

# JUS CIVILE

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



4-2017

*luglio-agosto*



**G. Giappichelli Editore**

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

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

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

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

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



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Articoli e Saggi</b>	
I rapporti personali tra uniti civilmente * di <i>Tommaso Auletta</i>	274
La tutela del consumatore nei contratti di garanzia personale * di <i>Andrea D'Alessio</i>	314
L'applicazione del regolamento Bruxelles II bis nella pratica giudiziaria italiana * di <i>Roberta Aluffi, Magda D'Amelio, Susanna Marta</i>	335
Tra <i>public and private enforcement</i> : il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova direttiva 104/14 e del D.lgs. 3/2017 * di <i>Laura Miccoli</i>	348
La scuola patavina di Luigi Carraro ** di <i>Marcello Maggiolo</i>	369
<b>Giurisprudenza italiana</b>	
Compossesto di bene condominiale ed onere delle prova * <i>Cass. civ., sez. II, 24 agosto 2015, n. 17072</i> di <i>Nunzio De Salvo</i>	373

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

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



TOMMASO AULETTA

*Professore ordinario di Diritto privato – Università di Catania*

## I RAPPORTI PERSONALI TRA UNITI CIVILMENTE

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali. – 2. Il cognome dell'unione. – 3. I doveri della coppia unita civilmente e delle coppia coniugata nel quadro delle differenze fra unione civile e matrimonio. – 4. Doveri di fedeltà. – 5. Assistenza morale e materiale, collaborazione, contribuzione ai bisogni comuni. – 6. Coabitazione. – 7. L'indirizzo di vita familiare. – 8. Attuazione dell'indirizzo di vita. – 9. Unione civile e famiglia.

1. – La legge n. 76/2016 dedica ai rapporti personali tra persone unite civilmente tre commi (10, 11 e 12): il primo delinea la disciplina del nome della coppia, quello successivo ne enuncia diritti e doveri reciproci, nel rispetto del principio di uguaglianza, mentre il comma 12 rimette all'accordo delle parti la determinazione "dell'indirizzo di vita familiare".

Prima di passare al loro esame non è superfluo soffermarsi brevemente sulle finalità della legge in commento (da tenere in adeguata considerazione nella ricostruzione del significato delle regole) di colmare un vuoto normativo, stigmatizzato dalla Corte costituzionale e dalla CEDU, con l'introduzione nell'ordinamento di una disciplina delle unioni affettive fra persone del medesimo sesso, i cui contraenti intendano impegnarsi ad attuare una comunione di vita stabile, giuridicamente rilevante, caratterizzata da diritti e doveri, alla stregua di quanto accade per le persone coniugate<sup>1</sup>. Detto profilo comunitario ricorre anche nel matrimonio, pur in assenza di

---

<sup>1</sup> Una ricostruzione del tutto diversa circa le finalità dell'unione è prospettata da G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76 integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 101 ss., il quale, nel criticare le scelte compiute dal legislatore, nega che dall'unione civile sorga un impegno (ma solo un probabile obiettivo) di realizzare la comunione di vita materiale e spirituale fra i contraenti come accade invece per il matrimonio, in quanto «né in sede di definizione generale dell'istituto, né in sede di descrizione del contenuto delle dichiarazioni delle parti che manifestano la volontà di costituire una unione civile, né in sede di determinazione degli effetti dell'unione civile né, più in generale, in alcuna delle disposizioni che disciplinano l'unione civile si fa infatti il benché minimo riferimento alla "comunione di vita materiale e spirituale" fra le parti dell'unione civile» (a differenza di quanto previsto in Germania, Svizzera, Austria per le unioni registrate). E tuttavia analoga osservazione potrebbe valere riguardo al matrimonio, non risultando alcun riscontro in tal senso almeno nella disciplina codicistica. Né può sopravvalutarsi il riferimento, contenuto nell'art. 1 l. div., all'impossibilità di ricostituire o mantenere la comunione spirituale tra coniugi al fine di consentire lo scioglimento del matrimonio, sia in virtù della sua collocazione (al di fuori della disciplina del matrimonio) sia perché già in epoca anteriore mai ne era stata posta in dubbio dagli interpreti detta finalità. Si dovrà dunque verificare se la diversità (sostanziale e non solo testuale) di trattamento riservato dalle norme all'unione civile rispetto all'unione coniugale giustifichi conclusioni diverse circa la finalità degli istituti ed, in caso positivo, se possano considerarsi realizzate le condizioni poste al legislatore dalla Corte costituzionale e dalla CEDU a tutela della vita di coppia delle persone del medesimo sesso.

# JUS CIVILE



specifica enunciazione, in quanto desumibile dall'art. 1 l. div. secondo il quale lo scioglimento del vincolo viene pronunciato dal giudice quando la comunione non può più essere mantenuta o ricostituita; esso trova conferma nell'art. 151 cc. il quale stabilisce che l'intollerabilità della "convivenza" (cioè della di comunione di vita) consente a ciascuno dei coniugi di ottenere la separazione. I doveri coniugali espressi nell'art. 143 cc. tracciano poi le linee generali, peraltro non esaustive, dei comportamenti richiesti a questo fine, suscettibili di concretizzazione da parte dei coniugi mediante accordo sull'indirizzo di vita (art. 144 cc.). L'esclusività del rapporto è desumibile dall'art. 86 cc. il quale impedisce di celebrare un nuovo matrimonio alla persona ancora sposata.

Peraltro l'obiettivo di far coincidere le finalità dell'unione civile con quelle del matrimonio emerge in maniera univoca già dai lavori preparatori alla legge 76 e segnatamente dalla relazione introduttiva, nella quale si precisa che sono state compiute scelte, nel rispetto dell'art. 3 cost., volte a «limitare al minimo le differenze tra le unioni civili ed il matrimonio...[in quanto] alla base della scelta di una coppia omosessuale di formalizzare il rapporto di vita familiare pulsano gli spessi desideri e le stesse esigenze che animano la scelta di contrarre matrimonio». Si intende in tal modo «riconoscere alla vita omosessuale la dignità che le è propria».

Viene precisato peraltro che, pur essendo uguale lo scopo, solo l'unione matrimoniale dà origine alla famiglia legittima il cui fondamento trova riscontro nell'art. 29 cost., mentre l'unione civile dà vita ad altra formazione sociale il cui fondamento risiede nell'art. 2 della Carta. Riscontro in tal senso si ritrova nel 1° comma della legge stessa nel quale si parla di "*specifica* (nostro il corsivo) formazione sociale"; dunque non una delle numerose formazioni sociali che favoriscono, sotto diversi profili, lo sviluppo della persona, ma tendente allo specifico fine di consentire a due persone (del medesimo sesso) di condurre la propria esistenza in comunione materiale e spirituale sotto il profilo affettivo<sup>2</sup>.

Obiettivo questo in certa misura obbligato<sup>3</sup> in virtù di quanto era già stato detto dalla Corte costituzionale nella nota decisione 138/2010 che anche all'unione omosessuale «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia ottenendone (...) il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» il quale, a dire della Corte, poteva essere assicurato consentendo a tali coppie di celebrare matrimonio o anche mediante istituto diverso<sup>4</sup>; affermazione che ritorna nella decisione 170/2014 nella quale si subordina la legittimità dello scioglimento automatico del matrimonio del transessuale alla trasformazione in una unione registrata,

---

<sup>2</sup> Il profilo affettivo dell'unione non è espressamente menzionato dalla legge (come non lo è nel matrimonio) ma il riferimento è presente nel comma 36 a proposito dei conviventi di fatto ("persone maggiorenti unite stabilmente da legami affettivi di coppia") i quali, nella chiara concezione legislativa, danno vita ad un rapporto modellato, rispettivamente sul matrimonio (se i conviventi sono di sesso diverso) o sull'unione civile (riguardo a conviventi del medesimo sesso) sia pur tutelato in maniera più ridotta.

