario di disattendere la vincolatività delle stesse qualora appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita.

A parere di chi scrive, al di là del difficile apprezzamento della circostanza che il disponente sia stato o meno adeguatamente informato da un sanitario circa le conseguenze delle proprie scelte, la volontà espressa nelle DAT non svuota il consenso del suo valore intrinseco di valorizzazione e di affermazione dell'autonomia privata, ma anzi lo rimarca. La norma prevede, infatti, dinanzi al principio generale della piena disponibilità della propria autodeterminazione, delle eccezioni che si pongono come residuali e quasi-tipizzate ("palesemente incongrue", "non corrispondenti alla condizione clinica attuale" o nel caso di "terapie non prevedibili"), che costringono il medico a rispettare quanto disposto nelle DAT. Ciò trova conferma anche nell'utilizzo dell'avverbio "palesemente" in relazione a disposizioni inadeguate, il quale induce a ritenere che il legislatore abbia voluto circoscrivere le ipotesi di inosservanza a casi in cui l'incongruità sia evidente o non corrispondente alle condizioni cliniche attuali del paziente. Si pensi al caso in cui un soggetto esprima la volontà di staccare il respiratore meccanico per un determinata patologia e ciò lo induca a gravi sofferenze, quando invece la tecnica medica è capace di intervenire e risolvere la problematica con un intervento anche routinario. Il richiamo, invece, ad una "terapia non prevedibile all'atto delle DAT" si riferisce ad ipotesi allo stato

[23] P. Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 248.

improbabili e statisticamente scarse, stante la recente introduzione della normativa che non permette di avere casistica in tal senso. In ogni caso, per la fondatezza dell'eccezione deve essere dimostrata la non attualità della scelta fatta "ora per allora" determinata dal periodo temporale trascorso dalla sottoscrizione della DAT, stanti le nuove acquisizioni scientifiche che consentono di risolvere problematiche "fino a poco tempo prima inimmaginabili ed in effetti non immaginate" [24].

Concludendo, il consenso informato è il fondamento dell'attività clinica, per cui nessun trattamento può essere eseguito o continuato sul paziente senza la sua volontà, in quanto egli è sovrano di ciò che accade sul proprio corpo e sulla propria vita, almeno per quanto attiene al rifiuto degli interventi; tale facoltà si estende anche dopo la perdita della capacità decisionale e, in questo senso, le disposizioni anticipate di trattamento sono lo strumento attraverso cui l'individuo estende la libertà di scelta garantita dal consenso informato anche nella fase successiva la perdita della capacità decisionale. In altre parole, le disposizioni anticipate di trattamento segnano un ampliamento della sovranità sulla propria vita garantita dal consenso informato.

**3.** – Premesso quanto sopra in termini di consenso, l'art. 4 della Legge n. 219/2017 riconosce all'autonomia privata dei singoli lo strumento delle disposizioni anticipate di trattamento per determinare le proprie scelte nell'ipotesi di incapacità sopravvenuta. Una persona, maggiorenne [25] e capace di intendere e di volere che teme di perdere tale capacità può dunque individuare i trattamenti ed il percorso terapeutico cui intenda sottoporsi, potendo altresì indicare una persona di fiducia, anch'egli maggiorenne e capace di intendere e di volere, al fine di garantire il rispetto delle volontà del disponente o di prendere le decisioni terapeutiche in propria vece, per il tempo in cui non sarà in grado di farlo autonomamente. Prima di tale novella, una disciplina delle dichiarazioni anticipate di trat-

[24] U. Adamo, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Riv. AIC*, n. 3, 2018, p. 17.

[25] Si critica l'esclusione dei minori di età dalla possibilità di redigere le DAT, anche in considerazione delle aperture dottrinali che accolgono un ampliamento dei diritti dei minori infradiciottenni. Sul punto, P. Stanzione, *Capacità e minore di età nella problematica della persona umana*, Napoli, 2018; P. Stanzione, *Il soggetto*, II, *Capacità, legittimazione, status*, in *Tratt. dir. civ. comm*., già diretto da A. Cicu e F. Messineo, L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2017; P. Stanzione e G. Sciancalepore, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006; P. Stanzione, *«Minorità» e tutela della persona umana*, in *Dir. fam. e pers*., 2002, II, p. 762 ss.; M. Dogliotti, *La potestà dei genitori, e l'autonomia del minore*, in *Tratt. Dir. civ. comm*., diretto da A. Cicu e F. Messineo, 2007, p. 297 ss.; M. Dogliotti, *Diritto alla vita, tutela della salute e limiti alla potestà dei genitori*, in *Giur. it*., 1984, IV, p. 1 ss.

tamento è stata apprestata, nel nostro ordinamento, dalla Legge n. 76/2016, in materia di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, il cui comma 40 dell'art. 1 riconosce la possibilità ai conviventi di fatto di "designare" l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati: a) in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute; b) in caso di morte per quanto riguarda la donazione di organi, le modalità di trattamento del corpo e le celebrazioni funerarie"[26].

Sul piano strutturale, le disposizioni anticipate integrano un negozio unilaterale, non recettizio, a contenuto non patrimoniale, la cui efficacia è differita ad un momento successivo, ovvero al verificarsi di un determinato evento, vale a dire la perdita dello stato di capacità psichica del suo autore. Trattasi, in ragione dei suoi effetti, di un atto personalissimo che, in quanto tale, esclude a priori la possibilità di essere redatto da un procuratore.

Spesso ci si riferisce alle DAT utilizzando terminologie differenti, quali "testamento biologico", "biotestamento" o, ancora, "testamento di vita (*living will*)"[27], che non sono state recepite nel testo di legge, in quanto trattasi di espressioni descrittive ma poco corrette sul piano tecnico-giuridico[28]. L'atto che racchiude le disposizioni di fine vita, infatti, è un atto *inter vivos*, sebbene ai fini dell'estensione della disciplina contrattuale, difetti dell'elemento della patrimonialità, che coinvolge questioni che involgono scelte sulla propria salute ed esistenza. Non può certamente configurarsi un atto *mortis causa*, in quanto l'autore non affida la regolamentazione dei propri interessi per il tempo in cui avrà cessato di vivere[29]; al contrario, esso integra una manifestazione di volontà destinata ad avere efficacia quando il disponente è ancora in vita e non sia possibile discorrere

---

[26] Il comma 41 della l. n. 76/2016 prescrive per la designazione del convivente quale fiduciario per le decisioni in materia di salute "la forma scritta e autografa oppure, in caso di impossibilità di redigerla, alla presenza di un testimone". P. Zatti, M. Piccinni, *La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 9/2017, p. 1283 ss.

[27] M. Rinaldo, voce *Biotestamento*, in *Dig. disc. Priv., sez. civ., Agg*., XII, Torino, 2019, p. 23 ss.

[28] In relazione al punto, vi è da precisare che un'autorevole dottrina ha evidenziato come le disposizioni anticipate di trattamento abbiano in comune con l'atto di ultima volontà il fatto di essere in concreto ricevute ed eseguite quando non vi è più alcuna possibilità di controllarne l'esecuzione da parte dell'autore. Sul punto, P. Rescigno, *La scelta del testamento biologico*, in AA.VV., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2006, p. 16.

[29] Rispetto alla contrapposizione tradizionale tra atti *inter vivos* e *mortis causa*, di recente, alcuna dottrina ritiene che siano ipotizzabili negozi a causa di morte *inter vivos*, come nel caso del patto successorio istitutivo. V. Barba, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione. Tra storia e funzioni*, Napoli, 2015, p. 16 ss.

di morte in termini giuridici, sebbene, sotto il profilo medico, il paziente abbia perso non soltanto la capacità di esprimersi ma anche quella cognitiva e in taluni casi sia intervenuta la c.d. "morte cerebrale" e la persona resti ancora in vita grazie al supporto di macchinari. Fatta questa doverosa precisazione, è innegabile che la locuzione "testamento biologico" sia fortemente evocativa di un dato proprio dell'istituto in oggetto, comune all'atto di ultima volontà: l'ultrattività del volere rispetto alla capacità dell'autore, la proiezione nel futuro di siffatta volontà, tale da ampliare i confini dell'autodeterminazione della persona oltre la perdita della coscienza [30].

Il legislatore lascia ampia libertà sul contenuto delle disposizioni, vincolando esclusivamente il disponente ad "esprimere le proprie volontà", "il consenso" o "il rifiuto" in ordine a trattamenti sanitari, anche singoli, accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche. Dunque, una volta osservati i canoni di liceità [31], le diposizioni possono essere limitate a singole patologie o singoli trattamenti specificamente individuati ovvero estese a più patologie e più trattamenti; possono altresì affermare il principio del rifiuto di trattamenti scientificamente documentati come unici mezzi per prolungare la vita (c.d. accanimenti terapeutici). Per contro, l'autore può esprimere la volontà che siano continuati trattamenti di respirazione, di nutrizione e di idratazione artificiali, anche quando si trovi in situazioni di incoscienza; può manifestare il desiderio di ricevere tutte le cure per alleviare le sofferenze e può altresì chiedere di essere trattato in una struttura sanitaria o a casa, quando consentito. Allo stesso modo, le disposizioni possono contenere delle coordinate temporali che indichino, ad esempio, il limite massimo di tempo oltre il quale un determinato trattamento debba essere interrotto ove non abbia procurato miglioramenti tangibili secondo il giudizio medico.

Sempre in termini di contenuto, si ritiene che la genericità delle DAT non possa determinarne l'invalidità, poiché si andrebbe a comprimere in senso negativo la tutela della persona, considerato il fine ultimo e prioritario del disponente, che è quello di non lasciare al caso le decisioni sulla propria vita, ed altresì l'irripetibilità dell'atto al momento della sua esecuzione [32]. Per tale ragione, a titolo meramente esemplificativo, non può destare problemi la seguente dichiarazione: «in caso di perdita delle mie capacità cognitive,

---

[30] G. Ferrando, *Testamento biologico*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, p. 190.

[31] L'art. 6 della l. n. 219/2017 prevede che "Ai documenti atti ad esprimente le volontà del disponente in merito ai trattamenti sanitari, depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della presente legge, si applicano le disposizioni della medesima legge".

[32] M. Rinaldo, *Biotestamento. Il valore della vita «dignitosa» e della libertà personale*, in *Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia»*, Napoli, 2020, p. 117.

io sottoscritto (…) dichiaro che in presenza di una malattia inguaribile, in forza della quale verrò tenuto in vita per il solo apporto di sostegni vitali artificiali, chiedo di non essere sottoposto ad alcun trattamento e/o che vengano sospesi quelli già iniziati»; è considerata, invece, una dichiarazione "di stile" e, pertanto, non degna di considerazione, in ragione della sua genericità e indeterminatezza sotto il profilo giuridico, quella secondo cui «io sottoscritto (…) chiedo non vengano attuati trattamenti contrari alla dignità della mia persona» [33].

Sempre in termini di contenuto, non è escluso che le DAT possano contenere disposizioni *post-mortem* relative a donazione di organi o scelte similari, di rilevanza giuridica nei casi previsti dalla legge, come nelle ipotesi di donazione degli organi, oppure scelte di carattere religioso, non vincolanti, che rivestono una mera validità di carattere morale.

Il comma 1 dell'art. 4 della l. n. 219/2017 prevede la possibilità per il disponente di designare un "fiduciario" [34], che faccia le proprie veci e lo rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie [35]. In merito alla ricostruzione del ruolo del fiduciario, è escluso che questi possa essere equiparato al rappresentante legale di un soggetto incapace per il fatto che in tal caso la nomina non avviene attraverso una disposizione volontaria di natura negoziale, bensì solo a seguito di un procedimento giudiziale di accertamento dello stato di incapacità. Peraltro, la circostanza che la legge demandi al giudice tutelare la composizione del conflitto tra medico e fiduciario fa presumere che la volontà di quest'ultimo non possa sostituire *in toto* quella del disponente. Infatti, ogni determinazione del fiduciario deve essere preceduta dalla manifestazione di volontà del paziente, che, seppur generica, deve esistere. Peraltro, anche in tema di rappresentanza volontaria, il rappresentante agisce in nome e per conto del rappresentato "nei limiti e nelle facoltà conferitegli" e, solo in tal caso, il contratto da lui concluso "produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato" (art. 1388 c.c.). La rappresentanza è attribuita inoltre attraverso il negozio unilaterale della procura (art. 1392 c.c.), che può essere generale o speciale. In passato si è fatto riferimento all'istituto del mandato con rap-

[33] Così M. Rinaldo, *Biotestamento. Il valore della vita «dignitosa» e della libertà personale*, in *Quaderni di «Diritto delle successioni e della famiglia»*, cit., p. 117.

[34] L'espressione rimanda alla fiducia di cui gode, da parte del disponente, la persona designata; persona evidentemente ritenuta idonea a far rispettare le proprie volontà. La stessa fiducia che, successivamente, deve crearsi tra il fiduciario ed il medico, soprattutto nella fase finale della vita, quando il carico emotivo e le responsabilità sono maggiori per entrambe le parti.

[35] Il comma 4 della l. n. 217/2019 prevede che "(…) In caso di necessità, il giudice tutelare provvede alla nomina di un amministratore di sostegno, ai sensi del capo I del titolo XII del libro I del codice civile".

presentanza, parlandosi talvolta di "procura sanitaria" [36]. Neppure tale ricostruzione pare condivisibile, in quanto il contratto di mandato abilita il mandatario a compiere uno o più atti giuridici per contro dell'altra parte (art. 1703 c.c.); i compiti del fiduciario, invece, hanno un contenuto che varia in base al diverso grado di completezza e precisione delle DAT. Quando le disposizioni sono redatte in maniera completa, il consenso o il rifiuto ai trattamenti medici sono espressione della volontà del disponente, pertanto al fiduciario non può che essere riconosciuto un compito meramente esecutivo ed attuativo delle scelte del paziente [37]. Nel caso di disposizioni poco chiare e lacunose il ruolo del fiduciario muta lievemente, in quanto egli può essere chiamato a manifestare una decisione interpretativa e sostitutiva della volontà del disponente; in siffatti casi, tuttavia, si tende ad escludere una totale sovrapposizione della volontà del fiduciario con quella del disponente, potendo il medico disattenderne le indicazioni ed adire il Tribunale, rimettendo la decisione allo stesso [38]. Inoltre, avverso la ricostruzione dell'istituto in termini di contratto di mandato, non può non considerarsi la disposizione di cui all'art. 1722 c.c., secondo cui è causa di estinzione del mandato la sopravvenuta incapacità del mandante, a riprova del carattere strettamente personale dell'incarico, basato sull'elemento fiduciario; dunque, il mandato dovrebbe ritenersi privo di efficacia proprio nel momento in cui il fiduciario è chiamato a dare attuazione alle DAT. Da ultimo, la possibilità riconosciuta al fiduciario dall'art. 4, comma 2, della l. n. 219/2017 di rinunciare alla nomina con una semplice comunicazione scritta depone a favore dell'esclusione di ogni riferimento ad un modello contrattuale di carattere obbligatorio.

Ed allora appare condivisibile l'orientamento che considera la funzione assolta dal fiduciario come un ufficio di diritto privato di fonte volontaria, che può trovare similitudini con l'incarico affidato all'esecutore testamentario (art. 700 c.c.), sul presupposto che in entrambi i casi un soggetto conferisce ad un terzo il compito di attuare le proprie volontà nel tempo in cui sarà impossibilitato a farlo personalmente; analogie che possono riscontrarsi anche nell'art. 702 c.c., per effetto del quale l'esecutore testamentario non ha alcun obbligo di accettare l'incarico [39].

---

[36] C. Romano, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, studio n. 136/2018/C, in *https://www.notariato.it/sites/default/files/136-2018-C.pdf.*

[37] P. Zatti, *Spunti per una lettura sul consenso informato e le DAT*, in *http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/spunti-lettura-della-legge-sul-consenso-informato-dat/.*

[38] B. de Filippis, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, cit., p. 126.

[39] C. Romano, *Le disposizioni anticipate di trattamento*, cit., p. 22.

In merito al contenuto dell'atto che conferisce la rappresentanza nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie ed ai conseguenti poteri riconosciuti al fiduciario, occorre fare un'ultima puntualizzazione: in ragione della lettura proposta e per la natura personale delle DAT, si ritiene che non sia possibile per il disponente lasciare una delega "in bianco" a favore del fiduciario, ovvero una nomina a questi senza l'indicazione di alcuna volontà sul proprio fine-vita. Siffatta possibilità rischierebbe infatti di legittimare una delega a terzi sulle proprie scelte esistenziali, eludendo e snaturando il principio di autodeterminazione tutelato dalla l. n. 219/2017, oltre che minare il processo cognitivo dell'interessato circa le conseguenze delle proprie scelte, necessario affinché le DAT possano essere ritenute valide. Per ciò che riguarda la previsione di cui alla Legge n. 76/2016, priva di organicità sul punto, si ritiene necessaria una lettura sistematica con i principi introdotti dalla successiva disciplina di portata generale sulle DAT; dunque, anche in tal caso, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace deve indurre ad escludere che il medico o la struttura sanitaria possano prendere in considerazione le determinazioni del convivente senza una previa indagine sulla volontà del disponente, secondo i termini sopra descritti.

La l. n. 219/2017 prevede dei requisiti formali particolarmente stringenti, riguardo alle modalità di redazione delle disposizioni: per essere valide e vincolanti per il medico, esse devono essere rese in una delle seguenti modalità: per atto pubblico, per scrittura privata autenticata, per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente all'ufficiale di stato civile del comune di residenza, il quale provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso le strutture sanitarie che abbiano adottato modalità di gestione telematica e/o informatica della cartella clinica. Qualora le condizioni fisiche del paziente non lo consentano le disposizioni possono essere espresse attraverso videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare.

Ancora, in termini di formalità, il comma 6 dell'art. 4 prevede che "nei casi in cui ragioni di emergenza e urgenza impedissero di procedere alla revoca delle DAT con le forme previste dai periodi precedenti, queste possano essere revocate con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni". Sul punto, in relazione al quale un'attenta dottrina ha ravvisato una eccessiva burocratizzazione [40], si rinvia al par. 5.

[40] P. Zatti, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, n. 1/2017, p. 3 ss.

**4.** – Il modello tedesco del *Patientenverfügung*, in vigore in Germania dal 2009, sancisce che un soggetto maggiorenne e nel pieno possesso della "propria capacità di consenso"[41] possa lasciare, in forma scritta, le proprie volontà circa determinati e futuri esami per l'accertamento del proprio stato di salute, cure mediche o interventi medici non ancora programmati per il caso in cui si dovesse trovare in stato di incapacità[42]. La norma si colloca nella più ampia disciplina dell'amministrazione di sostegno ed amplia le prerogative riconosciute al *Betreuer* rispetto a quelle previste in origine dal codice civile tedesco, in relazione alla realizzazione delle disposizioni anticipate di trattamento dell'amministrato[43]. In ragione della riforma, il *Betreuer* può essere nominato dal soggetto capace d'agire, in previsione di una futura condizione di malattia o di aggravamento del proprio stato patologico, al fine di far rispettare dal medico le proprie disposizioni su determinati e futuri trattamenti diagnostici, terapeutici o chirurgici. In mancanza, il § 1901b, comma 2, del BGB prevede che, in assenza di dichiarazioni scritte o di previsioni non conformi alle attuali condizioni di vita e di salute, l'amministratore possa appurare i desideri riguardo ai trattamenti o la volontà presunta dell'amministrato e decidere su tali basi se consentire o rifiutare un trattamento sanitario. L'operazione di ricostruzione della *mutmaßlichen Willen* (presunta volontà) consiste nel vagliare precedenti dichiarazioni orali o scritte, convinzioni etiche o religiose e altri valori personali della persona sulla base di elementi concreti.