<sup>3</sup> Analogamente A. AMBROSI, *Unioni civili e costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1676; E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, *ivi*, p., 1688 s.

<sup>4</sup> in *Fam. e dir.*, 2010, p. 653 ss., con nota di M. GATTUSO.



disciplinata in maniera tale da tutelare adeguatamente l'interesse della coppia che lo desidera, di continuare a condurre la propria esistenza in comunione di vita<sup>5</sup>. L'esigenza di salvaguardare detta finalità dell'unione era stata peraltro espressa, con riferimento alla medesima questione, alcuni anni prima da parte della CEDU<sup>6</sup> la quale ritiene ammissibili differenze di disciplina soltanto marginali rispetto al matrimonio. Le indicazioni formulate dalle Corti sembrerebbero trovare riscontro, almeno in via di prima ipotesi (da sottoporre a verifica) nella normativa sulle unioni civili, la quale introduce una disciplina generale della vita di coppia caratterizzata da diritti e doveri e sul "governo" della stessa.

Per la costituzione del rapporto è previsto che la coppia esprima pubblicamente il proprio consenso davanti all'ufficiale di stato civile e che l'atto sia inserito nell'archivio informatico del comune, in un registro di nuova istituzione ad esse riservato.

Riguardo agli effetti che ne derivano, evidenti convergenze si registrano riguardo ai rapporti patrimoniali (anche con riferimento allo scioglimento dell'unione) e successori<sup>7</sup> mentre le differenze più rilevanti, rispetto al matrimonio, riguardano la disciplina del nome della coppia nonché i diritti e i doveri reciproci, filiazione ed adozione, crisi dell'unione. Peraltro occorrerà verificare quali divergenze riguardanti i rapporti personali (oggetto della nostra indagine), emergenti dall'enunciato delle norme, siano effettivamente tali nella sostanza, tenuto conto che l'interprete, per evitare contraddizioni nel sistema, deve favorire soluzioni volte al perseguimento dell'obiettivo, innanzi precisato, a cui l'unione tende.

Dalle indicazioni provenienti dalle norme si può già affermare che come il matrimonio anche l'unione civile dà vita ad uno *status* di carattere familiare<sup>8</sup> (o tutt'al più parafamiliare)<sup>9</sup> in quanto volta creare un vincolo solidale di coppia dal quale scaturiscono diritti e doveri inderogabili (simili, se non proprio coincidenti, a quelli derivanti dal matrimonio) il cui pubblico accerta-

---

<sup>5</sup> In *Corr. giur.*, 2014, p. 1041, con commento di T. AULETTA e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1139 con nota di A. LORENZETTI e A. SCHUSTER.

<sup>6</sup> Grande Camera, 16 luglio 2014, ric. 37359/09, *Hamalainen c. Finlandia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1139, con nota di A. LORENZETTI e A. SCHUSTER.

<sup>7</sup> Muove una ferma critica a tale equiparazione G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76 integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, p. 143 ritenendola ingiustificata alla luce della interpretazione proposta secondo la quale la coppia unita civilmente non è tenuta a porre in essere una comunione di vita. Mentre, in senso opposto, P. ZATTI, *Introduzione al convegno Modelli familiari e nuovo diritto* (Padova, 7-8 ottobre 2016), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1664 vi individua un dato dal quale desumere la natura familiare dell'unione.

<sup>8</sup> E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1688; G. FERRANDO, *Conclusioni*, al Convegno *Modelli familiari e nuovo diritto* (Padova, 7-8 ottobre 2016) in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1777. Uno stato familiare è stato persino riconosciuto da Cass. pen., 27 giugno 2016, n. 44182 ai conviventi, affermando che «l'acquisizione dello "status familiae", ai sensi dell'intervenuta l. n. 76 del 2016 sulle unioni civili tra persone omosessuali e sulle convivenze tra persone eterosessuali e omosessuali, allo straniero privo del permesso amministrativo di soggiorno che, però, conviva stabilmente con cittadina italiana, vale quale causa ostativa ex art. 19, comma 2, lett. c) d.lg. n. 286 del 1998».

<sup>9</sup> In senso conforme M. BIANCA, *Le unioni civili ed il matrimonio: due modelli a confronto*, in *giudicedonna.it.*, 2016, 2, p. 4.

# JUS CIVILE



mento è assicurato dai registri dello stato civile<sup>10</sup>. Significativa in questo senso è la previsione contenuta nel nuovo articolo 70 *quinquiesdecies* del regolamento dello stato civile<sup>11</sup> secondo la quale lo stato delle parti nelle documentazioni ufficiali viene indicato con l'espressione "unito civilmente" e "unita civilmente".

Tuttavia il mancato richiamo dell'art. 78 – in virtù della previsione del comma 2° la quale non permette di estendere ai membri dell'unione civile quanto stabilito per i coniugi – o comunque di un riferimento alla creazione di un rapporto di affinità con i parenti dell'unito civilmente sembrerebbero non prevedere l'ingresso a pieno titolo nella famiglia dell'altro, con conseguente differenza rispetto agli effetti che scaturiscono dal matrimonio<sup>12</sup>. Soluzione criticabile perché circoscriverebbe gli effetti dell'unione alla sola coppia creando una discriminazione che non trova riscontro nella coscienza sociale, alla stregua di quanto accaduto in passato riguardo alla c.d. parentela naturale.

2. – La disciplina sul cognome della coppia legata da unione civile si discosta significativamente da quella prevista per il matrimonio, probabilmente perché interviene a molti anni di distanza dalla riforma del diritto di famiglia, nel corso dei quali sono emersi fondati dubbi fra gli interpreti sulla soluzione adottata dall'art. 143 *bis* cc. per incompatibilità col principio di uguaglianza<sup>13</sup> ma soprattutto perché, trattandosi di coppia del medesimo sesso, non esiste una ragione plausibile per dare prevalenza al cognome dell'uno o dell'altro dei suoi componenti. Come è noto, la regola matrimoniale trova storico fondamento nel ruolo di capo della famiglia riconosciuto al marito, con conseguente prevalenza del suo cognome come segno distintivo a tutela dell'unità, anche dal punto di vista formale, della famiglia stessa.

Il dettato del comma in esame si ispira in larga parte alla *Lebenspartnerschaftsgesetz* tedesca

---

<sup>10</sup> Manca peraltro una disciplina corrispondente a quella dettata dagli artt. 130-133 cc. relativa alla prova circa la nascita dell'unione civile.

<sup>11</sup> Introdotto con il decr. lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, pubblicato in G.U. 27 gennaio 2017, n. 22.

<sup>12</sup> I primi interpreti della legge sono concordi nel ritenere che la mancanza di una regola al riguardo comporta l'esclusione del vincolo di affinità. V. ad es., M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 885; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *juscivile.it*, 2016, 6, p. 199; M. BIANCA, *Le unioni civili ed il matrimonio: due modelli a confronto*, cit., p. 3; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 119; E. QUADRI, *op. cit.*, p. 1691, il quale riconduce il mancato richiamo all'art. 78 in quanto il legislatore avrebbe scartato l'idea secondo la quale la costituzione dell'unione crea un intreccio di rapporti sul piano familiare, presente nel matrimonio.