L'amministratore riveste, pertanto, un ruolo altamente significativo nella fase interpretativa della volontà del paziente, dovendo egli valutare, una volta realizzatosi lo stato di incapacità decisionale di questi, che le disposizioni rilasciate possano essere riferite all'attuale stato di salute e, in caso affermativo, comunicarle e farle valere nel dialogo con il medico. Tale aspetto è stato fortemente voluto dal legislatore tedesco del 2009 che, da una parte, ha reso certo il carattere vincolante delle disposizioni anticipate, dall'altra, ha riconosciuto la complessità e la difficile normalizzazione della vita e della morte, sottraendole a categorie stabilite *a priori*. Ecco perché le disposizioni del paziente non sono soggette ad un automatismo nella loro applicazione ma il loro vincolo, indi-

[41] In tal senso il § 1901b del BGB: *https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__1901b.html*.

[42] Così il § 1901a, comma 1, del BGB: *https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__1901a.html*.

[43] Per la traduzione italiana del BGB si veda S. Patti, *Codice civile tedesco*, B*ürgerliches Gesetzbuch,* Giuffrè, Milano, 2005. Per le modifiche più recenti può essere consultata la versione in lingua inglese, in *https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/.* In particolare, il § 1896 BGB prevede che l'amministratore possa essere nominato dal giudice, su istanza di un soggetto o d'ufficio, quando una persona maggiorenne, a causa di una malattia psichica o di un impedimento fisico, non possa occuparsi dei propri affari in tutto o in parte.

pendentemente dal tipo e dal decorso della malattia, è caratterizzato da un obbligo di dare attuazione ai propositi del paziente attraverso un processo di interpretazione e di concretizzazione [44], necessario per far fronte all'unicità delle situazioni nelle quali l'istituto del *Patientenverfügung* può essere chiamato ad operare.

La Legge, dunque, è stata formulata nella piena consapevolezza che la vita e la morte non possono essere standardizzate sotto il profilo normativo, trattandosi di fenomeni complessi per essere assoggettati a regole astratte e generalizzate. Di talché, il campo di applicazione della normativa permette la valutazione e il rispetto di ogni singola disposizione del paziente, evitando l'adozione di soluzioni schematiche e di categorie tipizzate.

La possibilità riconosciuta al *Betreuer* di ricostruire la volontà presunta dell'incapace è stata oggetto di critiche da parte di una certa dottrina [45], che si è espressa in termini di "stranezza giuridica" e di "contraddizione" del § 1901a nel momento in cui equipara l'atto di disposizione anticipata, per il quale la legge prevede la forma scritta, al "vago" e "informale" riferimento a precedenti dichiarazioni, anche orali, dell'assistito, ovvero ai suoi convincimenti etici o religiosi, dai quali si può ricavare una mera volontà presunta, ma non una certezza in termini di "ultime volontà", che invece devono essere ponderate e decise dalla persona nel pieno possesso della propria capacità. Sotto tale profilo, non pare plausibile una tale assimilazione tra le due forme; tuttavia non deve escludersi come possano rilevarsi due diverse iter procedurali che portano alla decisione finale, con un grado di vincolatività differente e maggiore nel caso di disposizioni del paziente rese per iscritto; ciò trova conferma anche nel § 1901b BGB, in base al quale il medico verifica quale trattamento sia indicato con riferimento allo stato complessivo ed alla prognosi del paziente. Nei casi dubbi, inoltre, il medico ed il procuratore possono coinvolgere nella decisione, ai fini dell'accertamento della volontà, anche i parenti stretti dell'amministrato o altre persone di sua fiducia, a condizione che ciò non determini ritardi significativi nell'erogazione delle cure.

Il BGB prevede, a chiusura della disciplina, che, in caso di mancato accordo tra il medico e l'amministratore sull'interpretazione delle disposizioni anticipate, l'intervento del tribunale, il quale può autorizzare, a seguito di un accertamento giudiziale della volontà del paziente, il *Betreuer* a formulare il consenso, il rifiuto o la revoca ad un acce-

---

[44] P. Zatti, *Le «disposizioni del paziente»: ci vorrebbe un legislatore*, cit., p. 315.

[45] A. Nicolussi, *Testamento biologico e problemi del fine vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 2, p. 461.

tamento diagnostico o ad un determinato trattamento [46]. A mente del § 1904 l'atto medico può essere eseguito senza autorizzazione se il ritardo può determinare un pericolo per la vita del paziente.

Ciò che si apprezza maggiormente nella disciplina tedesca è l'ampia libertà di scelta sia in termini di contenuto delle disposizioni anticipate, applicabili ad ogni tipo di patologia, di intervento e di accertamento strumentale, sia in termini di requisiti richiesti per il loro rilascio, essendo necessaria la maggiore età e la capacità di prestare il consenso, a prescindere da una malattia in atto al momento del rilascio delle stesse. Anche la forma richiesta non prevede particolari prescrizioni, essendo ammessa la scrittura olografa, senza il deposito dell'atto presso un notaio o una struttura pubblica; del pari, la disposizione può essere revocata in ogni momento sia in modo espresso o con il tacito assenso ad un trattamento. Il paziente può, infatti, dichiarare espressamente di non volersi attenere ad una propria volontà pregressa, ovvero lasciare intendere che la propria volontà è mutata, essendo a tal fine valutabile qualsiasi segnale da cui risulti, a seconda delle circostanze, che il paziente non intende attenersi a quanto precedentemente espresso; in tali casi, ciò che rileva non è la capacità del consenso del paziente, ma la sua volontà naturale [47].

La disciplina tedesca ha dunque riconosciuto il principio secondo il quale, in casi dubbi, la volontà del paziente necessita di una interpretazione conforme al § 133 del BGB [48], per cui per ogni *einer Willenserklärung* occorre indagare sulla reale volontà del dichiarante e non attenersi al significato letterale della dichiarazione. Attraverso l'applicazione di detto principio, la volontà (reale) del paziente viene accertata nel modo più completo, considerando, a tal fine, anche le c.d. condizioni circostanziali, decisive per il costituirsi della volontà del paziente, avendo riguardo all'evoluzione della medicina e delle tecnologie mediche, come pure al decorso della malattia e alle conseguenze di tale decorso.

Infine, in ossequio ai principi generali espressi dai §§ 134 e 138 del BGB, devono considerarsi nulle le disposizioni legate ad una volontà contraria alla legge o al buon costume; in tal caso, esse possono essere disattese dal medico e dall'amministratore [49].

---

[46] Van Der Heide, L. deliens, K. Faisst, T. Nilstun, M. Noruo, E. Paci, G. Van Der Wal, P. J. Van Der Mass, *End of life decisions making in six European countries: descriptive study,* in *The Lancet*, 2003, 362, p. 345 ss. Sul § 1901c BGB: *https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__1901c.html.*

[47] Tale precisione si legge nel Disegno di legge sul chiarimento del carattere vincolante delle Disposizioni del paziente (*Patientenverfügungsverbindlichkeitsgesetz – PVVG*), testo di stampa 16/11493, *Bundestag*, 16à legislatura, in data 18 dicembre 2008.

[48] § 133 BGB: *https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__133.html.*

[49] § 134 BGB: *https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__134.html*; § 135 BGB: *https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__135.html*.

**5.** – La Legge n. 219/2017 rappresenta una svolta storica per l'Italia [50], avendo legiferato su argomenti di natura biogiuridica, concernenti scelte esistenziali dell'individuo, in relazione alle quali si è molto dibattuto dinanzi a casi nazionali di grande impatto mediatico, come quello di Eluana Englaro, di Piergiorgio Welby e di Fabiano Antoniani. Tali casi, in assenza di precise linee guida normative che ne disciplinassero i vari aspetti, hanno indotto la giurisprudenza ad una fervida attività ermeneutica dei principi costituzionali, delle norme civili e penali, delle Carte e delle Convenzioni internazionali, che ha avuto, come risultato, la delimitazione dei confini giuridici delle scelte di fine vita dapprima nel diritto vigente e, successivamente, nella legge.

Le soluzioni adottate si avvicinano significativamente a quelle proposte da altri ordinamenti giuridici culturalmente vicini all'Italia [51] e, in particolare, in termini di vincolatività della volontà del paziente, richiamano il modello tedesco del *Patientenverfügung*. Rispetto a questo, tuttavia, una attenta dottrina [52] ha rilevato l'eccessiva formalità della disciplina italiana riguardo alle modalità di redazione delle DAT ed alla loro revoca. La solennità della forma prescritta *ad substantiam* dall'art. 4, comma 6, della Legge n. 219/2017 rende infatti inammissibile qualsiasi disposizione che non sia rilasciata per atto pubblico, per scrittura privata autenticata, per scrittura privata consegnata personalmente all'ufficiale di Stato civile del comune di residenza, ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso strutture sanitarie con gestionale informatico della cartella clinica. Risulta dunque esclusa la scrittura privata olografa od ogni altro

---

[50] G. Ferrando, *Guido Alpa e il testamento biologico*, su *http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/Guido-Alpa-e-il-testamento-biologico.pdf*. L'A. ritiene che la legge debba essere completata e attuata. "Completata dato che non affronta questioni come l'eutanasia e il suicidio assistito che non potranno essere a lungo rinviate. Ancor prima deve essere attuata nelle diverse realtà in cui la relazione tra medico e paziente ha luogo".

[51] In Spagna la *Ley* 41/2002, del 14 novembre 2002, *bàsica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica,* prevede la necessità del consenso informato del paziente per qualsiasi intervento sanitario. In particolare, l'art. 11 della *Ley* dispone che nel documento definito come *instrucciones previas*, una persona maggiore di età, capace e libera, possa manifestare anticipatamente la propria volontà "*con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo*". In Francia il *Code de la Santé Publique*, introdotto con la Legge n. 370 del 22 aprile 2005, riconosce a tutte le persone maggiorenni la possibilità di redigere *directives anticipées*, revocabili in qualsiasi momento senza alcuna formalità, da osservare in caso in cui non si fosse in grado, in futuro, di esprimere la propria volontà.

[52] P. Zatti, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, cit., p. 22 e U. Adamo, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, cit., p. 35.

modo che permetta al soggetto di esprimere la propria volontà, fatta salva la possibilità per i pazienti, le cui condizioni fisiche non lo consentono, di videoregistrare le proprie volontà o di comunicarle attraverso dispositivi elettronici. Con le medesime forme, le DAT sono rinnovabili, modificabili e revocabili in ogni momento e nei casi in cui, per ragioni di emergenza e di urgenza, queste fossero impraticabili, la revoca potrà avvenire con dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.

La scelta del legislatore italiano è apprezzabile nella misura in cui si debba garantire la certezza e l'autenticità dell'atto, che, invece, la forma olografa non può assicurare ed anzi può esporre il documento al rischio di non essere conoscibile a terzi, ovvero di essere soppresso, perduto o alterato, oltreché di non trovare esecuzione nel caso in cui nessuno dei familiari ne sia a conoscenza o il disponente non abbia provveduto alla nomina di un fiduciario [53]. Inoltre, una disposizione redatta secondo forme diverse da quelle prescritte può essere causa di un ritardo nell'adozione della stessa, determinato dal tempo necessario dell'accertamento; tempo che, soprattutto nei casi di emergenza, non sempre sussiste.

La disciplina tedesca riconosce invece ampia libertà ai soggetti che vogliono disporre anticipatamente della propria vita nel momento in cui non saranno più capaci, stabilendo esclusivamente i requisiti soggettivi del disponente (maggiore d'età e nel pieno possesso delle proprie capacità) e lasciando liberi i contenuti dell'atto e la forma, che si è detto possa essere anche olografa. Il *Patientenverfügung* non impone neppure vincoli di forma per la revoca delle disposizioni.

Se considerate nel senso letterale della norma, le differenze tra la disciplina italiana e quella tedesca possono apparire particolarmente marcate; se, invece, si valutano la finalità delle norme ed il privilegio riconosciuto in entrambe le esperienze alla volontà del disponente, le disposizioni non paiono poi così differenti.

A ben vedere, infatti, nella l. n. 219/2017 la previsione e la disciplina delle DAT non preclude né limita il rilievo della volontà altrimenti manifestata, non potendosi affermare l'invalidità delle disposizioni nel caso di mancato rispetto della forma prescritta; più che altro, in tale ipotesi, il soggetto non potrà beneficiare della garanzia di certezza riconosciuta alle volontà espresse in un atto "solenne" ed i familiari avranno un onere della prova particolarmente arduo da assolvere al fine di poter garantire il rispetto delle dispo-

[53] Sui rischi di un documento redatto nella forma olografa le problematiche possono richiamare quelle inerenti il testamento olografo. Sul punto, C. Cicero, *Il formalismo testamentario*, in *Riv. Not*., 2019, p. 1169 ss.

sizioni altrimenti rilasciate dal soggetto divenuto oramai incapace. Il medesimo discorso vale per la revisione o la revoca delle DAT.

Anche la disciplina tedesca, sebbene meno formale di quella italiana rispetto alla solennità dell'atto ed alla sua eventuale modifica o revoca, parte dal presupposto che ad essere vincolanti sono solo le disposizioni scritte nelle quali si riscontra una piena corrispondenza tra quanto indicato in via anticipata e le condizioni attuali ed effettive del paziente. Infatti, previsioni non conformi alla diagnosi effettuata nel momento in cui la disposizione viene chiamata ad operare devono essere vagliate dal medico, il quale, nei casi dubbi, può coinvolgere anche i parenti stretti dell'amministrato o persone di fiducia ai fini dell'accertamento della volontà del paziente. Allo stesso modo, si è visto che la volontà può anche essere ricostruita attraverso la raccolta di precedenti dichiarazioni (orali o scritte), convinzioni etiche o religiose e altri valori personali del soggetto sulla base di elementi concreti; di talché, neppure la disciplina tedesca del *Patientenverfügung* preclude il rilievo della volontà manifestata in forma diversa da quella scritta.

Ed allora, in entrambe le esperienze, risulta centrale il ruolo del medico, al quale è riconosciuto un margine di azione tanto ampio quanto più le dichiarazioni risultano datate nel tempo o non compatibili con la condizione clinica del paziente. Il potere-dovere del medico di agire secondo la volontà del disponente, dunque, non può essere legato esclusivamente ad un atto scritto, olografo o solenne, tanto da scemarne la sua autonomia, né può essere imposto riguardo a trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali. In definitiva, il medico è tenuto a rispettare la volontà del paziente di rifiutare un trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo solo quando questa sia espressa consapevolmente ed in maniera seria e ponderata da un soggetto.

Tali riflessioni portano dunque ad una conclusione: la scelta del legislatore italiano di imporre una disciplina particolarmente stringente in termini di modalità di redazione, di modifica e di revoca delle DAT rinviene la sua ragion d'essere nella ricerca di certezza sulla provenienza dell'atto, assumendo un elevato valore di protezione per tutti quei pazienti che, a causa di uno stato di incapacità naturale sopravvenuta, non sono più in grado di esprimere la propria volontà in merito all'esecuzione o meno di trattamenti sanitari, ovvero ai malati che, pur in grado di autodeterminarsi, non possono compiere alcuna azione motoria volta ad interrompere un trattamento medico. Solo tale certezza può consentire di risolvere tutte quelle istanze che senza un atto "solenne" necessitano di un lungo e tortuoso *iter* giudiziario, non essendo possibile per il medico interrompere un trattamento sanitario salva-vita in assenza di una richiesta espressa, seria ed inequivocabile

da parte del paziente. E solo la forma solenne delle DAT può ridurre le problematiche inerenti la loro efficacia, e quindi la loro effettività, permettendo all'individuo malato di morire con dignità e nello stesso tempo esonerare da qualsiasi responsabilità il medico o ogni altro operatore coinvolto nelle terapie [54].

[54] G. Alpa, *Il principio di autodeterminazione e le direttive anticipate sulle cure mediche*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1, 2006, p. 83 ss.

**CASS. CIV., SS. UU., 31 MARZO 2021, N. 9004**

**In tema di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale, il quale può dunque proseguire ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile.**

*...Omissis...*

FATTI DI CAUSA

1. Con sentenza del (OMISSIS), il Tribunale di Lucca pronunziò la cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto il (OMISSIS) con rito concordatario da R.G. con A.R., ponendo a carico dell'uomo l'obbligo di corrispondere alla donna un assegno mensile di Euro 450,00, da rivalutarsi annualmente secondo l'indice Istat.

2. L'impugnazione proposta dal R., avente ad oggetto esclusivamente il riconoscimento dell'assegno divorzile, è stata rigettata dalla Corte d'appello di Firenze con sentenza del 4 novembre 2013.

A fondamento della decisione, la Corte ha richiamato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di accertamento del diritto all'assegno divorzile, ritenendo dimostrata l'indisponibilità di mezzi adeguati da parte della A., e rilevando che erano rimasti incontestati lo stato di assoluta indigenza della donna e l'impossibilità per la stessa di procurarsi i mezzi necessari per migliorare la propria condizione, in ragione dell'età e della crisi economica. Ha osservato inoltre che all'epoca della cessazione della convivenza le condizioni economiche dei coniugi erano pressoché equivalenti, in quanto il R., studente in medicina ed occupato come operaio, percepiva uno stipendio mensile di Lire 900.000 circa, mentre la A. lavorava come impiegata alle dipendenze di una cooperativa, con uno stipendio di Lire 950.000 circa. Ha ritenuto che, ai fini dell'accertamento della durata della convivenza, non potessero assumere rilievo le dichiarazioni rese dalla A. nel

giudizio ecclesiastico di nullità del matrimonio promosso dal R., non avendo le stesse valenza confessoria, in assenza di garanzie processuali, e dovendo trovare applicazione la disciplina civilistica, alla stregua della quale occorreva tener conto della data del ricorso per la separazione dei coniugi, depositato il (OMISSIS), e di quella dell'autorizzazione a vivere separati, intervenuta nei primi mesi dell'anno (OMISSIS). Ha rigettato quindi le istanze istruttorie proposte dall'appellante, rilevando, in ordine alla situazione economica attuale delle parti, che, mentre a seguito della separazione il R. aveva proseguito gli studi ed era divenuto medico odontoiatra, costruendosi una solida posizione professionale, nella quale aveva coinvolto anche l'unico figlio nato dal matrimonio, la A., travolta dalla crisi, era rimasta disoccupata ed impossidente. Ritenuto che tale situazione costituisse lo sviluppo delle potenzialità della coppia, ha pertanto riconosciuto il diritto della donna all'assegno, liquidandolo in misura sostanzialmente corrispondente a quella dell'assegno di mantenimento riconosciuto in sede di modifica delle condizioni di separazione, salvo l'adeguamento al mutato valore della moneta. A tal fine, ha evidenziato anche la breve durata del matrimonio, inferiore a cinque anni, ritenendo invece irrilevante, a fronte dello stato d'indigenza della A., la contrazione reddituale subìta dal R. a seguito della costituzione di un'associazione professionale con il figlio, ed attribuendo una valenza meramente indiziaria alle dichiarazioni dei redditi dell'uomo, in quanto unilateralmente predisposte dallo stesso.

3. Avverso la predetta sentenza il R. ha proposto ricorso per cassazione, articolato in tre motivi, illustrati anche con memoria. La A. ha resistito con controricorso, anch'esso illustrato con memoria.

3.1. La causa è stata avviata alla trattazione in camera di consiglio dinanzi alla Sesta Sezione civile, che con ordinanza del 9 dicembre 2016 l'ha rinviata alla pubblica udienza della Prima Sezione civile, rilevando che, unitamente alla memoria di cui all'art. 380-bis c.p.c., comma 2, il R. aveva depositato copia di una sentenza dell'11 luglio 2016, con cui la Corte d'appello di Firenze aveva reso esecutiva nel nostro ordinamento una sentenza emessa dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Etrusco il (OMISSIS), e ratificata dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica il (OMISSIS), che aveva dichiarato la nullità del matrimonio.

3.2. Con ordinanza del 25 febbraio 2020, la Prima Sezione civile ha rigettato innanzitutto l'eccezione d'inefficacia della sentenza di delibazione, dando atto del passaggio in giudicato della stessa, per effetto della sentenza emessa il 21 gennaio 2020, con cui era stata dichiarata l'inammissibilità del ricorso per cassazione proposto dall' A., e ritenendo pertanto superata anche l'istanza di riunione dei due giudizi, formulata dal ricorrente.

Avendo poi il R. richiesto che fosse dichiarata la cessazione della materia del contendere, in virtù della sopravvenuta dichiarazione di nullità del matrimonio, la Prima Sezione ha rimesso gli atti al Primo Presidente, il quale ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, per la risoluzione di un contrasto di giurisprudenza, avente ad oggetto la seguente questione: "se il giudicato interno (per effetto di sentenza parziale o capo autonomo non impugnato della sentenza) che dichiari la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario sia idoneo a paralizzare gli effetti della nullità del matrimonio, dichiarata con sentenza ecclesiastica successivamente delibata dalla corte d'appello (con sentenza passata in giudicato), solo in presenza di statuizioni economiche assistite dal giudicato o anche in assenza di dette statuizioni, con l'effetto (nel secondo caso) di non precludere al giudice civile il potere di regolare, secondo la disciplina della L. n. 898 del 1970 e succ. mod., i rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi il cui vincolo sia consacrato in un atto matrimoniale nullo".

## Ragioni della decisione

1. Il contrasto di giurisprudenza che ha indotto la Prima Sezione civile a sollecitare l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite è stato determinato, secondo l'ordinanza di rimessione, da una recente decisione della medesima Sezione, che, pronunciando in ordine ad una fattispecie analoga a quella che costituisce oggetto del presente giudizio, ha affermato che il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili del medesimo matrimonio, non impedisce la prosecuzione del giudizio di divorzio ai fini della decisione in ordine alla domanda di determinazione dell'assegno (cfr. Cass., Sez. I, 23/01/2019, n. 1882). A sostegno di tale enunciato, la predetta decisione ha rilevato da un lato che "non sussiste un rapporto di primazia della pronuncia di nullità, secondo il diritto canonico, del matrimonio concordatario sulla pronuncia di cessazione degli effetti civili dello stesso matrimonio, trattandosi di procedimenti autonomi, aventi finalità e presupposti diversi", e dall'altro che "la declaratoria di nullità ex tunc del vincolo matrimoniale non fa cessare alcuno *status* di divorziato, che è uno *status* inesistente, determinando piuttosto la pronuncia di divorzio la riacquisizione dello stato libero"; tanto premesso, ha affermato che il titolo giuridico dell'obbligo di mantenimento dell'ex coniuge "non è costituito dalla validità del matrimonio, oggetto della sentenza ecclesiastica", ma "si fonda sull'accertamento dell'impossibilità della continuazione della comunione spirituale e morale tra i coniugi stessi, che è conseguente allo scioglimento del vincolo matrimoniale civile o alla dichiarazione di cessazione degli ef-

fetti civili del matrimonio concordatario", concludendo pertanto che "la questione della spettanza e della liquidazione dello assegno divorzile non è preclusa quando l'accertamento inerente all'impossibilità della prosecuzione della comunione spirituale e morale fra i coniugi (...) sia passato in giudicato prima della delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del medesimo matrimonio, come si verifica nell'ipotesi in cui nell'ambito di un unico giudizio la statuizione relativa allo stato sia stata emessa disgiuntamente da quelle inerenti ai risvolti economici".

Tale conclusione, ad avviso dell'ordinanza di rimessione, si pone in contrasto con il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di divorzio, che, in riferimento all'ipotesi della sopravvenienza della dichiarazione di efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, ne esclude l'incidenza sulle statuizioni di ordine economico conseguenti alla pronuncia di cessazione degli effetti civili, qualora le stesse siano già divenute definitive (cfr. Cass., Sez. I, 18/09/2013, n. 21331; 4/03/ 2005, n. 4795; 23/03/2001, n. 4202), riconoscendone invece l'idoneità ad impedire la prosecuzione del giudizio ed a travolgere la stessa sentenza di divorzio, se in ordine a quest'ultima non sia ancora intervenuta la formazione del giudicato (cfr. Cass., Sez. I, 7/10/2019, n. 24933; 4/06/2010, n. 13625; 4/02/2010, n. 2600; 25/06/2003, n. 10055). L'orientamento in questione muove dalla presa d'atto dell'intervenuta abolizione della riserva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici sulle cause di nullità dei matrimoni concordatari (già prevista dalla L. 27 maggio 1929, n. 810, art. 34, comma 4, in esecuzione del Concordato stipulato tra l'Italia e la Santa Sede l'11 febbraio 1929 e venuta meno per effetto della riforma attuata con l'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984, ratificato e reso esecutivo con L. 28 marzo 1985, n. 121), per affermare che "una volta formatosi il giudicato (...) in ordine alla spettanza dell'assegno di divorzio, poiché le parti possono ormai dedurre nel processo per la cessazione degli effetti civili del matrimonio la nullità del vincolo matrimoniale, in forza del principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile, la sentenza di divorzio, pur non impedendo la delibazione della sentenza di nullità del matrimonio pronunciata dai Tribunali ecclesiastici, impedisce che la delibazione travolga le disposizioni economiche adottate in sede di divorzio". A sostegno di tale assunto, si rileva che, "ove le parti non introducano espressamente nel giudizio di divorzio, attraverso contestazioni al riguardo, questioni sull'esistenza e validità del matrimonio - che darebbero luogo a statuizioni le quali, incidendo sullo stato delle persone, non possono essere adottate incidenter tantum, ma dovrebbero essere decise necessariamente, ex art. 34 c.p.c., con accertamento avente efficacia di giudicato - di regola l'esistenza e la validità del matrimonio costituiscono un

presupposto della sentenza di divorzio, ma non formano nel relativo giudizio oggetto di specifico accertamento suscettibile di dare luogo al formarsi di un giudicato". Si osserva quindi che "la sentenza di divorzio - che ha causa petendi e petitum diversi da quelli della sentenza di nullità del matrimonio - ove nel relativo giudizio non si sia espressamente statuito in ordine alla validità del matrimonio (...), non impedisce la delibabilità della sentenza dei Tribunali ecclesiastici che abbia dichiarato la nullità del matrimonio concordatario, in coerenza con gli impegni concordatari assunti dallo Stato italiano e nei limiti di essi", mentre, "quanto (...) ai capi della sentenza di divorzio che contengano statuizioni di ordine economico, si applica la regola generale secondo la quale, una volta accertata in un giudizio fra le parti la spettanza di un determinato diritto, con sentenza passata in giudicato, tale spettanza non può essere rimessa in discussione (...) fra le stesse parti, in altro processo, in forza degli effetti sostanziali del giudicato stabiliti dall'art. 2909 c.c." (cfr. Cass., Sez. I, 23/03/2001, n. 4202, cit.).

1.1. In realtà, come ha correttamente segnalato il Pubblico Ministero nelle sue conclusioni scritte, nessuna delle pronunce citate dall'ordinanza di rimessione come ascrivibili a quest'ultimo orientamento giunge esplicitamente ad affermare che, ove intervenga nel corso del giudizio di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio ne impedisce la prosecuzione anche nel caso in cui, come nella specie, sia già passata in giudicato la pronuncia di cessazione degli effetti civili, e si tratti soltanto di procedere all'accertamento della spettanza ed alla liquidazione dell'assegno divorzile: esse, infatti, si riferiscono a casi in cui, al momento del passaggio in giudicato della sentenza di delibazione, non era ancora divenuta definitiva la pronuncia di scioglimento del vincolo coniugale (cfr. Cass., Sez. I, 7/10/2019, n. 24933; 4/06/2010, n. 13625; 4/02/2010, n. 2600; 25/06/2003, n. 10055, cit.), ovvero a casi in cui, alla medesima data, era già passata in giudicato la sentenza recante la determinazione delle conseguenze economiche (cfr. Cass., Sez. I, 18/09/2013, n. 21331; 4/03/2005, n. 4795; 23/03/2001, n. 4202, cit.), e si limitano ad affermare che nella prima ipotesi il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica impedisce la prosecuzione del giudizio di divorzio, determinando la cessazione della materia del contendere e travolgendo tutte le sentenze eventualmente pronunciate, mentre nella seconda ipotesi la pronuncia di divorzio e le statuizioni accessorie rimangono insensibili alla dichiarazione di nullità del matrimonio. A ciò si aggiunga che nell'ordinanza alla quale si fa risalire il denunciato contrasto si richiamano, a conforto dell'affermazione secondo cui la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità intervenuta dopo il passaggio in giudicato di quella di cessazione degli effetti civili del matrimonio non impedisce la prosecuzione del

giudizio di divorzio ai fini della determinazione dell'assegno, precedenti di legittimità riconducibili al medesimo orientamento citato dall'ordinanza di rimessione. Ciò nonostante, quest'ultima ritiene di poter desumere dalle stesse premesse un principio di diritto contrastante con quello enunciato dall'ordinanza più recente, argomentando a contrario dalla ritenuta insensibilità del giudicato formatosi in ordine alle conseguenze economiche del divorzio agli effetti della successiva delibazione della sentenza di nullità, per affermare che quest'ultima, nel caso in cui intervenga dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di scioglimento del vincolo ma prima della determinazione dell'assegno, è invece idonea ad impedire la prosecuzione del giudizio.

1.2. Per impostare correttamente la problematica sollevata dall'ordinanza di rimessione, occorre dunque ricostruire brevemente lo stato della giurisprudenza di legittimità in tema di rapporti tra giudizio di nullità del matrimonio religioso e giudizio di divorzio, al fine d'individuare le ragioni sottese all'affermazione dell'intangibilità del giudicato di divorzio da parte del provvedimento di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità.

Com'è noto, a seguito della sentenza con cui, nell'ultimo decennio del secolo scorso, queste Sezioni Unite ritennero abrogata, per effetto dell'entrata in vigore della L. n. 121 del 1985, che aveva dato esecuzione allo Accordo di revisione del Concordato lateranense del 1929, la riserva di giurisdizione in favore dei Tribunali ecclesiastici in materia di nullità del matrimonio concordatario celebrato secondo le norme del diritto canonico (cfr. Cass., Sez. Un., 13/02/1993, n. 1824), questa Corte affermò che il concorso tra la giurisdizione ecclesiastica e quella civile dev'essere risolto secondo il criterio della prevenzione in favore della giurisdizione civile, in virtù del quale a) il giudice italiano preventivamente adito può giudicare sulla domanda di nullità di un matrimonio concordatario, b) il convenuto in una causa di divorzio può chiedere l'accertamento della nullità del vincolo, c) la pendenza del giudizio civile nel quale sia stato chiesto l'accertamento della nullità impedisce la delibazione della sentenza ecclesiastica, d) il giudizio civile può essere paralizzato soltanto dall'intervenuta delibazione della sentenza ecclesiastica, e) il giudicato di divorzio non impedisce la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità, ma non può ritenersi travolto dalla stessa (cfr. Cass., Sez. I, 18/04/1997, n. 3345; 16/11/1999, n. 12671; 19/11/1999, n. 12867). Quest'ultima affermazione, originariamente giustificata con l'osservazione che, in assenza di un'espressa domanda di nullità, il giudicato di divorzio contiene una valutazione meramente implicita di validità del matrimonio, nei limiti di un accertamento incidentale, fu in seguito precisata nel senso che, non potendo la predetta valutazione aver luogo in via incidentale, ma dovendo la questione di nullità essere decisa necessariamente con efficacia di giudicato, ai sensi dell'art.

34 c.p.c., l'esistenza e la validità del matrimonio costituiscono un presupposto della sentenza di divorzio, ma non possono formare oggetto di specifico accertamento suscettibile di dar luogo alla formazione di un giudicato, a meno che le relative questioni non siano state introdotte espressamente dalle parti nel giudizio di divorzio (cfr. Cass., Sez. I, 23/03/2001, n. 4202, cit.); al riguardo, fu anche chiarito che non vi è coincidenza tra gli oggetti del due giudizi, caratterizzati da petita e causae petendi diversi, dal momento che la domanda di nullità del matrimonio concordatario è volta ad ottenere l'accertamento dell'invalidità originaria del vincolo coniugale, ed investe pertanto il matrimonio-atto, mentre quella di cessazione degli effetti civili incide sul matrimonio-rapporto, del quale mira a provocare lo scioglimento con efficacia ex nunc (cfr. Cass., Sez. I, 4/03/2005, n. 4795; 11/02/2008, n. 3186; 24/07/2012, n. 12989): nella medesima ottica, si affermò che tra il giudizio di nullità del matrimonio concordatario e quello avente ad oggetto la cessazione degli effetti civili non sussiste alcun rapporto di pregiudizialità, tale da imporre la sospensione del secondo a causa della pendenza del primo ed in attesa della sua definizione, trattandosi di procedimenti autonomi, non solo destinati a sfociare in decisioni di diversa natura (e dotate di specifico rilievo in ordinamenti diversi, tanto che la decisione ecclesiastica può produrre effetti nell'ordinamento italiano soltanto a seguito della delibazione), ma aventi anche finalità e presupposti differenti (cfr. Cass., Sez. I, 9/06/2000, n. 7865; 19/09/2001, n. 11751; 25/05/2005, n. 11020; 10/12/2010, n. 24990).

1.3. Orbene, è proprio la riscontrata diversità di natura ed effetti tra la sentenza di nullità e quella di divorzio, più volte ribadita dalla giurisprudenza di legittimità e riconducibile alla diversità di petitum e causa petendi delle relative domande, a giustificare, oltre al riconoscimento della possibilità di una coesistenza tra le due pronunce, nel caso in cui la delibazione della sentenza ecclesiastica intervenga successivamente al passaggio in giudicato di quella di divorzio, l'affermazione dell'inidoneità della prima ad impedire, nel caso in cui lo scioglimento del vincolo abbia luogo disgiuntamente dalla determinazione delle conseguenze economiche, la prosecuzione del giudizio civile ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile. Se è vero, infatti, che, in assenza di un'espressa domanda in tal senso, il giudicato di divorzio non implica alcun accertamento in ordine alla validità del matrimonio, la quale ne costituisce certamente il presupposto, ma resta estranea all'oggetto del giudizio, consistente esclusivamente nello scioglimento del vincolo coniugale, allora deve concordarsi con la tesi secondo cui non è il predetto accertamento a costituire il titolo giuridico dell'obbligo di corrispondere l'assegno all'ex coniuge, il cui fondamento dev'essere invece individuato nella constatazione dell'intervenuta dissoluzione della comunione materiale e spirituale

tra i coniugi e dell'impossibilità di ricostituirla, nonché della necessità di un riequilibrio tra le condizioni economico patrimoniali dei coniugi, da realizzarsi attraverso il riconoscimento di un contributo in favore di uno di essi. Tale accertamento non inerisce all'atto costitutivo del vincolo coniugale, ma allo svolgimento di quest'ultimo nella sua effettività, contrassegnata dalle vicende concretamente affrontate dai coniugi come singoli e dal nucleo familiare nel suo complesso, anche nella loro dimensione economica, la cui valutazione trova fondamento, a livello normativo, nei criteri indicati dalla L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 5, comma 6, ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno. In proposito, è appena il caso di richiamare la più recente giurisprudenza di legittimità, la quale, nel confermare l'individuazione del fondamento di tale contributo in un dovere inderogabile di solidarietà previsto a favore dell'ex coniuge economicamente più debole, anziché nello *status* di coniuge, destinato a venir meno per effetto dello scioglimento del vincolo (cfr. Cass., Sez. I, 11/05/2018, n. 11533), riconosce allo stesso una funzione non solo assistenziale, ma anche perequativo-compensativa, valorizzandone il collegamento con la vita familiare, attraverso l'individuazione delle relative finalità nell'assicurazione non già dell'autosufficienza economica del richiedente sulla base di un parametro astratto, bensì di un livello reddituale adeguato al contributo concretamente fornito dall'avente diritto alla conduzione della vita familiare ed alle aspettative professionali da lui eventualmente sacrificate (cfr. Cass., Sez. Un., 11/07/2018, n. 18287; Cass., Sez. I, 28/02/2020, n. 5603): aspetti, questi, inerenti al profilo fattuale del rapporto matrimoniale, desumibile dalle scelte di volta in volta compiute nel corso della vita coniugale e dalle concrete ripercussioni sulle condizioni economiche dei coniugi, il cui accertamento non è condizionato dalla validità dell'atto costitutivo, la quale, come si è detto, rimane estranea all'oggetto del contendere, ma dall'intervenuta disgregazione del nucleo familiare, consacrata nella pronuncia di scioglimento del vincolo coniugale. E poiché tale pronuncia, una volta divenuta definitiva, non resta travolta dal successivo riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica che abbia dichiarato la nullità del matrimonio, la quale ha un oggetto diverso, anche il predetto accertamento risulta insensibile a tale riconoscimento, il quale non preclude quindi la prosecuzione del giudizio ai fini della pronuncia sull'obbligo di corrispondere l'assegno.

Non può pertanto condividersi la tesi sostenuta nell'ordinanza di rimessione, secondo cui, in quanto aventi il loro fondamento nella solidarietà post-coniugale, la quale presuppone un rapporto di coniugio fondato su un matrimonio-atto valido o quanto meno non nullo, le statuizioni economiche conseguenti alla pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio non possono sopravvivere alla dichiarazione di nullità dello stesso, a

meno che non siano già passate in giudicato. Se è vero, infatti, in linea generale, che la regola del giudicato può operare soltanto quando la spettanza di un determinato diritto non possa essere più rimessa in discussione, in quanto accertata in un giudizio tra le parti con sentenza non più impugnabile, è anche vero, però, che nel caso in esame il giudicato formatosi in ordine all'impossibilità della ricostituzione della comunione tra i coniugi investe il titolo stesso del diritto all'assegno, la cui incontestabilità esclude, quanto meno ai fini che qui interessano, l'operatività della dichiarazione di nullità del matrimonio. Non giova obiettare che la prosecuzione del giudizio di divorzio condurrebbe ad un contrasto di giudicati, quanto meno sotto il profilo pratico della potenziale sovrapposizione tra gli effetti economici del divorzio, nella forma del diritto all'assegno, e quelli della nullità, derivanti dall'applicabilità della disciplina del matrimonio putativo: tale eventualità, che incontra peraltro un limite nella portata temporalmente circoscritta degli effetti previsti dall'art. 129 c.c., comma 1, rappresenta infatti un'inevitabile conseguenza dell'ammissione di una possibile coesistenza tra la pronuncia di cessazione degli effetti civili e quella di nullità del matrimonio, che non resta esclusa neppure nel caso in cui la delibazione della sentenza ecclesiastica abbia luogo successivamente al passaggio in giudicato della sentenza recante la determinazione dell'assegno divorzile.

Non merita poi consenso l'osservazione secondo cui riconoscere al giudicato di divorzio una portata preclusiva dell'efficacia della dichiarazione di nullità, a seguito dell'intervenuta delibazione della sentenza ecclesiastica, significherebbe far riemergere la tesi, già respinta da questa Corte, secondo cui la pronuncia di cessazione degli effetti civili comporta la formazione di un giudicato implicito in ordine alla validità del matrimonio: la preclusione in esame non impedisce infatti alla sentenza di nullità di spiegare i propri effetti ad altri fini, ad esempio ai fini della validità di un secondo matrimonio eventualmente contratto, in violazione dell'art. 86 c.c., anteriormente allo scioglimento del primo. La portata limitata di tali effetti non si pone neppure in contrasto con gl'impegni assunti dallo Stato italiano con l'Accordo del 18 febbraio 1984, i quali, come già chiarito da questa Corte, si sostanziano, ai sensi dell'art. 8, "nell'obbligo per lo Stato italiano - alle condizioni ivi indicate, così come precisate nel protocollo addizionale all'accordo medesimo - per un verso di riconoscere gli effetti civili "ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico", per altro verso di dichiarare efficaci "le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai Tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo", restando invece "rimessa alla competenza dello Stato italiano la disciplina dei rapporti patrimoniali fra i coniugi derivanti dai conseguiti effetti civili dei matrimoni concordatari, come si evince dal di-

sposto dell'art. 8, comma 1, che sostanzialmente rimanda in proposito alle disposizioni del codice civile, mentre ogni statuizione riguardo al venire meno di tali effetti, con riferimento alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità dei matrimoni concordatari, è rimessa dall'art. 8, comma 2, ultima parte, esplicitamente alla giurisdizione e implicitamente alla normativa dello Stato italiano" (cfr. Cass., Sez. I, 23/03/2001, n. 4202).