<sup>13</sup> V. per tutti, R. TOMMASINI, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, (artt. 74-176), Torino, 2010, p. 449 s.; M.C. DE CICCO, *Cognome della famiglia e uguaglianza fra coniugi*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, II ed., Milano, 2011, p. 1016 ss.; M. MORETTI, *Il cognome coniugale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. BONILINI, Torino, 2016, I, p. 789. Altri autori individuano nella norma una deroga al principio: A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, II ed., Milano, 1984, I, p. 296, resa necessaria perché occorre un nome identificativo della famiglia; G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. Bonilini-G. Cattaneo, II ed., Torino, 2007, I, p. 346 s.

## JUS CIVILE



ma anche a modelli di unione registrata adottati in altri Paesi<sup>14</sup> e configura la mera possibilità che l'unione sia identificata mediante il cognome di uno dei suoi membri, rimettendone la scelta all'accordo, in mancanza del quale ciascuno conserva il proprio; diversamente si prevede per i coniugi ai quali non è riconosciuta alcuna autonomia in materia, in quanto la legge impone innanzitutto l'assunzione di un cognome comune e ne stabilisce anche il criterio di determinazione, privilegiando quello del marito, che la moglie "aggiunge" al proprio, posponendolo, (art. 143 bis cc.)<sup>15</sup> e che viene trasmesso ai figli<sup>16</sup>. La differenza di soluzione non sembra influenzata dal fatto che per la coppia del medesimo sesso non dovrebbe porsi il problema della trasmissione del cognome ai figli (di sangue o adottivi), in mancanza di generazione genetica comune ed essendole preclusa l'adozione (salvo a verificare la "tenuta"<sup>17</sup> e la "portata"<sup>18</sup> di tale divieto); ma neppure dal possibile obiettivo di creare un'unione meno stabile rispetto a quella matrimoniale<sup>19</sup>, la cui esigenza di unità assumerebbe una più limitata rilevanza tanto da non rendersi ne-

---

<sup>14</sup> Per una puntuale disamina della legge tedesca si rinvia a F. AZZARRI, *Le unioni civili nel diritto tedesco: quadro normativo e prospettive sistematiche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 1105 ss.; S. PATTI, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 958 ss.; C. CARICATO, *La legge tedesca sulle convivenze registrate*, in *Familia*, 2002, p. 501 ss.; ID., *Le convivenze registrate in Germania: quindi anni di applicazioni e di riforme*, *ivi*, 2016, p. 71 ss. Analoga previsione si riscontra ad esempio nella disciplina sulle unioni registrate adottata in Svizzera (LUD) a partire dal 2014 con successive integrazioni (art. 12 a).

<sup>15</sup> Tale regola ha sostituito quella vigente sotto il codice del 1942 il quale, all'art. 144 cc., stabiliva, nel contesto della potestà maritale, che la moglie "assume" il cognome del marito, anche se era discusso se lo sostituisse al proprio o mantenesse il diritto di utilizzarlo (v. per tutti, A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, III ed. Torino, 1958, p. 423).

<sup>16</sup> Fatta salva però, la possibilità per la coppia di richiedere che al figlio sia attribuito il cognome di entrambi i genitori sulla base di quanto stabilito dalla recente pronuncia della Corte costituzionale, 21 dicembre 2016, n. 286, in *Corr. giur.*, 2017, p. 165, con nota di V. CARBONE, la quale ha ritenuto incostituzionale la norma di sistema – desumibile da alcuni articoli del codice civile e dell'ordinamento sulla stato civile – nella parte in cui non consente appunto ai genitori, che lo richiedono congiuntamente, di trasmettere anche il nome della madre, dopo che, per ben due volte (C. Cost., 19 maggio 1988, n. 586, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1649 e C. cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Familia*, 2006, p. 931, con nota di M.N. BUGETTI) aveva ritenuto, con argomentazioni diverse, la questione inammissibile. In senso contrario alla regola prevista dalla legge italiana si è pronunciata anche la CEDU, 7 gennaio 2014, ric. 77/2007, *Cusan-Fazio c. Italia*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 205, con note di V. CARBONE e S. STEFANELLI, che l'ha considerata discriminatoria in quanto non consente di attribuire ai figli il solo cognome della madre ove i genitori siano d'accordo.

<sup>17</sup> Che appare del tutto improbabile a giudicare da qualche recente riscontro giurisprudenziale (trattasi di una decisione del Trib. Firenze, 8 marzo 2017, in *Banca Dati Pluris* nella quale si stabilisce che «è possibile dare ingresso in Italia all'adozione di un minore, statuita da un giudice inglese, e ottenuta da una coppia omosessuale formata da due cittadini italiani residenti in Gran Bretagna da molti anni, legati da un rapporto stabile di convivenza senza peraltro riconoscere il vincolo del matrimonio, consentito anche nel Regno Unito dal 2013». Ed in precedenza, Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, con commento di G. FERRANDO. Occorre dar conto anche delle pronunce emesse da Trib. min. Milano, 17 ottobre 2016, e 20 Ottobre 2016, *ivi*, 2017, p. 171, con commento di G. FERRANDO, con le quali si è negata l'adozione interna, a favore di un componente dell'unione civile, riguardo al figlio dell'altro. V. anche citaz. alla nota 121.

<sup>18</sup> La dottrina largamente maggioritaria è infatti orientata per l'inammissibilità dell'adozione alla luce del dettato del comma 20. Ma in senso difforme, V. BARBA, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 380 ss.

<sup>19</sup> Motivazione non di rado ricorrente tra i primi interpreti della legge per giustificare alcune differenze intercorrenti fra gli effetti del matrimonio e quelli dell'unione civile: M. BIANCA, *op. cit.*, p. 1 ss.; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*,

## JUS CIVILE



cessaria l'adozione di un segno identificativo comune della coppia. Come si cercherà di precisare meglio in seguito, è quantomeno dubbio che possa considerarsi meritevole di considerazione il presunto intento del legislatore storico di creare un'unione meno stabile rispetto a quella matrimoniale, ma in ogni caso esso difficilmente potrebbe invocarsi per spiegare le differenze che contraddistinguono il cognome coniugale da quello dell'unione civile quasi che l'imposizione di un criterio più rigido garantisca maggiore unità agli sposi. Basti pensare che secondo il § 1355 del BGB essi possono non avere un cognome comune se non ottemperano al dovere di scelta, onde in questo caso ciascuno continua a portare il proprio (fermo restando che nel caso di nascita della prole i genitori devono indicare il cognome da trasmetterle: § 1617 BGB) e che in altri ordinamenti tale dovere non sussiste ed è discrezionale la scelta di un cognome comune (v., ad es., art. 160 cc. svizzero).

La previsione di una disciplina siffatta è compatibile con l'esigenza di salvaguardare l'unità (e stabilità) della coppia, il cui perseguimento viene affidato soprattutto alla conformazione dei doveri che derivano dall'unione e dal ricorso allo strumento dell'accordo per determinarne l'indirizzo di vita, mentre un riscontro anche dal punto di vista formale, costituito dall'esistenza di un cognome comune, certo importante, può ben ritenersi non decisivo (cogliendo questo dato dalla coscienza sociale) da imporre l'adozione. Per altro verso proprio detta facoltà di scelta sta a testimoniare il riconoscimento da parte della legge del valore dell'unità della coppia (espresso dall'art. 29 cost.) pur se non fondata sul matrimonio, di cui deve tenersi conto nell'interpretazione delle norme (come si dirà in seguito). Non si comprenderebbero altrimenti le ragioni per le quali la legge non si sia limitata a stabilire che i componenti dell'unione conservano il proprio cognome.