1.4. In conclusione, la questione sollevata dalla Prima Sezione civile dev'essere risolta mediante l'enunciazione del seguente principio di diritto: "In tema di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile avente ad oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale, il quale può dunque proseguire ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile".

In applicazione di tale principio, deve escludersi, nella specie, che la produzione della sentenza, divenuta definitiva, con cui è stata dichiarata efficace nel nostro ordinamento la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio contratto dalle parti risulti idonea a precludere la prosecuzione del presente giudizio: considerato infatti che la sentenza di primo grado ha costituito oggetto d'impugnazione nella sola parte in cui ha riconosciuto il diritto della controricorrente alla corresponsione dell'assegno divorzile e ne ha determinato la misura, il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili del matrimonio, verificatosi a seguito della proposizione dell'appello e quindi in data anteriore alla delibazione della sentenza ecclesiastica, consente di escludere l'operatività di quest'ultima, non solo ai fini dello scioglimento del vincolo coniugale, ma anche in ordine alla determinazione delle relative conseguenze economiche, imponendo pertanto di procedere all'esame delle censure proposte con il ricorso per cassazione.

2. Con il primo motivo d'impugnazione, il ricorrente denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 347 c.p.c., u. c., censurando la sentenza impugnata per aver trascurato elementi decisivi per il giudizio, desumibili dagli atti del giudizio di primo grado. Premesso che il relativo fascicolo d'ufficio non era mai pervenuto in Cancelleria, sostiene che ciò ha impedito alla Corte d'appello di valutare le dichiarazioni rese dalla A. dinanzi al Presidente del Tribunale e di confrontarle con quelle rese dinanzi al Tribunale ecclesiastico, da cui emergeva la breve durata della convivenza, nonché di rilevare la mancata contestazione della circostanza che il figlio aveva sempre convissuto con il padre.

2.1. Il motivo è inammissibile.

L'acquisizione del fascicolo d'ufficio relativo al giudizio di primo grado, ai sensi dell'art. 347 c.p.c., non costituisce infatti una condizione essenziale per la validità del giudizio d'appello, trattandosi di un adempimento di natura discrezionale con funzione meramente sussidiaria, la cui omissione non comporta quindi la nullità del procedimento o della decisione di secondo grado, ma si traduce al più in un vizio di motivazione, la cui deduzione in sede di legittimità postula peraltro la specifica prospettazione da parte del ricorrente della possibilità di desumere dal predetto fascicolo elementi idonei ad orientare in senso diverso la decisione, non rilevabili aliunde e trascurati dal giudice d'appello (cfr. Cass., Sez. VI, 4/04/2019, n. 9498; 7/08/2018, n. 20631; Cass., Sez. III, 29/01/2016, n. 1678). Tale vizio nella specie non risulta neppure dedotto, essendosi il ricorrente limitato a far valere la violazione di legge, peraltro mediante il riferimento a circostanze di fatto in parte già prese in considerazione dalla sentenza impugnata, ed in parte non ritualmente introdotte nel giudizio: la breve durata della convivenza tra i coniugi ha costituito infatti oggetto di specifica valutazione da parte della Corte territoriale, ai fini della constatazione dell'intervenuto consolidamento di un comune tenore di vita dei coniugi, mentre in ordine alla convivenza dell'unico figlio nato dall'unione con il padre non è stato precisato in quale fase processuale ed in quale atto la circostanza sia stata allegata.

3. Con il secondo motivo, il ricorrente deduce la violazione e la falsa applicazione della L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 5, comma 6 come modificato dalla L. 6 marzo 1987, n. 74, art. 10 e dell'art. 2697 c.c., osservando che la rilevanza attribuita dalla sentenza impugnata alla durata legale della convivenza si pone in contrasto con il diritto vivente, che, al fine di evitare la formazione di rendite parassitarie e di responsabilizzare il coniuge richiedente, impone di prendere in considerazione la durata effettiva del rapporto di coniugio. Premesso che la separazione di fatto costituisce il prodromo di quella legale, a sua volta preliminare al divorzio, afferma che una breve durata della convivenza non consente la maturazione di aspettative al mantenimento di un determinato tenore di vita, né la prestazione di un contributo alla realizzazione del progetto di vita matrimoniale ed alla formazione o all'incremento del patrimonio del coniuge. Aggiunge che nella specie erano stati acquisiti elementi sufficienti ad escludere l'effettiva costituzione di un sodalizio coniugale e di un regime di vita comune, e quindi la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dello assegno, la cui misura può essere ridimensionata o addirittura azzerata quando la conservazione del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio si pone in contrasto con gli altri elementi indicati dalla legge. Sostiene che, in tale prospettiva, la Corte d'appello non avrebbe potuto tener conto, ai fini del riconoscimento dell'assegno, della laurea in medicina conseguita da esso ricorrente e del successivo svilup-

po della sua attività professionale, trattandosi di eventi del tutto imprevedibili al momento della cessazione della convivenza, e quindi inidonei a giustificare l'aspettativa d'incrementi reddituali.

3.1. Il motivo è infondato.

In tema di divorzio, questa Corte ha infatti affermato che i criteri previsti dalla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, ai fini dell'attribuzione e della quantificazione dell'assegno dovuto all'ex coniuge devono trovare applicazione in riferimento all'intera durata del vincolo matrimoniale, anziché a quella effettiva della convivenza, dovendosi in particolare comprendere, nella nozione di contributo fornito da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi, non solo quello offerto nel periodo della convivenza, ma anche quello prestato in regime di separazione, soprattutto per quanto riguarda il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli (cfr. Cass., Sez. I, 7/11/1981, n. 5874; 29/05/1978, n. 2684). Tale principio, espressamente enunciato da alcune risalenti pronunce ed applicato pacificamente anche in seguito, ha recentemente assunto particolare rilievo, per effetto della vicenda giurisprudenziale (successiva alla pronuncia della sentenza impugnata) che ha interessato l'interpretazione della norma citata, la quale ha condotto ad una rimeditazione del rapporto tra i criteri individuati dal legislatore, con il passaggio dalla posizione di primazia assegnata a quello fondato sulla comparazione tra le situazioni economiche e reddituali dei coniugi ad un regime di equiordinazione, nell'ambito del quale ciascuno dei predetti criteri concorre sia all'accertamento della spettanza del contributo che alla liquidazione del relativo importo. La già citata pronuncia delle Sezioni Unite, componendo un contrasto di giurisprudenza, ha infatti affermato che i criteri di cui alla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, costituiscono nel loro complesso il parametro di riferimento tanto della valutazione relativa all'an debeatur quanto di quella relativa al quantum debeatur, precisando che l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi economici a disposizione del richiedente, prescritto ai fini della prima operazione, deve aver luogo mediante una valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti che tenga conto anche del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dello avente diritto: tutto ciò in conformità della funzione non solo assistenziale, ma anche compensativa e perequativa dell'assegno divorzile, discendente direttamente dal principio costituzionale di solidarietà, alla luce del quale deve ritenersi assegnata al contributo in questione la finalità di assicurare non già l'autosufficienza economica del richiedente sulla base di un parametro astratto, bensì un livello

reddituale adeguato al contributo da lui fornito nella vita familiare in concreto, tenendo conto in particolare delle aspettative professionali sacrificate (cfr. Cass., Sez. Un., 11/07/2018, n. 18287; Cass., Sez. I, 28/02/2020, n. 5603; 9/08/2019, n. 21234). In tale contesto, la durata del vincolo coniugale non assume più rilievo esclusivamente ai fini della quantificazione dell'assegno, come ritenuto in precedenza, ma viene in considerazione, unitamente agli altri criteri, anche ai fini dell'accertamento del relativo diritto, e può quindi giustificarne l'esclusione, ove, per la sua brevità, non abbia consentito la prestazione di un significativo contributo o il sacrificio di apprezzabili aspettative professionali da parte del richiedente: anche in passato, d'altronde, la precoce interruzione della convivenza veniva ritenuta idonea a giustificare l'azzeramento dell'importo dell'assegno, nei casi eccezionali in cui avesse impedito l'instaurazione di una comunione materiale e spirituale tra i coniugi, e quindi il consolidamento di un comune tenore di vita (cfr. Cass., Sez. VI, 26/03/2015, n. 6164; 22/03/2013, n. 7295; Cass., Sez. I, 16/06/2000, n. 8233).

Tale elemento, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, non è stato affatto trascurato dalla sentenza impugnata, la quale, pur escludendo l'utilizzabilità degli elementi emersi dal processo canonico, ha compiuto una specifica indagine in ordine alla durata del matrimonio, distinguendo, nello ambito della stessa, il periodo della convivenza da quello della separazione, e tenendone conto ai fini della determinazione delle conseguenze economiche del divorzio. E' pur vero che, nel riconoscere alla controricorrente il diritto all'assegno, la Corte territoriale si è conformata all'orientamento giurisprudenziale all'epoca corrente, ed oggi abbandonato, secondo cui l'inadeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge richiedente doveva essere valutata mediante un raffronto tra la sua attuale situazione economico-patrimoniale ed un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio e che sarebbe stato presumibilmente conservato in caso di continuazione dello stesso, o che avrebbe potuto legittimamente e ragionevolmente prevedersi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto, quale poteva desumersi dalle potenzialità economiche dei coniugi, ovverosia dallo ammontare complessivo dei loro redditi e dalle loro disponibilità patrimoniali (cfr. Cass., Sez. I, 15/05/2013, n. 11686; 4/10/2010, n. 20582; 28/02/ 2007, n. 4764). Nell'ambito di tale valutazione, la sentenza impugnata non ha tuttavia trascurato nessuno dei profili che assumono rilievo sulla base del nuovo orientamento giurisprudenziale, avendo tenuto conto, oltre che della durata del rapporto coniugale, anche della situazione occupazionale e reddituale di ciascuno dei coniugi, correttamente messa a confronto con quella attuale, ed avendo posto in risalto, al riguardo, anche il considerevole miglioramento della posi-

zione lavorativa del ricorrente, nel quale ha peraltro ravvisato un naturale sviluppo delle potenzialità collegate agli studi da quest'ultimo all'epoca compiuti, concludendo pertanto per la valutabilità dello stesso ai fini del riconoscimento dell'assegno.

Nel censurare il predetto apprezzamento, il ricorrente non è d'altronde in grado d'individuare aspetti contrastanti con i principi enunciati, ma si limita ad insistere sulla breve durata della convivenza e sull'assenza di qualsiasi collegamento tra le aspettative economiche maturate nel corso della stessa e i successivi sviluppi della sua vita professionale, in tal modo sollecitando una nuova valutazione dei fatti, non consentita a questa Corte, alla quale non spetta il compito di riesaminare il merito della controversia, ma solo quello di verificare la correttezza giuridica delle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata, nonché la coerenza logico-giuridica della stesse, nei limiti in cui le relative anomalie sono ancora deducibili come motivo di ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, nel testo riformulato dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, comma 1, lett. b), convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 (cfr. ex plurimis, Cass., Sez. Un., 7/04/2014, n. 8053 e 8054; Cass., Sez. VI, 8/10/2014, n. 21257). Nel contestare l'apporto fornito dalla contro-ricorrente alla conduzione della vita familiare, il ricorrente omette poi di rilevare che la sentenza impugnata ha conferito rilievo, tra l'altro, al contributo economico posto a carico della stessa, con la sentenza di separazione, ai fini del mantenimento del figlio, la cui convivenza con il padre, come si è detto, non può essere presa in considerazione in questa sede, in quanto non ritualmente dedotta.

4. Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta la violazione e la falsa applicazione degli artt. 2730 e 2735 c.c. e degli artt. 115 e 116 c.p.c., censurando la sentenza impugnata nella parte in cui, pur avendo negato valenza confessoria alle dichiarazioni rese dalla A. dinanzi al Tribunale ecclesiastico relativamente alla durata del matrimonio, ha ritenuto incontestate le circostanze riferite dalla donna, ai fini del rigetto delle istanze istruttorie formulate da esso ricorrente. Premesso che, in contrasto con il predetto assunto, la breve durata della convivenza è stata presa in considerazione ai fini della liquidazione dell'assegno, sostiene che, in quanto non attinenti a diritti indisponibili, le predette dichiarazioni ben potevano rivestire portata confessoria, non ostandovi l'assenza di garanzie processuali nel processo canonico, dal momento che la garanzia di certi mezzi di prova non rientra tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato.

4.1. Il motivo è inammissibile, per difetto d'interesse.

Come riconosce la stessa difesa del ricorrente, nonostante il rigetto delle istanze istruttorie da essa formulate, le circostanze dedotte ai fini della dimostrazione della dura-

ta della convivenza sono state ugualmente prese in considerazione dalla sentenza impugnata, la quale ha ritenuto superfluo il relativo accertamento, dal momento che la mancata contestazione delle stesse ad opera della controparte consentiva di porle a fondamento della decisione senza bisogno di prova, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., comma 1, con la conseguente irrilevanza anche delle dichiarazioni rese dalla controricorrente nel procedimento dinanzi al Tribunale ecclesiastico.

5. Il ricorso va pertanto rigettato.

L'oggettiva complessità della questione trattata, dipendente da un evento sopravvenuto nel corso del giudizio, giustifica peraltro l'integrale compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso. Compensa integralmente le spese processuali.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso dallo stesso art. 13, comma 1 bis se dovuto.

Dispone che, in caso di utilizzazione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione scientifica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi delle parti riportati nella sentenza.

Così deciso in Roma, il 1° dicembre 2020. Depositato in cancelleria il 31 marzo 2021.

JUS CIVILE

*SIMONA ATTOLLINO*

*Assegnista di ricerca – Università LUM di Casamassima (Bari)*

# IL RUOLO DELLA SOLIDARIETÀ FAMILIARE TRA NULLITÀ CANONICA E CESSAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI DEL MATRIMONIO CONCORDATARIO. NOTE CRITICHE IN MERITO A CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, 31 MARZO 2021, N. 9004

SOMMARIO*: 1. Introduzione. – 2. Il contrasto giurisprudenziale e l'ordinanza di rimessione. – 3. Il principio di diritto della sentenza n. 9004/2021. – 4. Natura ed effetti delle sentenze di nullità e divorzio. – 5. Ultrattività dei negozi (matrimoniali) invalidi in relazione ai principi di solidarietà sociale e familiare. – 6. La laicità dell'ordine matrimoniale e gli obblighi concordatari: brevi notazioni conclusive.*

**1. –** L'esperienza giuridica dimostra che il fattore religioso rappresenta un proficuo punto di osservazione per considerare le vicende legate all'evoluzione del matrimonio e della famiglia, attraversati trasversalmente dagli alterni rapporti tra ordini distinti, Stato e Chiesa.

La luce della religione si imbatte sul prisma dell'istituto matrimoniale, impattando diversamente a seconda della considerazione che di tale variabile si è data nelle diverse tappe dell'evoluzione sociale e giuridica del matrimonio e della sua crisi.

Storicamente, infatti, la disciplina giuridica della famiglia risente di un forte radicamento nella religione: nasce sul terreno di consuetudini forgiate a livello sociale, ma coltiva le sue dinamiche nella sede giudiziaria, confermando il noto brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*, inteso nell'accezione contemporanea come individuazione, a partire dal fatto, della regola giusta per il caso concreto.

Tanto è vero che, come è stato autorevolmente sostenuto, il diritto di famiglia è *il campo in cui si verifica una intensa trasfusione dell'etica nell'orbita del diritto* [1].

[1] In questi termini, ancora attuali le considerazioni di BIONDO BIONDI, *Il diritto romano*, Cappelli, Bologna, 1957, p. 310. Sul tema, cfr., altresì, ARTURO CARLO JEMOLO, *Il matrimonio*, 3ª ed., Utet, Torino, 1957,

Altrettanto evidente è il condizionamento che la diarchia giurisdizionale di Stato e Chiesa sul matrimonio canonico trascritto ha assunto nella prassi processuale, con particolare riferimento allo storico tema del rapporto tra nullità matrimoniale in sede canonica e giudizio di divorzio in sede civile [2].

L'interesse per la citata questione non si è mai sopito, anche in ragione della sua rilevanza tecnica e applicativa, al punto da rappresentare l'oggetto di una ricca produzione giurisprudenziale, oggi sfociata nella pronuncia delle Sezioni Unite Civili della Suprema Corte di Cass. 31 marzo 2021, n. 9004 [3], su cui s'incentra la presente riflessione.

**2. –** Con la sentenza in commento i giudici della nomofilachia intervengono a dirimere il contrasto giurisprudenziale sorto in merito all'efficacia preclusiva alla prosecuzione del giudizio sulle pronunce accessorie al divorzio (e in particolare sul riconoscimento e la determinazione dell'assegno divorzile), in seguito all'intervenuta delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio. Nel dettaglio, se la nullità del matrimonio, dichiarata con sentenza ecclesiastica successivamente delibata dalla Corte d'appello (con sentenza passata in giudicato) sia idonea a incidere sul giudicato interno nel giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario in cui sia stata già pronunciata sentenza parziale sullo *status* (o il capo autonomo non sia stato impugnato in

---

pp. 21-27; GIUSEPPE DALLA TORRE, *Matrimonio e famiglia tra laicità e libertà religiosa*, in *www.statoechiese.it*, n. 22, 2018, pp. 1-21; Id. *Il matrimonio tra diritto e legge. Sondaggi nella storia*, in MYRIAM TINTI (a cura di), *Famiglia e diritto nella Chiesa,* Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2014, p. 39 ss.

[2] Per una ricostruzione in chiave storica dei rapporti fra giurisdizione ecclesiastica e giurisdizione statuale in relazione al matrimonio concordatario nella vigenza del Concordato del 1929 cfr. ORIO GIACCHI, *La giurisdizione ecclesiastica nel diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1937 p. 113 ss.; a proposito dell'evoluzione dei rapporti tra giurisdizioni dopo l'entrata in vigore dell'Accordo del 1984, cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Sentenze ecclesiastiche e giurisdizione dello Stato sul matrimonio concordatario nell'Accordo del 18 Febbraio 1984 tra l'Italia e la Santa Sede,* in *Riv. dir. proc.,* 1984, p. 401 ss.; MARIA CRISTINA FOLLIERO, *Giurisdizione in materia matrimoniale e diritti confessionali*, Edisud, Salerno, 1992; SALVATORE BERLINGÒ, VINCENZO SCALISI (a cura di), *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale,* Giuffrè, Milano, 1994; PASQUALE LILLO, *Matrimonio concordatario e sovranità dello Stato. Profili giurisdizionali,* Aracne, Roma, 1999; CARLO GULLO (a cura di), *Matrimonio canonico e ordinamento civile*, Libreria editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2008. PAOLO MONETA, *Il matrimonio nel diritto della Chiesa*, il Mulino, Bologna, 2014, pp. 9-18; ID., *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico*, 4ª ed., Ecig, Genova, 2008, pp. 11-19.

[3] Tra i primi commenti, cfr. JLIA PASQUALI CERIOLI, *Le Sezioni unite e l''indifferenza' del giudizio sull'assegno divorzile al riconoscimento delle nullità canoniche: la tutela del "coniuge debole" nell'ordine matrimoniale dello Stato,* in *www.statoechiese.it*, n. 7, 2021, pp. 69-89.

sede di gravame), precludendo al giudice civile il potere di regolare, secondo la disciplina della l. n. 898/1970 e successive modificazioni, i rapporti patrimoniali tra gli *ex* coniugi.

La questione risulta di particolare interesse, dal momento che, nell'ambito di una tematica che la giurisprudenza ha più volte affrontato nei suoi aspetti maggiormente conosciuti, essa riguarda un caso particolare, ma non infrequente nella prassi giudiziaria: l'ipotesi, cioè, dell'intangibilità del giudicato sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio in presenza di un giudizio ancora pendente per l'accertamento e la determinazione dell'assegno divorzile *ex* art. 5, comma 6, della l. n. 898/1970 e delle altre pronunce accessorie, in relazione all'intervenuto giudicato sull'invalidità originaria del vincolo matrimoniale ottenuto in sede canonica.

In punto di fatto, la vicenda aveva avuto origine da un matrimonio concordatario celebrato sul finire degli anni Settanta e naufragato con un divorzio pronunciato dal Tribunale di Lucca. Il marito aveva proposto gravame avverso la sentenza di primo grado impugnando il solo capo della decisione avente a oggetto l'obbligo impostogli di corresponsione dell'assegno in favore della *ex* moglie; sulla questione di *status* si era formato, invece, il giudicato.

Nel corso del giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione avverso la sentenza di rigetto pronunciata dalla Corte di appello di Firenze nel 2013, l'*ex* marito aveva chiesto che fosse dichiarata la cessazione della materia del contendere, sul presupposto che, *medio tempore*, la medesima Corte di appello nel luglio 2016 aveva reso esecutiva una sentenza emessa dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Etrusco e ratificata dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica dichiarativa della nullità matrimoniale: delibazione, tra l'altro, divenuta irrevocabile, per aver la consorte omesso di sollevare tempestivamente l'eccezione della prolungata convivenza ultratriennale [4].

[4] Come noto, con la sentenza n. 16379 del 17 luglio 2014, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione ha risolto un contrasto giurisprudenziale che si era formato in seno alla prima sezione, in merito alla possibilità di riconoscere come efficace la sentenza di nullità del matrimonio canonico nonostante la lunga durata di esso e quindi il lungo decorso di tempo dal momento in cui ha avuto luogo la causa invalidante. Le SSUU affermano che "la convivenza coniugale che si sia protratta per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio concordatario, crea una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali e ordinarie di ordine pubblico italiano, che sono fonti di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità, anche genitoriali, e di aspettative legittime tra i componenti della famiglia. Pertanto, non può essere dichiarata efficace nella Repubblica Italiana la sentenza definitiva di nullità di matrimonio pronunciata dal Tribunale ecclesiastico per qualsiasi vizio genetico accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico per contrarietà all'ordine pubblico interno italiano. La relativa eccezione deve però essere sollevata dalla parte nel giudizio di delibazione a pena di decadenza.". In dottrina, cfr. ANNA SAMMASSIMO,

Faceva rilevare, tra l'altro, alla prima sezione della Suprema Corte che anche la donna aveva perso l'interesse a resistere in difesa del proprio diritto all'assegno, fondato su un negozio matrimoniale che non poteva più ritenersi sciolto, ma nullo così come accertato, con effetto retroattivo, dalla sentenza ecclesiastica che aveva rilevato la simulazione unilaterale del marito per esclusione del *bonum prolis* e del *bonum sacramenti*.

Il Collegio giudicante, quindi, ravvisando un contrasto interpretativo interno alla medesima sezione, sollecitava il Primo Presidente a investire della questione le Sezioni unite.

L'ordinanza di rimessione [5] richiama l'orientamento consolidato in sede interpretativa sviluppatosi a seguito dell'abrogazione, dopo la revisione concordataria del 1984, della riserva di giurisdizione ecclesiastica sulla validità del matrimonio canonico trascritto [6], secondo cui l'accertamento della validità del matrimonio è insuscettibile di declaratoria incidentale, afferendo a materia riguardante lo stato delle persone. Pertanto, se le parti non sollevano nel giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio, *ex* art. 34 c.p.c., una pregiudiziale di invalidità o inesistenza delle nozze, la sua integrità resta presupposto inalterato della pronuncia di divorzio, ma non coperto da giudicato e, dunque, esposto a caducazione in conseguenza del riconoscimento non impugnabile del provvedimento ecclesiastico di nullità del negozio.

Ne consegue – prosegue il rimettente – che solo la sentenza divorzile coperta da giudicato che abbia deciso sia sullo *status* che sulle domande accessorie non viene travolta dalla successiva delibazione della pronuncia religiosa. Nell'ipotesi, invece, in cui fosse ancora pendente il giudizio, anche solo sull'assegno, sarebbe precluso al giudice il potere

---

*Il nuovo ordine pubblico concordatario*, in *www.statoechiese.it,* n. 31, 2015, pp. 1-20; UMBERTO ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2015, I, pp. 50-61; MARCO CANONICO, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche, ovvero il cammello per la cruna dell'ago*, in *www.statoechiese.it*, n. 25, 2015, pp. 1-73; ID., *La delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale: orientamenti giurisprudenziali e nuove questioni*, in *www.statoechiese.it*, n. 23, 2019, pp. 1-73; NICOLA COLAIANNI, *Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale: la (limitata) ostatività della convivenza coniugale*, in *www.statoechiese.it,* n. 26, 2014, pp. 1-29; JLIA PASQUALI CERIOLI, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *www.statoechiese.it,* n. 27, 2014, pp. 1-23; ENRICO QUADRI, *Il nuovo intervento delle sezioni unite in tema di convivenza coniugale e delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale,* in *Nuova giurisprudenza civile,* 2015, II, pp. 47-60.

[5] Vedi Corte di Cass., Sez. I civ., ordinanza 25 febbraio 2020, n. 5078.

[6] Opinione questa sostenuta da Corte di Cass., Sez. Un. civ., sentenza 13 febbraio 1993, n. 1824. Di diverso avviso, la Corte costituzionale, sentenza 1 dicembre 1993, n. 421.

di regolare i rapporti patrimoniali tra gli *ex* coniugi il cui vincolo, nel frattempo, fosse stato irrevocabilmente riconosciuto nullo, con conseguente cessazione della materia del contendere sul punto.

La sezione remittente è indotta a sollecitare un chiarimento da parte delle Sezioni Unite, richiamando un diverso e più recente indirizzo interpretativo [7], sempre della prima sezione, secondo cui la sussistenza dell'assegno divorzile non dipenderebbe dalla validità del vincolo da cui origina un rapporto irrimediabilmente dichiarato sciolto. Invero, l'opzione ermeneutica considerata minoritaria dal Collegio giudicante nel caso specifico aveva valorizzato la diversità di *petitum* e *causa petendi* tra le cause di nullità e divorzio per escludere una subalternità della seconda rispetto alla prima. Aveva, infatti, ritenuto che i due giudizi sono tecnicamente indifferenti l'uno rispetto all'altro [8], anche in ragione dell'unicità (salvi gli effetti, rispettivamente, *ex tunc* ed *ex nunc* delle correlate pronunce) dello stato personale di "libero", non conoscendo l'ordinamento uno *status* civile di "divorziato".

Del resto, la validità del matrimonio costituirebbe un presupposto logico, e non anche giuridico, della pronuncia di divorzio, ove non venga specificamente sollevata una domanda o eccezione in tal senso. Pertanto, secondo l'indirizzo interpretativo da ultimo richiamato, il diritto del coniuge debole di ricevere il versamento economico deriverebbe dall'accertamento dell'impossibilità di mantenere o di ricostituire la comunione spirituale e materiale tra le parti, unico oggetto di cognizione alla base della sentenza che scioglie un rapporto instaurato comunque, benché prodotto da un matrimonio giudicato invalido. Ne consegue che il giudice potrebbe continuare a essere investito delle questioni patrimoniali connesse, ai sensi dell'art. 5, comma 6, della l. n. 898/1970.

**3. –** Nella cornice del dibattito interpretativo così sommariamente tratteggiato, le Sezioni unite valorizzano l'orientamento criticato dal remittente e ritenuto asseritamente minoritario.

Come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, l'ordinanza n. 1882/2019 si distingue per il maggior "rigore processualistico al servizio di interessi di carattere sostanziale" [9] e

---

[7] Vedi Corte di Cass., Sez. I, ordinanza 23 gennaio 2019, n. 1882.

[8] Si vedano Corte di Cass., Sez. I, 9 giugno 2000, n. 7865; 19 settembre 2001, n. 11751; 25 maggio 2005, n. 11020; 10 dicembre 2010, n. 24990.

[9] ANDREA CESARINI, *Ancora sul "conflitto" tra cessazione degli effetti civili del matrimonio e "successivo" exequatur della nullità canonica: alle Sezioni unite la sorte delle statuizioni economiche non coperte da giudicato,* in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3, 2020, p. 963.

ciò induce il Supremo Consesso a condividerne l'*iter* motivazionale, a discapito di quanto sostenuto dall'ordinanza di rimessione.

Pertanto, "in tema di divorzio, il riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazione degli effetti civili ma prima che sia divenuta definitiva la decisione in ordine alle relative conseguenze economiche, non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile avente a oggetto lo scioglimento del vincolo coniugale, il quale può dunque proseguire ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile".

L'enunciato dei giudici della nomofilachia, oltre a distinguersi per chiarezza espositiva al pari del complessivo impianto motivazionale della pronuncia, protende verso l'enucleazione di un ordine matrimoniale illuminato dal principio di laicità dello Stato. Si muove, inoltre, nell'ottica di preservare la coesistenza e la complementarità degli ordinamenti, giacché tenta di coniugare le pretese delle parti in causa nel circuito processuale, complessivamente inteso, creando quell'auspicata comunicabilità tra i giudizi, civile e canonico, seppure nella loro ontologica diversità.

L'ammissibilità della prosecuzione dinanzi al giudice civile dell'esame sulla spettanza e sulla liquidazione dell'assegno divorzile, nonostante l'intervenuta delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità matrimoniale, rende, infatti, la (in)validità del matrimonio tecnicamente estranea al giudizio di scioglimento del rapporto, salvo che la questione pregiudiziale venga sollevata ai sensi dell'art. 34 c.p.c. in sede di accertamento incidentale ovvero che non sia stata ancora pronunciata sentenza sullo *status*.

Il superamento del meccanismo preclusivo riespande il sindacato del giudice statuale sulle questioni patrimoniali attinenti al rapporto matrimoniale, nonostante esso sia viziato da una patologia che aggredisce il suo vincolo genetico, ma che è destinato a rimanere subordinato alle concrete esigenze processuali, fatti salvi i diritti disponibili delle parti rispetto alla sfera confessionale [10]. Valorizza, altresì, il concreto dipanarsi della relazione coniugale, dal momento che, in questa prospettiva, la discussione sulle statuizioni economiche ha origine dal concreto esplicarsi del rapporto matrimoniale e non dalla sua genesi negoziale; tendenza, questa, in verità, già avviata dalla pregressa giurisprudenza della Corte quando nel 2014 aveva rimesso al giudice civile la valutazione sulla prolungata

[10] In questi termini si esprime JLIA PASQUALI CERIOLI, *Le Sezioni unite e l''indifferenza' del giudizio sull'assegno divorzile al riconoscimento delle nullità canoniche: la tutela del "coniuge debole" nell'ordine matrimoniale dello Stato*, cit., p. 75.

convivenza ultratriennale quale motivo di ordine pubblico ostativo al riconoscimento delle pronunce ecclesiastiche di nullità, anche in quel caso, indipendentemente dalla patologia del suo vincolo genetico [11].

Ma il carattere decisivo, a parere di chi scrive, della sentenza n. 9004 del 31 marzo 2021 risiede nell'aver efficacemente intersecato le questioni processuali, caratterizzate da un elevato tecnicismo, nel mosaico dei rapporti interordinamentali, ponendo luce su aspetti specifici che si ritenevano inopinatamente risolti e privi di interesse esegetico, ma che in realtà hanno qui trovato una compiuta esplicitazione.

**4. –** La sentenza n. 9004/2021 è l'ultima occasione per ripercorrere le trame di una tematica che, da sempre, è stata l'oggetto dell'interesse tanto della giurisprudenza di legittimità, quanto della dottrina ecclesiasticista: quella dei rapporti tra giudizio di nullità del matrimonio religioso e giudizio di divorzio.

Le Sezioni Unite ritengono, infatti, di impostare la problematica sollevata dall'ordinanza di rimessione ricostruendo lo stato dell'arte giurisprudenziale sul punto, al fine d'individuare le ragioni sottese all'affermazione dell'intangibilità del giudicato di divorzio da parte del provvedimento di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità.

I giudici apicali muovono dalla decaduta riserva di giurisdizione a favore dei Tribunali ecclesiastici, allineandosi a quanto già espresso dalle medesime Sezioni Unite della Cassazione [12] quando, mediante un'opera di comparazione giuridicamente ineccepibile tra il testo dall'Accordo stipulato tra la Santa Sede e la Repubblica italiana nel 1984 e il Concordato del 1929, si impose il superamento della riserva quale una delle caratteristiche più salienti del nuovo negoziato [13].

L'assunto è stato successivamente sostenuto da un solido e accorto orientamento giurisprudenziale [14] che ha risolto il concorso tra la giurisdizione ecclesiastica e quella civile

---

[11] Cfr. NICOLA COLAIANNI, *La lotta per la laicità. Stato e Chiesa nell'età dei diritti*, Cacucci, Bari, 2016, p. 249 ss.

[12] Si vedano Corte di Cass., Sez. Un. civ., sentenza 1 marzo 1988, n. 2164; Corte di Cass., Sez. Un. civ., 5 febbraio 1988, 1212.

[13] Per una comparazione tra le bozze di revisione del Concordato e il testo definitivo del Accordo del 1984, si consulti AA.VV., *La Revisione del Concordato. Un accordo di libertà*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1986, p. 458 ss. In dottrina, cfr. FRANCESCO ALICINO, *L'altra "faccia" della specificità del matrimonio canonico (A proposito di Cassazione, Sez. Un. 18 luglio 2008 n. 19809*), in *www.statoe chiese.it*, marzo 2009, pp. 1-24.

[14] Il richiamo della sentenza del 2021 è, tra le altre, a Corte di Cass., Sez. Un. civ., 13 febbraio 1993, n.

secondo il criterio della prevenzione in favore della giurisdizione civile, facendone discendere ulteriori postulati di carattere pratico-operativo [15]. Tra questi, la circostanza che il giudicato di divorzio non impedisse la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità, ma al contempo non potesse ritenersi travolto dalla stessa.

Prendendo le mosse da tale ultima affermazione, originariamente giustificata con l'osservazione che, in assenza di un'espressa domanda di nullità, il giudicato di divorzio contenesse una valutazione meramente implicita di validità del matrimonio, nei limiti di un accertamento incidentale, la sentenza in commento ne esamina *funditus* la portata.

In effetti, nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale, il profilo in esame è stato chiarito nel senso che, non potendo la predetta valutazione aver luogo in via incidentale, ma dovendo la questione di nullità essere decisa necessariamente con efficacia di giudicato, l'esistenza e la validità del matrimonio costituiscono un presupposto della sentenza di divorzio, ma non possono formare oggetto di specifico accertamento suscettibile di dar luogo alla formazione di un giudicato, a meno che le relative questioni non siano state introdotte espressamente dalle parti nel giudizio di divorzio [16].

Al riguardo, l'ermeneutica giurisprudenziale ha ulteriormente specificato che non vi è coincidenza tra gli oggetti del due giudizi, caratterizzati da *petita* e *causae petendi* diversi, dal momento che la domanda di nullità del matrimonio concordatario è volta a ottenere l'accertamento dell'invalidità originaria del vincolo coniugale, ed investe pertanto il matrimonio-atto, mentre quella di cessazione degli effetti civili incide sul matrimonio-rapporto, del quale mira a provocare lo scioglimento con efficacia *ex nunc* [17].

In verità, la distinzione dei piani d'intervento tra Stato e Chiesa non è mai stata così netta: il diritto civile prevede anche casi di nullità dell'atto, tanto quanto il diritto canoni-

---

1824 (conf. da Corte di Cass., Sez. Un., 6 luglio 2011, n. 14839); Tribunale civ. di Padova, sentenza 7 gennaio 1995, n. 14; Tribunale di Cremona, sentenza 17 febbraio 1994.

[15] In questi termini Corte di Cass., Sez. I, sentenze 18 aprile 1997, n. 3345; 16 novembre 1999, n. 12671; 19 novembre 1999, n. 12867. Tra le principali conseguenze del venir meno della riserva di giurisdizione, si segnalano le affermazioni secondo cui: a) il giudice italiano preventivamente adito può giudicare sulla domanda di nullità di un matrimonio concordatario, b) il convenuto in una causa di divorzio può chiedere l'accertamento della nullità del vincolo, c) la pendenza del giudizio civile nel quale sia stato chiesto l'accertamento della nullità impedisce la delibazione della sentenza ecclesiastica, d) il giudizio civile può essere paralizzato soltanto dall'intervenuta delibazione della sentenza ecclesiastica, e) il giudicato di divorzio non impedisce la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità, ma non può ritenersi travolto dalla stessa.

[16] Vedi Corte di Cass., Sez. I, sentenza 23 marzo 2001, n. 4202.

[17] Si vedano Corte di Cass., Sez. I, sentenze 4 marzo 2005, n. 4795; 11 febbraio 2008, n. 3186; 24 luglio 2012, n. 12989.

co prevede casi di *dissolutione vinculi* (can. 1141-1150 c.i.c.). La differenza tra nullità e divorzio è, quindi, di sostanza e consiste nel fatto che con la prima si prescinde dal naufragio del matrimonio e si incide non solo, come per effetto dello scioglimento, sullo *status* futuro del cittadino, rendendolo libero, ma anche sullo *status* pregresso fino al momento della celebrazione del matrimonio: ragione, questa, della differenza degli effetti patrimoniali [18].

Processualmente si è, quindi, affermato che tra il giudizio di nullità del matrimonio concordatario e quello avente a oggetto la cessazione degli effetti civili non dovesse sussistere alcun rapporto di pregiudizialità, tale da imporre la sospensione del secondo a causa della pendenza del primo e in attesa della sua definizione, trattandosi di procedimenti autonomi, non solo destinati a sfociare in decisioni di diversa natura (e dotate di specifico rilievo in ordinamenti diversi, tanto che la decisione ecclesiastica può produrre effetti nell'ordinamento italiano soltanto a seguito della delibazione), ma aventi anche finalità e presupposti differenti [19].

Muovendo da una puntuale ricostruzione del quadro interpretativo in merito ai rapporti divorzio/nullità, le Sezioni Unite del 2021 non mancano di ribadire l'asserita diversità di natura ed effetti tra la sentenza di nullità e quella di divorzio, riconducibile alla diversità di *petitum* e *causa petendi* delle relative domande. Ciò spiega, a dire degli Ermellini, non solo il riconoscimento della possibilità di una coesistenza tra le due pronunce, nel caso in cui la delibazione della sentenza ecclesiastica intervenga successivamente al passaggio in giudicato di quella di divorzio, ma anche l'inidoneità della prima a impedire, nel caso in cui lo scioglimento del vincolo abbia luogo disgiuntamente dalla determinazione delle conseguenze economiche, la prosecuzione del giudizio civile ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile.

Se è vero, infatti, che, in assenza di un'espressa domanda in tal senso, il giudicato di divorzio non implica alcun accertamento in ordine alla validità del matrimonio, la quale ne costituisce certamente il presupposto, ma resta estranea all'oggetto del giudizio, consistente esclusivamente nello scioglimento del vincolo coniugale, allora deve concordarsi con la tesi secondo cui non è il predetto accertamento a costituire il titolo giuridico dell'obbligo di corrispondere l'assegno all'*ex* coniuge. Il fondamento, infatti, dell'obbliga-

[18] Proprio questa "differenza strutturale" ha condotto anche la Corte costituzionale a respingere la tesi dell'equipollenza tra divorzio e nullità. In tal senso, Corte cost. sentenza 27 settembre 2001, n. 329, cui si rifà anche Corte di Cass. sentenza 4 febbraio 2010, n. 2600.