Può allora osservarsi, *de iure condendo*, che analoga soluzione dovrebbe essere adottata in futuro dalla legge per evitare una evidente disparità di trattamento in danno dei coniugi<sup>20</sup> e superare i dubbi di costituzionalità della disciplina del cognome nel matrimonio, riconoscendo ai medesimi la libertà di scegliere un cognome comune, tra quello del marito o della moglie, (non considerando tale atto distintivo essenziale, al fine di garantire l'unità coniugale), ma, come si preciserà tra breve, ancor meglio entrambi i cognomi<sup>21</sup>, ferma comunque la necessità di individuare il cognome da trasmettere alla prole.

*De iure condito* è opportuno ritornare sulle differenze esistenti per metterne maggiormente in luce la portata. Mentre nell'unione civile, come si è detto, può mancare un cognome comune e comunque la sua determinazione è rimessa alla libera scelta delle parti, nel matrimonio il cognome della coppia deve esistere obbligatoriamente anche in assenza di figli ed è, per legge,

---

p. 124 ss. il quale si esprime peraltro in senso critico verso tale scelta.

<sup>20</sup> Riconosciuta da tutti gli interpreti, anche se poi viene da alcuni giustificata con l'esigenza di salvaguardare l'unità della famiglia, onde la limitazione del principio di uguaglianza troverebbe fondamento nell'art. 29, 2° comma cost.

<sup>21</sup> A favore di questa soluzione si pronuncia anche M.C. DE CICCO, *Cognome della famiglia e uguaglianza fra coniugi*, cit., p. 1018.

## JUS CIVILE



quello del marito (necessariamente trasmesso ai figli<sup>22</sup>) che la moglie aggiunge a quello di origine. Pertanto, mentre la moglie ha diritto di usare il cognome del marito e di chiederne tutela in giudizio, senza che questi possa impedirlo, analogo diritto si configura nell'unione civile solo se è stato scelto un cognome comune.

Le differenze potrebbero eventualmente accentuarsi ove si ritenga, come sostenuto da una certa corrente di pensiero, che per la moglie sussista anche un dovere all'uso del cognome maritale qualora non si configuri per l'unione civile (v. oltre).

L'ambito della scelta del cognome dell'unione civile è circoscritta dalla legge, alla stregua del modello tedesco, all'ambito dei loro cognomi d'origine senza però consentire di adottarli entrambi; soluzione questa che risponde verosimilmente ad esigenze di semplificazione dal punto di vista anagrafico ed uniformità con il matrimonio (infatti non è previsto che il marito aggiunga al proprio il cognome della moglie) e pur tuttavia costringe le parti ad una scelta che comporta necessariamente il sacrificio, sia pur limitato, di uno dei due cognomi, tenuto conto che chi acquisisce quello dell'altro ha la possibilità di mantenere il proprio (anteponendolo o posponendolo al primo)<sup>23</sup>. Probabilmente è proprio l'esigenza di non creare una differenza con la disciplina riservata alla coppia coniugata che ha finito col prevalere ma c'è da chiedersi – in prospettiva futura – se il criterio adottato di recente dalla Corte costituzionale per i figli (in virtù del quale i genitori possono decidere di trasmettere loro anche il cognome della madre, per rendere palese, anche sotto questo profilo, la derivazione da entrambi) non sia più funzionale in quanto, nel garantire l'esistenza di un segno distintivo espressione di unità della coppia, non costringe al sacrificio di uno dei due cognomi, favorendo tale opzione<sup>24</sup>.

L'obiezione di farraginosità della soluzione dal punto di vista pratico ed estranea al sentire comune<sup>25</sup>, va stemperata in quanto nei rapporti sociali la coppia (coniugata o unita civilmente) sarebbe libera di adottare la soluzione più rispondente alle proprie esigenze, ma dal punto di vista dei principi si introdurrebbe un segnale forte riguardo alla tutela del dell'uguaglianza dei suoi componenti<sup>26</sup>.

Riguardo alla coppia unita civilmente, nessuna disposizione specifica è data con riferimento all'ipotesi in cui il cognome prescelto sia composto da due cognomi e quindi se occorra operare una scelta tra di questi. In tal senso si esprime la legge tedesca sulle unioni civili con soluzione

---

<sup>22</sup> Infatti il cognome del marito viene necessariamente trasmesso ai figli anche dopo l'intervento di C., cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, c. 6, con nota di G. CASABURI, in quanto il cognome della madre si aggiunge a quello del padre e sempre che vi sia accordo dei genitori in tal senso.

<sup>23</sup> In senso critico verso questa soluzione si esprime anche G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 132.

<sup>24</sup> Di questo parere è M.N. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 911.

<sup>25</sup> Così M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, II ed. Milano, 2012, p. 156 s.

<sup>26</sup> Non scalfita dal fatto che poi la coppia deve decidere quale cognome anteporre. Ma diversamente, M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., p. 158.

# JUS CIVILE



ragionevole, tenuto conto che all'altro soggetto dell'unione è consentito mantenere anche il proprio cognome.

La scelta deve farsi con dichiarazione delle parti resa al momento di costituzione dell'unione<sup>27</sup>, con conseguente inserimento nell'atto relativo<sup>28</sup> o anche in un momento successivo<sup>29</sup>. L'ufficiale di stato civile deve anche procedere all'annotazione nel cognome prescelto nell'atto di nascita di ciascuna delle parti<sup>30</sup>, senza però che si verificino mutamenti dal punto di vista anagrafico<sup>31</sup>.

Operata la scelta, può riproporsi anche per l'unione civile l'interrogativo, già sottoposto alle riflessioni degli interpreti con riferimento al cognome della moglie, se il relativo uso costituisca (oltre che un diritto) anche un dovere per colui che lo assume. La soluzione favorevole riscuote tutt'ora consenso in dottrina<sup>32</sup> e finirebbe verosimilmente con l'applicarsi anche al componente dell'unione civile il quale opponesse un sistematico rifiuto all'uso del cognome identificativo della coppia. C'è da aggiungere che, sempre nella prospettiva del dovere, la violazione potrebbe comportare l'addebito della separazione a carico della moglie (non così però nell'unione civile non essendo prevista la separazione) e nei casi più gravi, ove si configuri anche la violazione del diritto all'integrità morale<sup>33</sup> del marito (o di colui il cui cognome sia stato scelto per identificare l'unione), il risarcimento dei danni a suo favore. Il fondamento di detto obbligo potrebbe rinvenirsi nell'imperatività dell'espressione formulata dall'art. 143 *bis* cc. secondo la quale la moglie *aggiunge* al proprio il cognome del marito nonché nella previsione dell'art. 156 *bis*, 2° comma alla luce del quale la moglie, nel caso di separazione, può essere autorizzata dal giudice a non usarlo ove possa derivarle pregiudizio.

---

<sup>27</sup> Analoga previsione è contenuta nell'art. 70 *octies* del DPR 396/2000, modificato col d. lgs. 5/2017, in GU 22/2017.

<sup>28</sup> Ai sensi dell'art. 70 *quaterdecies*, modificato come indicato alla nota precedente. Si v. anche il decr. Min. interno, 28 luglio 2016, formula 4.