[19] Si vedano Corte di Cass., Sez. I, sentenze 9 giugno 2000, n. 7865; 19 settembre 2001, n. 11751; 25 maggio 2005, n. 11020; 10 dicembre 2010, n. 24990.

zione a contenuto alimentare dev'essere individuato nella constatazione dell'intervenuta dissoluzione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi e dell'impossibilità di ricostituirla, oltre che nella necessità di un riequilibrio tra le condizioni economico-patrimoniali dei coniugi, che nella vita matrimoniale avevano investito e sacrificato le aspirazioni personali, da realizzarsi attraverso il riconoscimento di un contributo in favore di uno di essi.

Si tratta di un accertamento che non attiene all'atto costitutivo del vincolo coniugale, bensì al concreto dipanarsi del rapporto nella sua effettività, contrassegnato dalle vicende affrontate dai coniugi come singoli e dal nucleo familiare nel suo complesso, anche nella loro dimensione economica, la cui valutazione trova fondamento, a livello normativo, nei criteri indicati dalla l. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 5, comma 6, ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno.

In tale prospettiva di analisi, quindi, attraverso una interessante lente prospettica – probabilmente mai impiegata per trattare il tema della riserva di giurisdizione – le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ricorrono al principio di solidarietà nelle relazioni familiari per dipanare il groviglio delle numerose questioni che da esso discendono.

La pronuncia, in effetti, richiama la più recente giurisprudenza di legittimità che, nel confermare l'individuazione del fondamento dell'assegno divorzile in un dovere inderogabile di solidarietà previsto a favore dell'*ex* coniuge economicamente più debole, anziché nello *status* di coniuge, destinato a venir meno per effetto dello scioglimento del vincolo [20], riconosce allo stesso una funzione non solo assistenziale, ma anche perequativo-compensativa [21]. Ne valorizza così il collegamento con la vita familiare e con i concreti legami che si sviluppano al suo interno, alimentati non già dall'esigenza di preservare l'autosufficienza economica del richiedente sulla base di un parametro astratto, ben-

[20] Non è lo *status* di coniuge a giustificare l'assegno, ma la sua eventuale condizione di parte economicamente "debole" dopo lo scioglimento/cessazione civile del matrimonio, garantita a fini sia assistenziali sia risarcitorio-compensativi, derivanti dall'apporto alla "vita familiare" e alle aspettative eventualmente sacrificate per parteciparvi secondo i criteri stabiliti dalle stesse Sezioni unite nella nota sentenza n. 18287 del 2018 e nelle successive pronunce ricognitive/applicative, tra cui si veda anche Corte di Cass., Sez. I, 11 maggio 2018, n. 11533. In dottrina, cfr. SALVATORE PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite,* in *Foro it.*, 2018, I, p. 2671; MIRZIA BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?,* in *Giur. it.*, 2018, p. 1843; CARLO RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, in *Giur. it*., 2018, p. 1853 ss.

[21] Cfr. ENRICO AL MUREDEN, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Famiglia e diritto*, n. 1, 2021, p. 23 ss.; ID., *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, in *Nuovi percorsi di diritto di famiglia*, IPSOA, Milano, 2007, p. 223.

sì di garantire che il contributo concretamente fornito dall'avente diritto alla conduzione della vita familiare e alle aspettative professionali da lui eventualmente sacrificate sia parametrato a un livello reddituale adeguato [22].

Sono tutti aspetti, questi, inerenti al profilo fattuale del rapporto matrimoniale, desumibile dalle scelte di volta in volta compiute nel corso della vita coniugale e dalle concrete ripercussioni sulle condizioni economiche dei coniugi, il cui accertamento non è condizionato dalla validità dell'atto costitutivo, ma dall'intervenuta disgregazione del nucleo familiare, consacrata nella pronuncia di scioglimento del vincolo coniugale.

Le Sezioni unite del 2021 concludono, quindi, nel senso di ritenere la pronuncia sullo *status*, una volta divenuta definitiva, intangibile rispetto alla sentenza ecclesiastica che abbia dichiarato la nullità di quello stesso matrimonio, la quale ha un oggetto diverso, cosicché anche il predetto accertamento risulta insensibile a tale riconoscimento, che non preclude quindi la prosecuzione del giudizio ai fini della pronuncia sull'obbligo di corrispondere l'assegno.

Rispetto alla pronuncia di sette anni prima, oggi il Supremo Giudice di legittimità compie un passo avanti. Allora la Corte aveva riconosciuto nell'instaurazione del rapporto matrimoniale la fonte di "responsabilità, aspettative e affidamenti legittimi", indifferenti alle patologie genetiche del negozio. Tuttavia, le sentenze nn. 16379 e 16380 si erano limitate ad attribuire rilievo "alla sola dimensione personale della convivenza, e non ai profili di responsabilità e solidarietà economica che questa determina, nei suoi indubbi elementi essenziali di garanzia del soggetto debole" [23].

L'indirizzo affermato dalle Sezioni Unite era, tra le altre, orientato a parificare la tutela economica del c.d. coniuge debole [24] prevista per il caso di sentenza di nullità matrimoniale a quella per la sentenza di divorzio [25], in assenza di un intervento legislativo in

---

[22] Si vedano Corte di Cass., Sez. Un., sentenze 11 luglio 2018, n. 18287; 28 febbraio 2020, n. 5603.

[23] Vedi Corte di Cass., Sezioni unite civili, sentenze 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380. Diffusamente sul tema J. PASQUALI CERIOLI, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale": le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *www.statoechiese.it,* n. 27, 2014, p. 18.

[24] Cfr. GIUSEPPE DALLA TORRE, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 192; ERMINIA CAMASSA, *Divorzio, nullità canonica ed effetti economici: una soluzione de iure condendo,* in *Annali 2002-2004*, p. 201 ss.; SARA DOMIANELLO, *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim.*

[25] Cfr. ANNA SAMMASSIMO, *Il nuovo ordine pubblico concordatario*, in www.statoechiese.it, n. 31, 2015, pp. 1-20; NATASCIA MARCHEI, *La giurisdizione dello Stato sul matrimonio '"concordatario" tra legge e giudice,* Giappichelli, Torino, 2013, p. 58 ss.; GIORGIO BADIALI, *Il riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche di nullità dei matrimoni nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rivista*

tal senso. In verità, da tempo la giurisprudenza si era fatta carico di sollecitare il legislatore rispetto all'assimilazione degli effetti della nullità del matrimonio a quelli scaturenti dal divorzio, in modo tale da riservare la procedura di delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità soltanto a quei fedeli effettivamente motivati dall'esigenza di porre fine a un sacramento non più voluto e non, dunque, al solo scopo di sottrarsi agli effetti economici spesso onerosi che il divorzio avrebbe comportato nei loro confronti [26].

Si tratta di un rischio in realtà oramai superato, in considerazione sia della notevole contrazione del contenzioso dinanzi ai Tribunali ecclesiastici, sia dei recenti orientamenti della giurisprudenza civile in tema di divorzio. Tendenza confermata, da ultimo, proprio dalla sentenza n. 9004 del 2021 che si affida a una rilettura del principio di solidarietà sociale e familiare, per giungere ad affermare la necessità di tutela del coniuge debole.

**5. –** Una prima interessante prospettiva di analisi muove dal contesto normativo nell'ambito del quale la pronuncia delle Sezioni Unite si inserisce. Uno scenario, come noto, oramai proteso a riconoscere dignità giuridica al fenomeno della pluralizzazione delle manifestazioni affettive e attento a regolamentare tutte le fasi della relazione, dalla sua nascita, alla sua consacrazione sino alla sua eventuale disgregazione, a prescindere dal modello legale utilizzato [27].

---

*di diritto internazionale*, 2000, p. 40 ss.; ENRICO ANTONIO EMILIOZZI, *Vizi genetici dell'atto di matrimonio e effetti patrimoniali conseguenti*, ESI, Napoli, 2003, p. 39; ENRICO QUADRI, *Patologia del matrimonio e rapporti patrimoniali: prospettive di riforma delle conseguenze della dichiarazione di nullità,* in *Foro italiano*, 1990, V, c. 19 ss.

[26] Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico, cit.,* p. 467; VINCENZO CARBONE, *La giurisprudenza della Cassazione sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche*, in FRANCO CIPRIANI (a cura di), *Matrimonio concordatario e tutela giurisdizionale,* ESI, Napoli, 1992, p. 26 ss.

[27] Cfr. VINCENZO SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»,* in AA. VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Cedam, Padova, 1986, p. 276 ss., in cui, sin dagli anni ottanta, l'Autore prospetta l'esistenza di una molteplicità di modelli. Cfr., altresì, CARLO MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino, 2009, 2, p. 527 ss. Si segnala, inoltre, ANDREA ZOPPINI, *Tentativo di inventario per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza,* in ENRICO MOSCATI, ANDREA ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 23 s., secondo cui "la scelta di guardare non più alla famiglia, ma alle famiglie (…) pone tuttavia il problema del valore orientante del modello che si prende a riferimento". FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare,* in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, in particolare p. 520 ss., ove si osserva che "il modello costituzionale di cui all'art. 29 è vincolante per il giurista, ancorché ciò non escluda la rilevanza di rapporti parafamiliari". In effetti la tendenza della dottrina è quella ormai di ammettere l'esistenza di una pluralità di modelli, ancorché riconoscendo al matrimonio il significato di "istituto centrale del sistema familiare", GIOVANNI BONILINI, *La famiglia,* in *Dir. civ.,* diretto da NICOLÒ LIPARI, PIETRO RESCIGNO, coordinato da ANDREA ZOPPINI, vol. I, t. 2, Giuffrè, Milano, 2009, p. 70. In senso opposto, MARILENA

Sino a pochi anni orsono, lo spettro di indagine era rimasto circoscritto al solo paradigma eterosessuale di cui, tra l'altro, si occupa la sentenza in commento, sulla base di *una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio* [28], che legava a doppio filo l'impianto della famiglia legittima all'atto matrimoniale in senso stretto e si era affermata nella tradizione giuridica, prima ancora che codicistica e costituzionale, sino a quando, a partire dagli anni Cinquanta, i profondi mutamenti delle strutture sociali e della coscienza collettiva hanno reso più rapida l'evoluzione delle forme di vita familiare [29].

Il culmine della crisi del sistema familiare si era già raggiunto nella stagione delle riforme post-codicistiche – dalla legge n. 898/1970 sul divorzio, alla riforma organica n. 151/1975, sino alla l. n. 194/1978 sull'interruzione di gravidanza: un primo segnale del graduale superamento della visione meramente istituzionalistica della famiglia che, oltre il dato formalistico (l'atto di matrimonio), decide di valorizzare soprattutto il concreto svolgimento della vita di coppia (il rapporto) [30] e la sua funzione [31].

Nel panorama contemporaneo, torna ad assumere un ruolo decisivo la giurisprudenza che sollecitando, più che in altre fasi storiche, il costante adeguamento della disciplina vigente al mutevole clima sociale, accompagna l'approvazione della l. n. 76/2016, cosid-

---

GORGONI, *Le formazioni sociali a valenza familiare*, in MANOLITA FRANCESCA, MARILENA GORGONI (a cura di), *Rapporti familiari e regolazione: mutamenti e prospettive,* Esi, Napoli, 2009, p. 1 ss.; GIOVANNI GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale,* in *Dir. fam*., 2006, p. 1230 ss., il quale conclude affermando che "sembra emergere in modo univoco l'esistenza, nel sistema ordinamentale vigente, di un preciso e puntuale modello di famiglia che, nella unitarietà della sua configurazione normativa, esclude che ogni altra e diversa ipotesi di aggregazione sociale possa essere qualificata come famiglia".

[28] È l'espressione utilizzata nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia, III sezione civile, 3 aprile 2009, in *Resp. civ. e prev*., 2009, p. 1905, annotata da GILDA FERRANDO, *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, p. 911.

[29] Insiste sulla necessità che le trasformazioni della famiglia siano accettate dalla coscienza sociale, prima di divenire legge FRANCESCO GALGANO, *Diritto privato*, XIII ed., CEDAM, Padova, 2006, p. 801 ss. Cfr., altresì, DIANA VINCENZI AMATO, *La famiglia e il diritto*, in PIERO MELOGRANI (a cura di), *La famiglia italiana dall'800 ad oggi,* Roma-Bari, Laterza, 1988, pp. 670-674.; GILDA FERRANDO, *I rapporti personali tra coniugi: principio di eguaglianza e garanzia dell'unità della famiglia*, in MICHELE SESTA, VINCENZO CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 139 ss.; MARIO BESSONE, GUIDO ALPA, ANDREA D'ANGELO, GILDA FERRANDO, MARIA ROSA SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, Bologna, 2002, p. 19 ss.

[30] Sulla valorizzazione del "rapporto" familiare, cfr. GIOVANNI FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 59 ss.

[31] Cfr. LUIGI MENGONI, *La famiglia in una società complessa,* in *Iustitia*, 1990, p. 10; FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, p. 509 ss.

detta Cirinnà, in tema di regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze [32].

La stessa giurisprudenza apicale che fa da scenario alla pronuncia in commento aveva, infatti, valorizzato una concezione di famiglia di stampo aperto e pluralistico, irriducibile alle opposte concezioni religiose, ontologicamente concentrate sull'intangibilità dell'atto negoziale fondativo del rapporto. Oggi, la sentenza n. 9004/2021 si inserisce in questo solco interpretativo, sviluppando l'impianto già accolto da precedenti pronunce che hanno segnato la materia tracciando le coordinate dell'intersezione tra giudizi di delibazione e di divorzio rispetto all'effettività della vita matrimoniale [33]. Allo stesso tempo, stimola una riflessione ulteriore, proprio alla luce del complessivo assetto normativo attualmente in vigore che oramai contempla una pluralità di modelli legali di famiglia.

Da tempo la Cassazione ha volto lo sguardo alla disciplina codicistica mediante la lente d'ingrandimento della Costituzione e della CEDU, nelle parti in cui tali carte fondamentali, ormai integrate nella prospettiva di migliore tutela dei diritti inviolabili (anche attraverso il dialogo dei rispettivi organi giurisdizionali di salvaguardia), considerano i legami di coppia nascenti sia dal matrimonio sia da diverse forme di unione beni giuridici da tutelare in modo eguale [34]. Non stupisce, quindi, anche nell'ultimo approdo giurisprudenziale la valorizzazione del matrimonio – rapporto nel suo prevalere rispetto all'atto, a differenza di quanto stabilisce la disciplina religiosa [35].

Alla luce di uno scenario caratterizzato dalle molteplici manifestazioni di unione matrimoniale, il principale snodo interpretativo da cui si dipana il ragionamento della Corte del 2021 – vuoi in parte *destruens* e vuoi in parte *construens* – si presta a taluni rilievi

---

[32] Cfr. LAURA REMIDDI, *La nuova legge sulle unioni civili e sulle convivenze*, in *www.giudicedonna.it*, n. 3, 2015, pp. 1-7; MICHELE SESTA, *Commento all'art. 1, c. 1, Legge 20 maggio 2016, n. 76*, in MICHELE SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze,* Giuffrè, Milano, 2017, p. 169 ss.; ID., *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e Diritto*, 2016, p. 881; sia consentito, altresì, rinviare a SIMONA ATTOLLINO, *Nuovi modelli familiari. Considerazioni a Consiglio di Stato n. 4899 del 2015 sulla trascrivibilità del matrimonio omosessuale*, in *www.statoechiese.it,* n. 17, 2016, pp. 1-28.

[33] Si vedano Corte di Cass., sentenza 18 settembre 2013, n. 21331, ma anche Corte di Cass., Sez. un. civ., sentenze 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380.

[34] Rispetto alla sentenza della Corte di Cass. n. 1343 del 20 gennaio 2011 il rilievo è di FRANCESCO PROSPERI, *La vitalità del matrimonio-rapporto quale principio di ordine pubblico italiano, la maggiore disponibilità dell'ordinamento italiano nei confronti dell'ordinamento canonico e il principio di eguaglianza nell'ordinamento europeo,* in *Giur. it.,* 2011, 10, p. 2015 ss.

[35] Così JILIA PASQUALI CERIOLI, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche di nullità, cit.,* pp. 1-23.

critici. Il Collegio ritiene che, nell'ipotesi di matrimonio concordatario, l'obbligo di sostentamento della parte debole permanga, talvolta addirittura *sine die,* nonostante il vincolo sia dichiarato nullo (sempre che la nullità sia accertata in epoca successiva al passaggio in giudicato della sentenza sullo *status* divorzile): da tale presupposto argomentativo fa discendere ogni ulteriore riverbero processuale.

Se tale assunto può risultare ineccepibile sul piano logico deduttivo, esso di fatto non è estensibile analogicamente ad ogni altra tipologia di famiglia, *lato sensu* considerata, come ad esempio nell'ipotesi di cessazione della convivenza *more uxorio*, *ex* commi 37-67 L. 76/2016, ove il legislatore ha inteso contenere temporalmente l'obbligo alimentare misurandolo sulla durata del rapporto e non estendendolo oltre tale periodo [36].

Non può, tuttavia, sottacersi il rischio che un tale pronunciamento possa innestare spiragli di disparità fra situazioni giuridicamente sovrapponibili: ossia coniugi sposati con matrimonio poi dichiarato nullo (in cui, cioè, viene a mancare il titolo) e conviventi (per i quali, comunque, non sussisteva inizialmente alcun titolo) che interrompono la relazione affettiva [37].

Ci si potrebbe chiedere, quindi, quali siano i limiti temporali e i presupposti per determinare gli effetti anche patrimoniali di un negozio giuridico (qual è il matrimonio) invalido, a meno di non voler riconoscere che la sua stipulazione produca la sua ultrattività "sempre e comunque", anche quando siano venuti meno non solo i suoi presupposti, ma anche le ragioni del dovere di solidarietà familiare che quell'ultrattività (necessariamente limitata) giustificava.

Del resto, a favore della tesi restrittiva militano i principi affermati dall'Unione Europea in tema di assegno divorzile [38], i quali intendono offrire ai legislatori nazionali una linea di indirizzo comune verso un modello armonizzato in tema di diritto di famiglia. In

---

[36] Vedi articolo 1, comma 65, l. n. 76/2016. "In caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente e gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle." Sul tema, cfr. GILDA FERRANDO, *Diritto di famiglia. Unioni civili e convivenze*. Aggiornamento 2016, Zanichelli, Torino, 2016, pp. 1-16.

[37] Cfr. LUIGI BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it*., 2016, p. 1779 ss.

[38] COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW, *Principles*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 248 ss. Sul tema, cfr. ANTONIO LAMORGESE, *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale,* in *Questione e Giustizia*, 11 marzo 2016, pp. 1-10; DENISE AMRAM, ANGELA D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, p. 133.

ossequio a tali indicazioni, con lo scioglimento del matrimonio o con la cessazione dei suoi effetti civili gli *ex* coniugi hanno il dovere morale, prima ancora che legale, di rendersi autosufficienti, dovendosi evitare di collegare conseguenze economiche a situazioni i cui effetti giuridici siano ormai definitivamente venuti meno.

La regola generale, infatti, è che "dopo il divorzio ciascun coniuge provvede ai propri bisogni" (p. 2.2), mentre la straordinarietà del mantenimento tra gli *ex* coniugi si ricava dalla previsione secondo cui "l'autorità competente attribuisce il mantenimento per un periodo di tempo limitato, ma eccezionalmente può attribuirlo senza limiti temporali" (p. 2.8), nonché dal fatto che vi sono casi di estinzione presunta dell'obbligo di mantenimento "se l'*ex* coniuge sia passato a nuove nozze o abbia intrapreso una convivenza duratura", con la precisazione che "l'obbligo di mantenimento non rivive in caso di rottura del nuovo matrimonio o della convivenza" (p. 2.9).

Sul punto, la sentenza in commento apre una breccia verso un recupero della logica solidaristica nei rapporti tra *ex* coniugi che, seppure legati da un negozio invalido, hanno condiviso un periodo della loro vita, fonte e causa della successiva attribuzione patrimoniale.