<sup>29</sup> Lo prevedono il decr. Min. interno cit. alla nota precedente, formula 6, il decr. Cons. Ministri, 23 luglio 2016 n. 144, ed il d. lgs. attuativo 5/2017 il quale contempla tale possibilità introducendo al comma 1 dell'art. 63 DPR 3 novembre 2000 n. 396, la lettera g *sexies*. In senso critico verso tale scelta si esprime M.N. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, cit., p. 193, in quanto introduce incertezza in una materia che esige invece stabilità; perplessità manifestano S. TROIANO, *Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto «ponte» per la tenuta dei registri dello stato civile*, in *Studium iuris*, 2016, p. 1429 ed E. QUADRI, *op. cit.*, p. 1698 il quale adduce esigenze di stabilità della materia e pone anche un problema legato ai principi di gerarchia delle fonti.

<sup>30</sup> Art. 4 decr. Cons. Ministri cit. alla nota precedente.

<sup>31</sup> L'art. 20, comma 3 *bis* del DPR 223/1989, introdotto mediante d. lgs. 5/2017, precisa infatti che «le schede devono essere intestate al cognome posseduto prima dell'unione civile».

<sup>32</sup> V. in tal senso ad esempio, M. PARADISO, *op. cit.*, p. 155; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Comm. al codice civile* diretto da V. SCIALOJA E G. BRANCA, Bologna-Roma, 1993, p. 272; R. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 447; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, VI ed., Torino, 2014, p. 98 s.; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 298 i quali escludono la validità di un accordo dei coniugi col quale si solleva la donna dal dovere di usare il doppio cognome nello svolgimento di una attività d'impresa iniziata dopo il matrimonio.

<sup>33</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 272; G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, cit., p. 349, i quali ritengono che sarebbe offensivo per il marito che la moglie tralasciasse costantemente l'uso del cognome del medesimo, acquistato col matrimonio. Tale affermazione era ricorrente negli autori che scrivevano prima della riforma del 1975; per tutti v. A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., p. 423.

# JUS CIVILE



Diversamente orientata è altra corrente di pensiero<sup>34</sup>, seguita anche in giurisprudenza<sup>35</sup>, la quale non ritiene decisivi i riscontri normativi menzionati, e dunque esclude la configurabilità di un dovere della moglie all'uso del cognome del marito (bensì solo la previsione di un suo diritto) per l'esigenza di assicurarne la compatibilità con principio di uguaglianza ed il rispetto del diritto fondamentale della donna all'identità personale, che verrebbe lesa dall'imposto mutamento del proprio cognome. Peraltro la portata del problema risulta ridimensionata<sup>36</sup> per il fatto che nell'attività giuridica c.d. pubblica spesso è la legge a fornire indicazioni in proposito<sup>37</sup> (ad es., dal punto di vista anagrafico o della registrazione immobiliare la donna coniugata viene identificata col cognome originario) mentre riguardo a quella privata detto obbligo potrebbe tutt'al più configurarsi solo quando la donna agisce in qualità di membro della famiglia e non per soddisfare interessi individuali<sup>38</sup>.

A mio avviso tuttavia il profilo di doverosità è ormai superato dal diritto effettivo in quanto la giurisprudenza è orientata in senso contrario<sup>39</sup> ed anche nei rapporti sociali (si pensi ad es., all'ambito lavorativo) la donna è conosciuta per lo più con il proprio cognome, in special modo quando essi risalgono a prima del matrimonio. In ogni caso appare sempre più remota la possibilità che tale comportamento venga considerato dalla giurisprudenza lesivo della stabilità e coesione della famiglia<sup>40</sup> o addirittura della dignità del marito<sup>41</sup>.

Sulla base delle medesime considerazioni potrebbe probabilmente chiudersi il discorso anche con riferimento all'unione civile e tuttavia qualche ulteriore riflessione si rende necessaria perché l'adozione di un cognome comune non è imposta dalla legge ma frutto di libera scelta, onde il profilo della doverosità dell'uso potrebbe apparire più coerente rispetto alla decisione presa dalla coppia, considerando contraddittorio il comportamento contrario<sup>42</sup>. Ciò anche in considerazione del fatto che l'interessato può, con decisione unilaterale, richiedere (anche successivamente) di aggiungere il proprio cognome a quello dell'unione. Peraltro le conseguenze negative

---

<sup>34</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, Milano, 2014, p. 62; M. MORETTI, *Il cognome coniugale*, cit., p. 791, che ritiene però doveroso l'uso in alcuni rapporti sociali.

<sup>35</sup> Cass., 13 luglio 1961, n. 1692, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1065; Cass., 14 aprile 1970, n. 1020.

<sup>36</sup> Ne conviene anche M. PARADISO, *op. cit.*, p.155 s., pur aderendo alla tesi del dovere della moglie.

<sup>37</sup> Per un'accurata disamina delle problematica v. G. MARZO, *Il cognome della donna coniugata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 49 ss.

<sup>38</sup> V. in tal senso M. MORETTI, *Il cognome coniugale*, cit., p. 792.

<sup>39</sup> V. citaz. alla nota 35.

<sup>40</sup> Come prospettato da P. ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, II ed., Torino, 1982, III, 2, p. 66, il quale sottolinea che il non uso del cognome da parte della moglie potrebbe contrastare col dovere di preservare l'unità della famiglia.

<sup>41</sup> V. in proposito C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, cit., p. 62, nota 29. Tuttavia è proprio il presunto profilo di doverosità che ha ispirato il DDL n. 1230, presentato dalla senatrice Mussolini, volto a modificare il dettato dell'art. 143 *bis*, cc. il quale prevede la mera possibilità della moglie di aggiungere al proprio il cognome del marito.

<sup>42</sup> È da sottolineare infatti che in Germania, ove opera il principio di libera scelta anche del cognome coniugale, si ritiene che i coniugi abbiano il dovere di usare il cognome prescelto.

## JUS CIVILE



derivanti dalla violazione sarebbero comunque più limitate rispetto a quelle applicabili alla moglie in quanto – come si è accennato – la separazione personale (ed il conseguente possibile addebito) non è contemplata nel caso di crisi della coppia.

A mio avviso le ragioni esposte in precedenza per escludere la doverosità dell'uso del cognome coniugale non vengono indebolite dal fatto che la determinazione del cognome dell'unione è frutto dell'autonomia delle parti. Ove infatti tale scelta comportasse anche il sorgere di un dovere si finirebbe sostanzialmente col legittimare una rinuncia ad un diritto fondamentale della persona (quello all'identità), a meno che non si consentisse la revocabilità unilaterale della scelta, non contemplata però dalla legge (neppure mediante accordo<sup>43</sup>); ne consegue che i relativi effetti sono destinati a protrarsi per tutta la durata dell'unione, tenuto anche conto delle esigenze di interesse generale alla stabilità del nome. Ne risulterebbe inoltre in certa misura indebolita la tutela dell'unità della coppia dal punto di vista formale in quanto la doverosità dell'uso potrebbe scoraggiarne l'adozione.

Anche la legge tedesca non contempla la possibilità di rivedere la scelta operata a proposito della determinazione del cognome comune; infatti l'interessato è ammesso (e per una sola volta) solo alla revoca della decisione relativa all'aggiunta del suo cognome a quello prescelto. Peraltro neppure questa possibilità è prevista dalla legge italiana.

Della maggiore duttilità della disciplina prevista in materia all'unione civile rispetto a quella propria del matrimonio può avvantaggiarsi la coppia nel caso di mutamento di sesso di uno dei suoi membri, proprio perché, ove intenda preservare la comunione di vita, transiterà sotto una disciplina che riconosce maggiori spazi all'autonomia privata.