In definitiva, l'apertura ordinamentale alla sostanziale equiparazione tra modelli familiari, che si accompagna alla necessità di affermazione della solidarietà nei rapporti coniugali, sollecita la comprensione del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite del 2021 in una cornice sistematica di più ampio respiro, che tenga in considerazione molteplici dinamiche che si sviluppano all'interno e all'esterno delle famiglie.

Non è di poco conto anche l'influenza che il pluralismo delle morali suggerito dalla Costituzione ha sulla materia familiare: esso, riconosciuto fin dagli albori della giurisprudenza costituzionale, riguarda le regole di comportamento conformi ai principi inviolabili di tutela della dignità umana e del reciproco rispetto tra le persone e non è da intendersi come morale comune o media[39]. Ogni ulteriore considerazione, che può estendersi anche alla gestione concreta della eventuale fase patologica del matrimonio, deve riconoscere questo punto di partenza.

**6.** – Il provvedimento che ha costituito l'oggetto della presente riflessione, pur coinvolgendo alcuni temi classici dell'intera disciplina matrimoniale concordataria, si collo-

[39] Corte costituzionale, sentenze n. 9/1965 e n. 368/1992. In dottrina, cfr. MICHELA MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 00, 2 luglio 2010, pp. 1-32.

ca, nei suoi aspetti sistematici, nella prospettiva evolutiva della materia familiare, sostanziale e processuale.

Il testo, apprezzabile per chiarezza espositiva e fluidità dell'argomentazione, intreccia sapientemente i principi civilistici operanti nel giudizio di divorzio e le peculiarità della pronuncia di nullità matrimoniale canonica, riconoscendo dignità e autonomia istituzionale ai reciproci ordinamenti giuridici.

I meriti della sentenza n. 9004 sono, quindi, numerosi.

Sul tracciato innovatore delle Sezioni unite del 2014 – non espressamente richiamate dal Supremo Collegio, ma in evidente linea di continuità – si conferisce nuova linfa ai portati attuativi del principio supremo di laicità dello Stato, fulcro e punto di raccordo all'interno del dialogo tra i sistemi giurisdizionali. La laicità, nel rispetto della distinzione degli ordini, spiega i suoi effetti nell'interpretazione degli obblighi concordatari e, in particolare, del pieno rispetto del principio di indipendenza e sovranità reciproci, nonché di collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese imposto dall'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama.

Non violano neanche gli impegni concordatari posti dall'art. 8 del medesimo Accordo i meccanismi processuali preclusivi all'efficacia del riconoscimento ecclesiastico, così come enucleati dalla sentenza n. 9004/2021: permane, infatti, in capo allo Stato la competenza sulla "disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi derivanti dai conseguiti effetti civili dei matrimoni concordatari".

La laicità implica il dualismo, non è indifferente, né esclude la religione dalla sfera pubblica, il cui peso si è storicamente esercitato attorno ad alcuni nuclei di potere, tra i quali l'efficacia civile della propria giurisdizione, specie in materia matrimoniale.

Come il costante interesse della giurisprudenza nei confronti di queste tematiche dimostra, i contrappesi legislativi apposti con l'accordo di revisione del 1984, modificativo del concordato lateranense, sono stati sottoposti al test di laicità, con esiti soddisfacenti seppure faticosi.

Insomma, i tentativi di attuazione di una *laicità vivente*[40] che la giurisprudenza di legittimità aveva ampiamente avviato proprio nella materia matrimoniale, ora scorgono una loro definitiva consacrazione.

---

[40] L'espressione è di JLIA PASQUALI CERIOLI, *Ordine pubblico e sovranità della Repubblica nel proprio ordine (matrimoniale): le Sezioni unite e la convivenza coniugale triennale come limite alla "delibazione" delle sentenze ecclesiastiche di nullità*, in *www.statoechiese.it,* n. 27, 2014, pp. 1-23.

**A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, *Quaderni romani di Diritto commerciale. Saggi*, n. 44, Milano, Giuffrè-Francis Lefebvre, 2019, pp. XII-335**

**1.** – Il tema posto al centro dell'indagine è affascinante: i codici di condotta, deontologici, etici, rappresentano un fenomeno della realtà (di una doppia realtà: la prassi del mercato e la realtà normativa), plurale, multiforme, frammentaria e anche assai sfuggente. Esso consente peraltro indagini in chiave non solo giuridica (prescelta dall'A. in termini strettamente aderenti ai problemi tecnici e alle esigenze di ricostruzione sistematica) ma anche sociologica, antropologico-culturale, politica: il proliferare di codici di condotta, di codici deontologici, di codici etici (e dei relativi comitati) apre infatti interessanti prospettive di indagine indubbiamente capaci di suscitare molte suggestioni sulla lettura dell'epoca in cui viviamo (l'A. ricorda a p. 41 la denuncia dell'«ossessionante richiamo all'etica» da parte di un insigne maestro come Guido Rossi).

Della diversità di prospettive che assumono i 'codici', l'A. avverte fin dalla divertente epigrafe del libro, poi ripresa nelle prime pagine con riferimento alle corrispondenti, diverse posizioni dottrinali assunte in una letteratura che sul tema dei 'codici' di condotta, nelle varie declinazioni del tema, appare già molto significativa.

Si diceva dell'epigrafe: da due diversi episodi della saga disneyana dei 'pirati dei caraibi' (ma è certo casuale che un libro dedicato alle prassi di mercato delle imprese inizi con un riferimento alla pirateria) si colgono del 'Pirate's Code' due diverse rappresentazioni. Nell'una il 'Code' contiene «more what you'd call guidelines than actual rules» applicabili ai soli membri della comunità, mentre in altra circostanza assume stringente prescrittività: «the Code is the Law».

Già solo il carattere del suo oggetto appare quindi una ragione sufficiente a giustificare l'interesse dell'A. per il tema, l'esigenza cioè di studiarlo e capirlo. E proprio il tema della giuridicità dei codici è uno dei primi problemi che l'A. si trova a dover affrontare, risolvendolo (p. 32 ss.), dopo aver ripercorso i temi della crisi delle fonti e del pluralismo giuridico (p. 16 ss., ma negli 'ordinamenti' posti dai codici necessariamente interferisce l'ordinamento statuale: p. 35), sul piano della loro negozialità, in un ambito di indagine che deve intanto essere rigorosamente delimitato, e che si individua attraverso tre caratteristiche: la provenienza della regola da un privato, la volontarietà dell'adesione alle regole del codice e la capacità di produrre vincoli che determinano effetti favorevoli per i terzi (escludendo quindi i codici oggetto di una delega normativa, i codici coregolamentati con pubblici poteri, i codici deontologici delle professioni ordinistiche, i

codici emanati dalle autorità amministrative) (p. 7) e che d'altra parte esclude dall'ambito della giuridicità i codici che escludono la volontà dell'impresa di obbligarsi, quelli portatori di obblighi non sufficientemente determinati, quelli rivolti a realizzare interessi non meritevoli (p. 33).

Si tratta di un fenomeno al confine tra 'fatto' e 'diritto' e al confine tra 'legge dello Stato' e 'diritto dei privati'. Si scoprono così, ed è uno dei tratti interessanti del lavoro dell'A., evenienze in cui attraverso l'autonomia dei privati si assiste all'integrazione della disciplina pur in settori soggetti ad un'iper-regolazione: nei codici di condotta si salda, per così dire, la dimensione della legge con la dimensione dell'autodisciplina per sfociare, annota l'A., in un risultato di conformazione del mercato e di tutela dei soggetti (p. 74 ss.).

Nella realtà del mercato, nell'agire degli operatori, i codici di condotta costituiscono strumento dell'attività commerciale, e anche una forma di comunicazione di impresa (p. 209 ss.) fino a divenire essa stessa segno distintivo (p. 218). Nell'agire delle organizzazioni, attraverso i codici di condotta vengono formalizzate le regole di azione di imprese e professionisti. Essi possono determinare – è questo forse il tema centrale del libro – un'incidenza sull'agire dei terzi, per un verso costituendo posizioni giuridiche soggettive a favore dei contraenti dell'impresa, per altro verso producendo effetti per altri contraenti professionali (donde il tema dei codici che possono divenire 'usi negoziali' *ex* art. 1340 c.c.: p. 177 ss. e quello della rilevanza *antitrust* dell'adozione di codici: p. 119 ss.). Connotato peculiare della materia ad avviso dell'A. è il riequilibrio dei rapporti contrattuali asimmetrici che i codici veicolano (pp. 10 e 17).

Ma anche nella realtà normativa i codici sono oggetto di considerazione da parte del legislatore. Ora perché assunti ad elementi della fattispecie, come avviene ad es. in materia di pratiche commerciali scorrette (ad es. p. 224). Ora perché il legislatore ne prevede o ne incentiva l'adozione (ad es. in materia di società pubbliche e di società quotate, dove l'ente deve 'giustificare' nella relazione annuale la mancata adesione al codice di condotta delle società quotate). Ora perché dalla sussistenza dei codici e dai comportamenti ad essi correlati la legge fa discendere determinate conseguenze.

Come si capisce, il discorso deve muovere innanzitutto dalla ricognizione della realtà dei comportamenti dei professionisti sul mercato, per procedere poi al suo inquadramento dogmatico e individuare così i profili generali di disciplina, e poi le specifiche ipotesi normative che variamente intersecano il discorso.

Al non facile compito di individuare un 'centro' del discorso attende con costante senso della misura l'A., considerando il piano dell'attività di impresa, della disciplina del

mercato e della concorrenza, il piano del contratto e il piano delle tutele, e concludendo con un capitolo applicativo in materia bancaria e finanziaria (che costituisce poi la fonte originaria d'ispirazione dell'indagine).

**2.** – Nei cinque capitoli in cui essa si articola, l'indagine muove dalla delimitazione delle ipotesi studiate per definire all'interno della varietà tipologica che la realtà presenta il suo oggetto di studio (primo capitolo, pp. 3-38): come già si accennava il libro considera quindi i soli codici provenienti dal privato, connotati dalla volontarietà dell'adesione e rivolti a determinare effetti favorevoli ai terzi che entrano in contatto con l'attività di impresa.

Nel secondo capitolo (pp. 39-137) il fenomeno viene collocato nel quadro dell'attività d'impresa e della regolazione del mercato, quindi in particolare delle regole della concorrenza, facendo emergere i diversi problemi che in questo ambito possono determinarsi: così ad es. il problema dei poteri di decisione corporativi (p. 84 ss.) o il problema del rilievo in termini di fattispecie *antitrust* dell'adozione di codici di condotta, quest'ultimo risolto in termini di teoria del beneficio per il consumatore (p. 119 ss.).

Successivamente il tema dei 'codici' viene collocato in quella che secondo la prospettiva dell'A. ne rappresenta la cornice naturale, quella del contratto: essi costituiscono strumento di comunicazione dell'attività di impresa e di assunzione di vincoli obbligatori, ed entrano quindi, è questa la tesi principale dell'A., a far parte del contenuto del contratto (cap. III, pp. 139-200).

In seguito, nel quarto capitolo (pp. 201-248), esso si iscrive nel quadro delle tutele che l'adozione dei codici, o la violazione delle regole che vi sono individuate, può determinare, enucleando uno scenario generale di convivenza tra i diversi piani dell'indagine, largamente fondato sul tema della reputazione d'impresa e del rapporto di fiducia (pp. 204 ss., 218, 240 ss.), nella responsabilità dell'impresa (p. 223), dall'autodisciplina pubblicitaria (p. 224 ss.), a esperienze per la verità non proprio di successo come quella del Consorzio *Patti Chiari* (che però nella prospettiva dell'indagine rappresentano per l'A. un utile e quasi ideale termine di paragone), di cui rileva soprattutto la contrattualizzazione dei contenuti degli obblighi affrontata dalla giurisprudenza ABF (p. 283), alla cui esperienza applicativa specifica viene infine dedicato il quinto e ultimo capitolo dell'opera (pp. 249-302).

**3.** – I maggiori pregi del libro mi paiono da riferire per un verso alla capacità dell'A. di individuare l'esigenza dell'indagine in un'esperienza pratica alla quale ha preso parte

(quella dell'Arbitro bancario e finanziario) per trarre suggestioni di carattere più generale e tentare di individuare e delimitare, innanzitutto, e, poi, di sistemare la realtà studiata, attraverso una notevole ampiezza di riferimenti ai fenomeni pratici, all'articolazione dell'ordinamento, ai profili teorici con cui le tematiche studiate si trovano a interferire e alla relativa letteratura (anche se in qualche caso richiamata in termini necessariamente un po' sbrigativi, come ad es. in materia di buona fede).

Come accennavo, il tema, pur percorso ormai da una vasta letteratura, è ancora relativamente nuovo e sfuggente e mi pare che assuma rilevanza scientifica già il solo tentativo di ritagliare un ambito omogeneo (delimitato nei termini prima accennati) di studio rispetto al quale individuare le singole ipotesi emergenti dalla prassi, le specifiche ipotesi normative e infine la sistemazione nel quadro degli istituti del diritto privato.

Tocchiamo così un altro punto per il quale il lavoro merita di essere positivamente apprezzato: il costante e faticoso confronto del tema studiato, dei profili rilevanti che l'A. vi individua, con tematiche di carattere generale, appartenenti alla teoria generale del diritto. L'A. si sofferma sulla crisi della teoria delle fonti, sul tema del 'diritto dei privati' e del diritto oggettivo di origine negoziale, e ancora sui temi del pluralismo giuridico, p. 18 ss., per considerare la questione della giuridicità delle norme contenute nei codici di condotta (p. 33 ss.), i rapporti tra diritto ed etica (p. 41 ss.), specie nella rinnovata rappresentazione del fenomeno offerta dalla legislazione recente e dalle recenti prassi di mercato: si pensi ad es. al rilievo di considerazioni etiche o ecologiche nell'allocazione dei capitali, e i pertinenti aspetti di carattere dogmatico.

Così per la teoria della concorrenza, dell'impresa e delle società vengono analiticamente affrontati temi classici e temi nuovi: dalla rilevanza *antitrust* dell'adozione dei codici di condotta (in relazione alle diverse teorie elaborate per giudicare tale rilevanza, a cominciare dalla teoria del beneficio per il consumatore, che l'A. considera idonea a risolvere la questione sollevata: p. 119 ss.), al rapporto tra attività di impresa e contratto (e del rilievo su quest'ultimo dell'attività: p. 131 ss.), dalla disciplina delle imprese *benefit* e della responsabilità sociale di impresa, e quello della compatibilità con lo scopo lucrativo (p. 48 ss.), al rapporto tra l'adozione dei codici e la delimitazione dei poteri gestòri degli amministratori (p. 84 ss.), ma si pensi anche alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette (ad es. pp. 127, 143 s.), ai modelli di comportamento della l. n. 231 e all'adozione di codici di condotta per le società quotate e per le società pubbliche (d.lgs. n. 175/2016): sono tutti temi su cui si sofferma di volta in volta l'analisi, cercando di operare una sintesi e di ricondurre i diversi aspetti a un discorso omogeneo.

Così anche per la teoria generale delle obbligazioni e del contratto, rispetto alla stan-

dardizzazione e alle conseguenti esigenze di trasparenza: l'analisi si sofferma sulla complessità (e sul carattere fondamentale) del rapporto obbligatorio (p. 150 ss.), sul suo carattere patrimoniale sulla qualificazione della pertinente posizione giuridica soggettiva (in termini di dovere o di obbligazione: *ibidem*), sugli obblighi di protezione, sulle obbligazioni da contatto sociale e sia pure di sfuggita sul problema dell'atipicità delle fonti delle obbligazioni (p. 153), sul tema dei danni punitivi e delle regole di deterrenza (p. 300), e poi a proposito del contratto sulle condizioni generali di contratto (la loro collocazione dogmatica, la funzione che svolgono, le regole che le disciplinano: pp. 159 ss., 163 ss., 195 ss.), sul contratto normativo (p. 97 ss.), sull'asimmetria contrattuale, ma anche sul tema degli usi negoziali (p. 177 ss.), sul problema degli effetti per i terzi (p. 36 ss.), sulla meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. (p. 76 ss.), sulla distinzione tra atto e attività (pp. 128 ss., 141 s.), sul ruolo della buona fede e dell'integrazione del contratto (pp. 156 ss., 197 ss.), rispetto a cui i codici di condotta possono svolgere la funzione di criteri di concretizzazione (p. 159) ma non si limitano a questa, tutti temi che vengono affrontati con misura nella disamina dell'A. e sempre tentando di riportarli alla costruzione e allo svolgimento del discorso.

**4.** – La tesi fondamentale dell'A. tocca la contrattualizzazione del contenuto del codice (la cui rilevanza non si limita quindi alla fase esecutiva) rispetto ai contratti conclusi dall'impresa (p. 190 ss.) non solo con i consumatori ma in genere con i contraenti deboli (che è la prospettiva generale in cui l'A. colloca il discorso: p. 141 s.).

Si assiste qui, pertanto, ad un'altra tappa del fenomeno della 'contrattualizzazione' dell'informazione che nel diritto dei consumatori negli scorsi decenni ha via via trasformato le manifestazioni di contenuto in *contenuto esse stesse* (Mazzamuto).

La contrattualizzazione avviene attraverso la qualificazione del codice come condizione generale del contratto, che può anche determinare o contribuire a determinare, secondo l'A., un uso negoziale, che pertanto potrebbe finire per trascendere *ex* art. 1340 c.c. la sfera dell'impresa predisponente o del settore presidiato dall'organizzazione cui il codice di condotta fa capo, determinando quella integrazione della disciplina oggettiva attraverso la disciplina di carattere privatistico che contribuisce alla conformazione del mercato che rappresenta lo scenario di riferimento su cui l'indagine di Anna Scotti getta un interessante fascio di luce.

[Andrea Barenghi]

**W.H. VASQUEZ REBAZA (al cuidado de), *Principales cláusulas de la contratación privada contemporanea,* Ius et Veritas, Lima, 2021**

**1.** – La doctrina general del contrato ya desde hace algún tiempo ha adquirido la idea de que cada tipo de contrato es un "plano de distribución de riesgos" [1], de modo que la elección de un contrato en vez de otro, y la propia elección del "tipo contractual", representa una técnica para distribuir los riesgos dentro del contrato y permite valorar, respecto a su economía global, la compatibilidad entre la organización original de intereses y aquella presente al momento del cumplimiento.

Todo contrato tiene, en efecto, un equilibrio económico que las partes le atribuyen, de modo que su "economía" debe ser entendida como la repartición del riesgo de advenimientos que resulta en cada caso conforme al reglamento de intereses contractualmente previsto, en el cual cada prestación tiene siempre y solamente el valor de la contraprestación concedida por el contratante interesado en obtenerla, y no un abstracto y objetivo valor de mercado.

En la dinámica del derecho de los negocios el contrato deviene por lo tanto en un instrumento con el cual las partes, por un lado, organizan la mejor sistematización de sus intereses en base al tipo de contrato – o de operación económica – que intentan construir y realizar; por otro lado, predisponen una "red de protección del contrato" contra eventos externos, previsibles e imprevisibles, que pueden alterar la economía original del contrato, es decir, el originario equilibrio jurídico y económico que las partes habían dado al contrato en el momento de su diseño y celebración.

La adopción de cierto tipo de contrato es entonces indicio de la elección que los contratantes han querido realizar en mérito a la distribución de los riesgos que pueden derivar del contrato; de modo que, en base al modelo negocial al que las partes se han referido, se puede deducir qué contratante debe soportar las consecuencias que inevitablemente se vinculan al esquema jurídico formal en el que ingresa la íntegra operación económica.

La distribución del riesgo contractual demarca, en efecto, el límite dentro del cual se puede soportar oscilaciones capaces de incidir en la medida del intercambio sin, al mismo tiempo, ocasionar modificaciones capaces de impedir la realización de tal función y

[1] Werner FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie, en Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, I, Karlsruhe, 1960, 147; Id., *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-Nueva York, 1975, 2ª ed., 507 y siguientes.

la medida fijada por las partes para repartir el riesgo contractual – dado que el evento sobrevenido puede incidir en la medida del intercambio, y por ende en la función concreta de intercambio – puede representar entonces un indicio de la dilucidación y de la valoración de los vicios de esta función, ya que permite aclarar sus eventuales alteraciones.