In prospettiva più generale occorre pertanto interrogarsi sulla opportunità di mantenere le differenze illustrate, le quali finiscono in certa misura col penalizzare la famiglia fondata sul matrimonio, in contrasto con la (maggior) tutela ad essa riservata dall'art. 29 cost.<sup>44</sup>. Per tale ragione appare quanto mai opportuno che si provveda al più presto ad uniformare le due discipline, privilegiando il modello adottato per l'unione civile, sulla falsariga di quanto sembra prospettarsi per l'attribuzione del cognome ai figli<sup>45</sup>.

Diversità che emergono anche con riferimento alle regole applicabili nel caso di scioglimento del vincolo di coppia, questa volta più sfavorevoli per l'unione civile. Il comma 10 limita infatti drasticamente nel tempo la scelta del cognome comune stabilendo che essa vale solo per il

---

<sup>43</sup> Per l'irrevocabilità della scelta del cognome si pronuncia anche G. SAVI, nel *Commento* al comma 10 della legge, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze. Guida commentata alla legge n. 76/2016* (a cura di M.A. Lupoi, C. Cecchella, V. Cianciolo, V. Mazzotta), Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 79.

<sup>44</sup> Non credo infatti possa rilevarsi in contrario che la limitazione dell'autonomia privata si fondi sull'esigenza di meglio salvaguardare l'unità della famiglia. Dubbi di costituzionalità della divergenza di disciplina vengono espressi da S. TROIANO, *op. cit.*, p. 1429 mentre la modifica dell'art. 143 *bis* non sembra in programma a giudicare dall'andamento dei lavori parlamentari in quanto nel DDL cit. alla nota successiva non se ne contempla la modifica.

<sup>45</sup> Si fa riferimento ad DDL n. 1628 in discussione al Senato e già approvato alla Camera nel 2014 il quale rimette ai genitori la scelta del cognome da attribuire ai figli (quello del padre, quello della madre o entrambi).

# JUS CIVILE



periodo di durata dell'unione<sup>46</sup>, senza prospettare la possibilità, nel caso di scioglimento per crisi, di mantenerne l'uso mediante provvedimento del giudice, nelle ipotesi in cui la perdita comporti un grave pregiudizio<sup>47</sup> (come consentito nel caso di divorzio). Tuttavia è da escludere che tale diritto possa venir negato, secondo le regole generali sullo pseudonimo, ove il cognome dell'unione sia divenuto segno distintivo della persona, nell'ambito dell'attività professionale o lavorativa ove questa non ne fosse originariamente titolare<sup>48</sup>.

La genericità e perentorietà della regola sembrerebbe operare anche nel caso di scioglimento per morte, onde la persona rimasta vedova perderebbe il diritto di usare il nome dell'unione, anche se non ne ha concluso una nuova o celebrato matrimonio<sup>49</sup>. La soluzione non persuade in quanto sia sotto il profilo giuridico sia nella valutazione sociale la morte, nella sua fatalità, non recide il legame spirituale ed affettivo cioè la comunione di coppia, basti pensare ai differenti effetti previsti dalla legge in ambito successorio o nel godimento della casa familiare, rispettivamente, nel caso di scioglimento per crisi o per morte sia per la coppia coniugata sia per quella legata da unione civile. Sembra dunque doveroso, mediante interpretazione correttiva, diversificare gli effetti dello scioglimento, anche riguardo al cognome, riconoscendo alla persona sopravvissuta il diritto di mantenerne l'uso<sup>50</sup>.

La soluzione contraria potrebbe giustificarsi solo con l'esigenza di diversificare il trattamento del superstite al fine di rendere più labile la tutela dell'unione civile<sup>51</sup> secondo una concezione, a mia avviso non condivisibile, alla luce della quale la valorizzazione del vincolo matrimoniale si perseguirebbe indebolendo gli effetti prodotti per le altre forme di unione riconosciute dall'ordinamento<sup>52</sup>. Mi sembra invece che privilegiare, anche in via interpretativa, soluzioni che

---

<sup>46</sup> L'ordinamento tedesco adotta, invece, una soluzione omogenea, stabilendo che né il divorzio (§1357 abs. 5 BGB) né lo scioglimento dell'unione civile (§ 3 LPartG) fanno venire meno la scelta del cognome comune.

<sup>47</sup> Diversamente, R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, p. 18. Per l'incostituzionalità, derivante da contrarietà all'art. 2 cost., di una perdita incondizionata del diritto si pronuncia A. AMBROSI, *Unioni civili e costituzione*, cit., p. 1685. Altra soluzione è adottata, ad esempio, dalla LUD svizzera prevede che il *partner* mantenga l'uso del cognome acquisito con l'unione fatta salva la sua richiesta di riprendere quello originario.

<sup>48</sup> Ad analoga conclusione perviene M.N. BUGETTI, *op. cit.* p. 915, ma mediante un percorso argomentativo differente. L'A. rileva anche la possibilità che la conservazione del cognome risponda all'interesse del figlio generato dalla donna con altro uomo quando era unita civilmente e da lei riconosciuto utilizzando il cognome dell'unione stessa.

<sup>49</sup> Il testo licenziato in commissione prevedeva invece opportunamente la soluzione opposta.

<sup>50</sup> Secondo M.N. BUGETTI, *op. cit.*, p. 914, il problema della diversità di disciplina andrebbe risolto mediante pronuncia di incostituzionalità.

<sup>51</sup> Prospettiva seguita da M. BIANCA, *op. cit.*, p. 5, la quale ritiene, pertanto, che il cognome viene meno anche in questa ipotesi. Nel senso del testo v. invece E. QUADRI, *op. cit.*, p. 1698, il quale concorda con l'esigenze di procedere ad una interpretazione adeguatrice o, in subordine, ad un intervento della Corte costituzionale.

<sup>52</sup> Questa è probabilmente l'idea che ha consentito di superare i rischi legati all'insorgenza di conflitti di vedute all'interno della maggioranza; basti pensare che la soluzione adottata nel testo definitivo è frutto di una modifica dell'ultima ora ed introdotta con il c.d. maxiemendamento. Per un'accurata disamina e valutazione delle ragioni che hanno portato all'approvazione del testo vigente si rinvia a B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, p. 99 ss.

# JUS CIVILE



promuovono l'unità e stabilità della coppia<sup>53</sup> ed il suo senso di appartenenza non entri in conflitto con altri interessi meritevoli di tutela. Tale non mi sembra, nel caso specifico, il possibile interesse di altri congiunti a che venga impedito al contraente superstite l'uso del cognome che contraddistingueva l'unione.

Se così non fosse appare legittimo quantomeno dubitare che la disciplina sull'unione civile rivesta, sotto tale aspetto, le caratteristiche richieste dalle Corti (Costituzionale ed EDU) per tutelare adeguatamente "la condizione di coppia" del medesimo sesso (v. § 1).

3. – Numerose sono le differenze che contraddistinguono le unioni a confronto e gli istituti che le originano, per lo più per una scelta mirata da parte del legislatore storico. La positiva conclusione dell'*iter* legislativo è stata infatti fortemente condizionata, come è noto, dall'imprescindibile esigenza, per la maggioranza parlamentare che ne ha reso possibile l'approvazione, di operare una chiara diversificazione tra famiglia fondata sul matrimonio ed unione civile<sup>54</sup>. Alcune di tali differenze riguardano il profilo sistematico, altre rivestono carattere sostanziale, altre ancora lessicale (salvo poi a verificare, con riferimento a queste ultime, se si traducano anche in diversità di sostanza<sup>55</sup>).

A titolo esemplificativo, e limitatamente alle più significative, sono da annoverare, tra le prime, la previsione di istituti distinti per la loro costituzione, la collocazione della disciplina dell'unioni civili al di fuori del codice civile (e l'inapplicabilità delle norme ivi contenute, riguardanti il matrimonio o i coniugi, se non espressamente richiamate: v. comma 20 della legge)<sup>56</sup>, la costituzione di un apposito registro per adempiere alla richiesta pubblicità. Tra le seconde (le più numerose) la rilevanza del sesso dei componenti la coppia, la scarna dichiarazione ai fini della formazione del rapporto<sup>57</sup>, la mancanza di un *iter* pubblicitario precedente alla co-

---

<sup>53</sup> Interesse che secondo R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1391 ss., sarebbe più debole rispetto a quello alla stabilità dell'unione matrimoniale nella quale è in gioco anche l'interesse dei figli. Ma l'affermazione – espressa al fine di giustificare la presunta mancanza del dovere di fedeltà riguardo alla coppia legata da unione civile – non mi sembra per nulla persuasiva (come si cercherà di chiarire in quel contesto: v. commento al comma 11) sia perché la rilevanza di un valore non si determina sulla base del numero di soggetti interessati sia perché l'esigenza di stabilità del rapporto familiare non è maggiormente garantita dall'ordinamento a seconda che la coppia abbia o meno figli.

<sup>54</sup> La scelta di non introdurre una disciplina corrispondente alle pubblicazioni delle nozze o alla promessa di matrimonio potrebbe forse ricollegarsi al carattere obsoleto degli istituti.

<sup>55</sup> Lo esclude decisamente G. CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in AA. VV., *Unioni civili e convivenze*, Pisa, 2016, p. 65

<sup>56</sup> Rimanendo comunque impregiudicata la possibilità di una loro applicazione per analogia, verificata la somiglianza della fattispecie non disciplinata: v. in tal senso tra gli altri, P. Zatti, *Introduzione al convegno*, cit., p. 1665; V. BARBA, *op. loc. cit.* Per l'applicabilità diretta si pronunzia invece E. QUADRI, *op. cit.*, p. 1690, in considerazione della sostanziale qualità coniugale del rapporto che scaturisce dall'unione civile.

<sup>57</sup> Alla quale occorre applicare, pur nel silenzio normativo, dovuto ad una svista, la regola di inapplicabilità di termini o condizioni prevista per il matrimonio: E. QUADRI, *op. cit.*, p. 1692.

## JUS CIVILE



stituzione e di un compiuto regime delle opposizioni<sup>58</sup>, di una disciplina sulla filiazione e la responsabilità genitoriale, la (dubbia) esclusione dall'adozione anche limitatamente al figlio dell'altro componente l'unione<sup>59</sup>, l'inammissibilità della separazione personale nel caso di crisi della coppia (oltre a quelle, già ricordate, che riguardano il cognome, la costituzione del rapporto di affinità, la mancanza di una disciplina sulla prova)<sup>60</sup>. Sul piano lessicale mentre la Costituzione "riconosce" i diritti della famiglia fondata sul matrimonio, la legge in esame "istituisce" l'unione civile ed evita accuratamente di utilizzare il termine "famiglia" nel riferirsi alla coppia (con un'unica eccezione riscontrabile nel comma 12) anzi, mediante inusitata precisazione<sup>61</sup>, definisce quest'ultima "formazione sociale" ai sensi degli artt. 2 e 3 cost.; manca nel testo di legge un termine specifico che ne identifichi i componenti (si ricorre alla più generica espressione "parte", "parti"), ugualmente generale è il termine usato per indicare l'atto che origina l'unione ("costituzione" a fronte di "celebrazione" del matrimonio).

Uno dei punti più significativi di divergenza tra unione civile e matrimonio (salvo a vedere se essa rivesta carattere sostanziale o solo formale) è rappresentato proprio dai diritti e doveri che ne derivano. Infatti, la legge non menziona i doveri di fedeltà e collaborazione, contenuti invece nel testo licenziato in commissione e soppressi solo all'ultimo momento<sup>62</sup>, onde occorre stabilire la rilevanza della modifica introdotta<sup>63</sup>. Non previsto è anche l'intervento del giudice al

---

<sup>58</sup> L'art. 70 *undecies* del DPR 396/2000 introdotto dal d.lgs. 5/2017 stabilisce infatti al 1° comma che «L'ufficiale dello stato civile, se conosce che osta alla costituzione dell'unione civile un impedimento che non è stato dichiarato, deve immediatamente informare il procuratore della Repubblica, affinché questi possa proporre opposizione alla costituzione dell'unione civile». Mentre il 4° comma precisa che «Se l'opposizione è stata proposta da chi ne ha facoltà, per causa ammessa dalla legge, il presidente del tribunale può, con proprio decreto, ove ne sussista la opportunità, sospendere la costituzione dell'unione civile sino a che sia stata rimossa la opposizione». Nulla è stabilito riguardo alla legittimazione di altri soggetti di fare opposizione.

<sup>59</sup> Soluzione peraltro contraddetta dalla giurisprudenza. Per un'ampia disamina di questa problematica e delle altre connesse al rapporto di filiazione nell'ambito delle unioni civili si rinvia a L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1707 ss.

<sup>60</sup> In realtà le differenze sono molto più numerose ma l'economia della trattazione non ne consente neppure una menzione

<sup>61</sup> Si esprime criticamente riguardo a questa precisazione L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1781, rilevando, opportunamente, che il legislatore ha in realtà "invaso" il campo di competenza dell'interprete.

<sup>62</sup> L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 1783, parla di vicenda opaca.

<sup>63</sup> Una menzione particolare merita la posizione assunta da A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate?*, (nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016), in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2016, il quale, premesso (a p. 253) che «un'autentica frode alla Costituzione si consuma laddove dovessero riconoscersi i medesimi diritti e doveri ai componenti di formazioni sociali di cui, in partenza, si ammetta la diversa natura giuridica, tanto da riservarsi ad esse nomi parimenti diversi, facendosene tuttavia a conti fatti, oggetto di una non dissimile regolazione», riguardo all'esclusione del dovere di fedeltà così si esprime (p. 259): «mi sfugge la *ratio* per la quale nella legge non se ne fa menzione, tanto più che dell'assistenza morale (e materiale) risultano gravati – come si è rammentato – tanto gli "uniti" quanto gli stessi conviventi. E francamente non si vede su quali fundamenta sostanziali (o, meglio, etico-sostanziali) possa poggiare l'assistenza stessa laddove faccia (o possa fare) difetto l'obbligo di mutua fedeltà di coloro che compongono tutte tali formazioni sociali. In via di mera ipotesi, non escludo dunque che, laddove specificamente chiamato a pronunciarsi sul punto, il giudi-



fine di contribuire alla risoluzione del contrasto tra i coniugi riguardo alla determinazione dell'indirizzo di vita e delle altre decisioni familiari.