El problema se presenta sobre todo en el ámbito de la actividad de empresa, la cual, como es conocido, sufre situaciones que producen inestabilidad y aleatoriedad en la gestión de los negocios, en particular cuando se trata de operaciones económicas complejas, de contratos dirigidos a regular la adquisición de participaciones sociales de control de grupos empresariales, de sucursales de empresas, o bien que involucren contratos de obra internacionales o contratos de provisión de servicios, incluyendo servicios energéticos, prevalentemente estipulados entre partes contratantes pertenecientes a nacionalidades diversas entre sí, respecto a los cuales la falta de ejecución del contrato, o el atraso en el cumplimiento de prestaciones individuales, genera pérdidas económicas y financieras bastante relevantes y significativas.

**2.** – Uno de los instrumentos para administrar el riesgo contractual, es decir, el riesgo de un posible fracaso del programa negocial, es la cláusula.

La cláusula –noción y concepto al que se puede asignar una pluralidad de significados y adjetivaciones (cláusula autónoma, impuesta, etcétera) – es cualquier afirmación lingüística completa contenida en el texto del contrato que, cualquiera que sea su contenido, en la medida que tenga un significado lingüístico completo, racional y lógico, constituye una parte del contrato en sentido sustancial y formal.

Por lo tanto, es necesario resistir a cualquier tentación, de matriz puramente clasificatoria, de empadronar las posibles cláusulas y consiguientemente reconducirlas a la unidad para llegar a indicar todas las posibles articulaciones de la noción. Parece, en cambio, útil recordar la autorizada opinión [2] según la cual sería "vano intentar reducir a la unidad" los diversos significados que puede asumir el término cláusula del contrato.

La cláusula es entonces un "fragmento" del contrato.

Es una parte del texto que – ya sea que este tenga valor de regla, y por ende de compromiso para las partes; ya sea que en lugar tenga valor de mera enunciación de un hecho o de una circunstancia concerniente al contenido del contrato – tiene un valor preceptivo o solo enunciativo de la íntegra organización de intereses.

---

[2] Cesare GRASSETTI, voz "Clausola del negozio", en *Enciclopedia del diritto*, VII, Milán, 1960, p. 184.

La cláusula, sin embargo, por su autonomía lingüística y lógica, en su significado resulte capaz, en determinadas regulaciones de intereses, y a causa de lo que en aquella se ha redactado, de hacer depender de su contenido la realización del proyecto contractual global, una sola de sus partes o de neutralizar sus efectos.

La atención al tema de la cláusula, antes que a los tipos contractuales individuales que las contienen, también es fruto de la reciente consciencia adquirida de que el contrato – como esquema y modelo formal del acto de autonomía privada – está perdiendo progresivamente su connotación "nacional" o "interna" en una experiencia jurídica individual (sea esta de derecho codificado o de derecho común), puesto que el fenómeno de objetivización del intercambio contractual y de la progresiva difusión de la *lex mercatoria*, como regla objetiva del derecho del mercado internacional, desde hace tiempo señalado por Francesco Galgano, induce a superar en la consideración del contrato, ya sea a la mera representación conceptual que lo reconduce al contrato típico, o al contrato atípico, para proyectarlo en vez de ello a la dimensión de la operación económica [3]; ya sea a la necesaria referencia únicamente a la legislación nacional aplicable.

El derecho viviente y el dato de la praxis de los contratos internacionales nos muestra, en efecto, cómo los contratos "internos" de las experiencias jurídicas nacionales de derecho codificado se encuentran actualmente expuestos a la "contaminación" de cláusulas extraídas de modelos de contratos provenientes de países del *common law*, mediante la inevitable inserción, en los esquemas provenientes del derecho codificado interno, de cláusulas elucidadas en las praxis y en las regulaciones contractuales de países de derecho común.

Una consecuencia casi inevitable del nuevo paradigma negocial del derecho de los negocios es la circunstancia de que las controversias relativas al contrato sean remitidas a un centro arbitral – por la innegable ventaja ofrecida a cada parte de elegir a sus propios jueces –, antes que al juez nacional y de que a menudo la legislación aplicable no sea la del lugar de celebración del contrato, sino que para aquella negociación particular sea invocada una legislación incluso distinta a la legislación nacional de pertenencia de las partes contractuales, o la circunstancia de que la regulación del procedimiento pueda emanar de las denominadas "fuentes persuasivas", como en el caso del reglamento arbitral Uncitral.

---

[3] Vease por exemplo en el derecho uruguayo, SEF 3-7-2015; SEF 9-123-2014; SEF 2-310-2011; SEF 1-123-2012; SEF 1-21-2011; SEF 2-9198-2011; TAC 4° 315/2007; y sobre todas, *Suprema Corte de Justicia,* n. 1241 de 12 de agosto 2019, in *http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA.* Sobre el tema, y también para ulteriores indicaciones, me permito reenviar, últimamente, a Enrico, GABRIELLI, *Autonomía privada, coligamiento negocial y estructura formal de la operación económica*, en *RDJDC (Uruguay)*, 2020.

**3.** – Un ejemplo particularmente útil para apreciar el valor tanto estructural como funcional de una cláusula dentro del reglamento negocial en su conjunto, es ofrecido por el fenómeno de la coligación negocial [4], en el cual es posible apreciar cómo las cláusulas individuales pueden a veces articularse y coordinarse entre sí, conviviendo en la misma coligación entre contratos, independientemente de la posición que aquellas ocupan, ya sea en el contrato individual, ya sea en el diseño constructivo de la secuencia de negocios.

En las hipótesis de contratos coligados a menudo se refleja con evidencia el valor estructural y funcional de la cláusula – también mediante la referencia de que aquella puede operar en las disposiciones y reglas contenidas en los individuales contratos coligados entre sí – como instrumento para regular la organización de intereses en su globalidad, independientemente de su composición formal y estructura, puesto que una cosa es que un contrato determinado constituya el presupuesto de un contrato posterior (o de otros posteriores), como sucede en el caso de la coligación (necesaria y voluntaria) entre contratos; y otra cosa es que con la coligación negocial se quiera crear una operación conjunta, para realizar un interés que resulte funcionalmente unitario, aunque tal resultado se produce mediante la coligación de una pluralidad de contratos o de negocios jurídicos autónomos.

La unidad funcional de la operación económica perseguida por las partes no perjudica, en efecto, el problema de la unidad o pluralidad de los contratos, y por ende la individualización en concreto de una hipótesis de coligación [5].

En el plano del análisis de la operación económica y de su conformación estructural a menudo es la cláusula individual, o el resultado interpretativo que se extrae de un conjunto combinado de cláusulas, el indicio interpretativo para individualizar y calificar cuál es la disciplina de la organización de intereses en su integridad, como ocurre, por ejemplo, ya sea en el caso de los negocios únicos con estructura compleja, ya sea en el caso de la coligación entre negocios.

---

[4] Para el derecho peruano, cfr. Rómulo MORALES HERVIAS, Contratos coligados, en *Estudios sobre teoria general del contrato*, 2006, Lima, 2006, 363; WALTER VASQUEZ REBAZA, *La (visible) presencia de los contratos coligados en el sistema juridico peruano*, en *Revista juridica del Perú*, 2012, 157 y siguientes.

[5] Cfr. Enrico GABRIELLI, *El contrato. Del tipo contractual a la operación económica*, Santiago de Chile, Olejnik, 2020; ID., *Operación económica y teoría del contrato*, Buenos Aires-Turín, Astrea-Giappichelli, 2017, *passim*; ID., *Estudios sobre teoría general del contrato*, Lima, Jurista Editores, 2013, 463 y siguientes.; ID., *Doctrina general del contrato*, I, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 2009, 17 ss.; ID. *El Código de Napoleón, el contrato y "la operación económica"*, en (https://ius360.com/columnas/enrico-gabrielli); ID., *La operación económica en la teoría del contrato*, en *IUS ET VERITAS*, *22* (44), 16-40, (http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12019).

En la primera hipótesis, en el plano estructural, se asiste a un contrato único de contenido complejo caracterizado por la existencia de un propósito negocial objetivamente único, que se refleja en el nexo existente entre las diversas prestaciones con una intensidad capaz de impedir que cada una de aquellas prestaciones pueda ser relacionada a una causa típica distinta, de modo que las diversas prestaciones se presentan entre sí como orgánicamente interdependientes y dirigidas a conseguir un resultado unitario indivisible.

En la segunda hipótesis, en cambio, se está en presencia de un mecanismo (ya sea voluntario o legal) que, en el plano estructural, describe a un esquema articulado, a través del cual las partes persiguen un resultado económico unitario y complejo, que sin embargo es realizado, no mediante un contrato individual, sino a través de una pluralidad coordinada de contratos. Sin embargo, cada uno de tales contratos conservan su propia y autónoma causa, aunque cada una de estas se encuentra dirigida a realizar, en su conjunto, un resultado ulterior respecto a aquel expresado en la causa de los contratos individuales organizados en secuencia. Con la consecuencia que, en tales hipótesis, la coligación, aun pudiendo determinar un vínculo de recíproca dependencia entre los contratos en secuencia, no excluye que cada uno de ellos se caracterice por una propia causa y conserve una distinta individualidad jurídica.

El criterio de distinción entre una y otra hipótesis, además de la naturaleza estructural, es de carácter funcional, puesto que depende de la unidad o pluralidad de los intereses perseguidos por las partes, que a menudo debe ser individualizada mediante la interpretación de las cláusulas individuales –o de un conjunto de cláusulas– que de aquella unidad o pluralidad representan el momento de enlace o que, por el contrario, indican su separación.

Se trata, por ejemplo, se resaltar si, en determinadas situaciones, se está en presencia de múltiples contratos autónomos, en ocasiones estipulados incluso por sujetos distintos, pero cada uno de aquellos dotado de una causa propia, que como tal podría vivir una vida propia, pero que, en concreto, se coloca dentro de una operación, la cual, en su globalidad, está dirigida a realizar un fin unitario y ulterior, respecto a aquel proyectado por la causa negocial individual involucrada en el esquema. Fin que transciende la causa de los negocios individuales o de los individuales comportamientos de ejecución, que se puede apreciar solo en relación a la especificidad de la operación económica concebida por las partes.

El encuadramiento del problema y la calificación de la hipótesis no solo tiene relieves teóricos, respecto a la configuración estructural de las hipótesis individuales, sino sobre

todo aplicativos, como resulta evidente por cuanto concierne por ejemplo al juicio de licitud y de protegibilidad del interés concretamente perseguido, que debe ser efectuado en concreto, evaluando la naturaleza del efecto querido, más allá de la pantalla formal mediante la cual se proyecta la representación exterior de la estructura negocial empleada.

La presencia de una pluralidad de negocios, y eventualmente también de partes negociales, hace surgir, ante todo, el problema de si se puede considerar que todos los contratos involucrados en la secuencia pueden calificarse como coligados – o si algunos de ellos tienen solo un nexo de ocasionalidad con la coligación – con la consiguiente indivisibilidad del resultado económico de los contratos individuales, respecto al efecto final perseguido con la coligación; o si se trata de una operación económica unitaria, y por ende de un único interés y de una única función negocial concreta, caracterizada por lo tanto por un fin ulterior respecto a aquel propio de los tipos individuales.

En el primer caso, la disciplina en sede de interpretación (y por ende también aquella relativa por ejemplo a la invalidez, o a los criterios y parámetros que gobiernan la ejecución del contrato) será aquella atomística relativa a los contratos individuales, y por ende, a los segmentos negociales individuales colocados en secuencia.

En el segundo caso, la interpretación, aun evaluando la relación que existe entre la función realizada por el contrato individual, considerado autónomamente, y los otros, deberá tener en cuenta la función realizada por el conjunto de los contratos vinculados, a causa del interés económico y jurídico unitario perseguido por las partes, precisamente mediante la construcción de una única y unitaria estructura jurídica caracterizada por una unidad del efecto a realizar.

El intérprete deberá por lo tanto examinar y evaluar, en el plano técnico de la construcción de la organización de intereses y de su efectiva relevancia, su función – y su perímetro estructural – para apreciar la diferencia entre pluralidad de contratos, cada uno con causa autónoma, contrato único con estructura compleja y unidad formal de la operación. Si no se razona en esta dirección, de hecho, no se logra apreciar aquella unidad morfológica, además de funcional que, bajo el aspecto no sólo estático, sino también dinámico, el intérprete debería tener presente, a fines de una reconstrucción orgánica de las hipótesis contractuales individuales, ya sea para una comprensión plena del significado sustancial de la organización de intereses objeto de examen y de valoración, ya sea para encuadrarlas en un sentido o en otro.

En el contexto indicado, juegan un rol esencial precisamente las cláusulas contractuales individuales, puesto que estas representan a menudo el momento de vinculación, en el plano de los efectos queridos por las partes, de las diversas y articuladas reglas que

componen el contenido y la estructura de los negocios individuales en secuencia, o de sus segmentos individuales y nexos de coligación, y constituyen, a veces incluso implícitamente, los indicios interpretativos de la coligación y de sus efectos.

**4.** – El volumen al cuidado de Walter Vásquez Rebaza ofrece un testimonio importante de los relieves que la articulación de estos diseños constructivos de reglas, expresión de autonomía privada y negocial, y de sus estructuras formales asume progresivamente en el derecho de los negocios y del comercio internacional.

Las cláusulas individuales comentadas en el volumen, y su evaluación, toca e incide, en efecto, en sus aspectos principales, ya sea del contrato en general, ya sea de los contratos individuales.

En el primer plano de observación, uno de los temas investigados en el presente volumen es precisamente aquel de la regulación de las hipótesis de imprevisión y cambio de circunstancias contractuales [6], o de las cláusulas que tienden a mantener la estabilidad del contrato, mediante la exclusión convencional por obra de las partes de la posibilidad de su resolución, de modo que tal exclusión puede constituir por sí misma un remedio contractual: es más, el único remedio [7].

La investigación – que obviamente no podría extenderse hasta comprender todas las cláusulas que en la praxis del derecho viviente encuentran expresión en materia contractual – examina algunas hipótesis que inciden también en los elementos estructurales del contrato en general, de modo que, además de los ya señalados aspectos relativos al riesgo contractual y a la fuerza mayor, se abordan los aspectos de la formación del contrato, por cuanto concierne a la reserva de la confidencialidad en las tratativas [8]; de su completitud, con el análisis de la *merger clause* [9]; del objeto, con respecto a la cláusula de *earn out* [10]; ya sea de los posibles acuerdo sobre la forma [11], de la posibilidad de crear una li-

[6] Cfr. Francesca BENATTI, *Modificación de circunstancias y cláusulas contractuales*; Rodrigo MOMBERG, *Las cláusulas de hardship como mecanismo de adaptación del contrato*; Marcela CASTRO, *Las cláusulas de indemnidad y la distribución de riesgos en la contratación comercial;* Sheraldine PINTO, *La cláusula de fuerza mayor en los contratos petroleros.*

[7] Enrico GABRIELLI, La cláusula de *exclusive remedy.*

[8] Fiorella VÁSQUEZ, *El acuerdo de confidencialidad en los tratos preliminares.*

[9] Giorgio DE NOVA, *Merger clause* y contrato ajeno.

[10] Fabio SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Reflexiones sobre el marco legal de la cláusula earn out en la teoría general del contrato.*

[11] Silvana FORTICH, *El acuerdo sobre la forma: Referencia al derecho positivo francés.*

mitación al poder de disposición, con respecto a la cláusula "*de no enajenar*" [12]; o bien, a los efectos de las cláusulas de *pari passu* en la circulación de los créditos [13].

La investigación realizada en el libro sigue los pasos de la antigua y tradicional bipartición contractual entre *venditio* y *locatio*, y siguiendo aquel sendero se realiza también el análisis de las cláusulas que pertenecen más estrictamente al plano de indagación que concierne a estas hipótesis contractuales individuales.

La venta y el contrato de obra, en efecto, se revelan una vez más – también frente a la invasión de la economía globalizada y de los contratos estipulados mediante internet – entre los esquemas de mayor atractivo para el estudioso de los fenómenos negociales en el derecho de los contratos individuales, de modo que de las páginas del libro surgen los problemas, aflorados en la venta, ya sea de matriz nacional, ya sea esta internacional [14], de los pactos permitidos y prohibidos [15], de la cláusula de reserva de propiedad [16]. Temas, problemas y cuestiones que ocupan las páginas del volumen en la parte dedicada al primer modelo.

A quien ha organizado la investigación y coordinado sus temas ciertamente no le ha sido ajeno que en una economía de empresa donde la prestación de servicios se ejecuta también en países lejanos de la sede del constructor, al frecuente recurso al modelo del contrato de intercambio se le une, por su constante aplicación, el esquema del contrato de obra, ya sea de bienes o de servicios, y además del tema clásico de los vicios ocultos [17].

Se revelan de este modo las técnicas de negociación [18] y de resolución de controversias [19], a veces suscitadas por la presencia en los contratos de cláusulas arbitrales debidas

---

[12] Lilian SAN MARTÍN, *Cláusulas de no enajenar.*

[13] Freddy ESCOBAR, El caso Elliott y el dilema de la cláusula *pari passu* en la deuda soberana: entre el *holdout* y el default estratégico.

[14] Robert HILLMAN, El artículo 29(2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: Un nuevo esfuerzo para aclarar los efectos jurídicos de las cláusulas de "*No Oral Modification*".

[15] Alfredo SORIA, *Pactos permitidos y prohibidos en el contrato de compraventa.*

[16] Antonio ALBANESE, *La cláusula de reserva de propiedad en el derecho civil italiano.*

[17] Eric Franco REGJO, *La cláusula de responsabilidad por vicios ocultos posteriores a la aceptación de la obra.*

[18] Sharon GRADOS *La cláusula de ampliación de plazo en los contratos de construcción;* Katherine WAIDHOFER, *Cláusulas de incentivo de pago en contratos de construcción.*

[19] Jaime GRAY-Jonnathan BRAVO, *La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción FIDIC: a propósito de los dispute boards.*

a la participación de una pluralidad de empresas en *joint venture* o en contratos plurilaterales [20] vinculados a grandes construcciones inmobiliarias, se profundiza, puntualmente y con una investigación exhaustiva, los aspectos del encargo de trabajos subcontratados [21], o de las operaciones financieras subyacentes [22], a veces dirigidas también al mercado de capitales, necesarias para la realización de las obras o de los servicios requeridos.

**5.** – El volumen – que se aprecia en particular por la capacidad de ofrecer al lector, sea este un teórico o práctico – un examen analítico y exhaustivo de los problemas y de las soluciones vinculados a las cláusulas individuales objeto de estudio – se revela de segura utilidad también desde la perspectiva de verificar, con respecto a su constante aplicación práctica en el derecho de los contratos, si las soluciones ofrecidas por la doctrina en su encuadramiento, en la sistematización teórica y en la interpretación de la disciplina a aquellas aplicables, encuentran una verificación efectiva en las decisiones de los jueces, o cuál es su grado de adhesión y de recepción, y hasta qué punto el coloquio entre doctrina y jurisprudencia puede ser proficuo y fértil para la obtención, sobre todo en el mundo de los contratos, de aquella certeza en la aplicación del *regulae juris* que desde siempre representa una de las aspiraciones más buscadas por los doctores de la ley.

[Enrico Gabrielli]

[20] Gino RIVAS, *La cláusula arbitral en relaciones contractuales multiparte.*

[21] Walter VASQUEZ, *Las cláusulas back-to-back en los contratos de construcción.*

[22] Diego MANSILLA-Leonardo VALDÉZ, *Las cláusulas de revisión de renta en operaciones inmobiliarias de cesión del uso y aprovechamiento comercial en el Perú.*