Tre sono le posizioni assunte dai primi commentatori riguardo al silenzio sui doveri suddetti: secondo alcuni l'omissione è irrilevante in quanto la loro vigenza può desumersi comunque, mediante interpretazione sistematica, dal complesso delle norme e dalle finalità dell'istituto (disciplinare il rapporto affettivo di coppia)<sup>64</sup>; secondo altri, invece, le parti non sarebbero vincolate alla loro osservanza<sup>65</sup>. Di segno opposto sono poi le ragioni a fondamento della scelta. Secondo una corrente di pensiero<sup>66</sup> essa è da inquadrarsi nell'obiettivo del legislatore di diversificare l'unione civile dal matrimonio – anche per l'assenza nella prima della dimensione comunitaria derivante dalla possibilità di generare figli<sup>67</sup> – rendendo il vincolo derivante dall'unione civile più fragile e meno impegnativo, quasi adombrando l'indifferenza per il suo naufragio; e, più specificamente riguardo alla mancanza del dovere di fedeltà, in quanto non si pone l'esigenza di salvaguardare la generazione all'interno della coppia ed anzi si intenderebbe sotta-

---

ce delle leggi possa far luogo ad una pronunzia additiva, al fine di ripristinare la necessaria coerenza tra la prescritta assistenza e la omessa fedeltà».

<sup>64</sup> E. QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, p. 897; P. ZATTI, introduzione al convegno, cit., p. 1664, il quale osserva che collaborazione e fedeltà sono riconducibili al più generale dovere di assistenza; R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, cit., p. 13 ss.; G. CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 66 ss.; G. FERRANDO, *Conclusioni*, cit., p. 1777; C. CICERO, Non amor sed consensus matrimonium facit? *Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, in *Dir. fam.*, 2017, p. 1095 ss. il quale osserva che «È inconfigurabile la famiglia composta da *partners* volontariamente "infedeli", se alla fedeltà si attribuisce il corretto contenuto, di lealtà al progetto familiare»; C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, p. 338; L. OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 213 ss.

<sup>65</sup> Tra questi (citati nelle norme successive), è da annoverare anche chi esprime giudizio negativo sulla scelta legislativa come F. DELL'ANNA MISURALE, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, in *Giustizia civile.com*, 2016; C. SAVI, *Commento al comma 11 della legge*, in *Unioni civili e convivenze*, cit., p. 82 ss. il quale ritiene la scelta legislativa non in linea con i valori costituzionali e tale da non giustificare i diritti di natura economica a favore di chi contrae un legame affettivo così evanescente; G. IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità. Gli obblighi dei contraenti. Il regime patrimoniale. Lo scioglimento dell'unione civile*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto l. 20 maggio 2016, n. 76*, (a cura di M. Gorgoni), Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 90 ss., il quale sottolinea la disparità di trattamento riservata ai componenti dell'unione civile e auspica un intervento della Corte costituzionale o del legislatore.

<sup>66</sup> M. BIANCA, *op. cit.*, p. 8 sottolinea che il mancato richiamo al dovere di fedeltà non è frutto di dimenticanza ma di scelta rientrante nella discrezionalità del legislatore. Analogamente G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 125 s. osserva che «si tratta di null'altro se non dell'inevitabile e logico corollario della scelta di negare qualsivoglia rilevanza giuridica all'esistenza (o inesistenza) di un legame affettivo stabile fra le parti dell'unione civile nonché della scelta di non contemplare la costituzione ed il mantenimento di una comunione di vita (materiale e spirituale) quale elemento costitutivo essenziale e fondante della fattispecie».

<sup>67</sup> Questa è l'idea di R. FADDA, *op. cit.*, p. 1392 ss., sul presupposto che il dovere di collaborazione sarebbe funzionalizzato al soddisfacimento dei bisogni del gruppo ed anche il dovere di fedeltà sarebbe volto «a garantire la stabilità della vita comune, tenuto conto della finalità procreativa del matrimonio e assente nelle unioni». Motivazioni per nulla convincenti anche per quanto si dirà nei paragrafi successivi. Deve ribadirsi infatti che l'esigenza di stabilità è un valore presente anche nella vita di coppia unita civilmente ed il rispetto della fedeltà, in quanto facilita il raggiungimento di tale obiettivo, non deve considerarsi funzionalizzato solo alla tutela degli interessi dei figli, i quali peraltro potrebbero anche essere presenti nell'unione civile.



cere o quantomeno svalutare il profilo della relazione sessuale<sup>68</sup>. Secondo altri, invece, l'opzione normativa di non porre la fedeltà tra i doveri della coppia rappresenterebbe una svolta dell'ordinamento, tendente a rimetterne l'osservanza ad una scelta di libertà<sup>69</sup>, che potrebbe preludere alla sua soppressione anche nel rapporto coniugale<sup>70</sup>. Una terza posizione individua nell'accordo sull'indirizzo di vita lo strumento per introdurre i doveri non menzionati, rendendoli solo in tal caso vincolanti<sup>71</sup>.

La tesi che configura l'esistenza di entrambi i doveri mi sembra più persuasiva per le ragioni che si diranno più diffusamente in seguito esaminandone i contenuti. È opportuno sin d'ora osservare che ciascuno dei componenti della coppia può pretendere l'osservanza dei comportamenti funzionali alla realizzazione delle finalità dell'unione, volti cioè a porre in essere una comunione di vita fondata sugli affetti e sulla solidarietà<sup>72</sup>. Le puntualizzazioni contenute nella legge (costituite dall'indicazione dei doveri della coppia) tendono dunque ad indirizzare l'attività dell'interprete, non a limitarla o condizionarla ed infatti la dottrina ammette l'esistenza anche di doveri c.d. "impliciti" i quali si affiancano a quelli espressamente menzionati dalla legge<sup>73</sup> ove un certo comportamento non appare riconducibile ad uno dei doveri menzionati. All'elasticità delle formule sono da ricondurre anche le diverse soluzioni volte a stabilire sotto quale, tra i doveri normativamente previsti, debba rientrare un determinato comportamento<sup>74</sup>, problema peraltro di importanza limitata nella misura in cui coincidano le misure di protezione nel caso di violazione<sup>75</sup>.

---

<sup>68</sup> M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile*, cit., p. 887.

<sup>69</sup> G. FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 899: «le relazioni sessuali tra i partner escono dalla sfera di controllo da parte del diritto e vengono consegnate (...) per intero alla sfera privata. In altri termini il diritto fa un passo indietro, si arresta, per così dire, sulla soglia della camera da letto».

<sup>70</sup> Il riferimento è al DDL 2253 del 2016, presentato in Senato da Cantini ed altri che, in un articolo unico, ne prevede l'eliminazione dall'art. 143. Nella relazione illustrativa si motiva l'iniziativa con la ragione che secondo la giurisprudenza la violazione della fedeltà non è di per sé sufficiente a ottenere l'addebito della separazione e in quanto lo stato di figlio è stato ormai unificato dalla legge. Motivazioni entrambe che nulla hanno a che vedere col fondamento del divieto. Altresì discutibile è l'affermazione secondo la quale la fedeltà, non più da intendersi come rispetto della esclusività sessuale, ma nel significato più ampio di lealtà, fiducia, rispetto verso l'altro, non possa essere imposta dallo Stato. In senso critico sulla soppressione del dovere di fedeltà tra gli sposi, v. da ultimo G. IORIO, *op. cit.*, p. 91.

<sup>71</sup> G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze*, Milano, 2016, p. 49; A. FASANO-G.E. GASANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle unioni civili*, Milano, 2016, p. 66 s.

<sup>72</sup> Sottolinea, in maniera condivisibile, l'inseparabilità dei doveri della coppia, G. CASABURI, *op. cit.*, p. 69. Ma in senso contrario G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, *passim*.

<sup>73</sup> Per una compiuta riflessione sull'argomento si rinvia a P. ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, cit., p. 11 ss.

<sup>74</sup> Emblematica al riguardo è la discussione sviluppatasi, soprattutto nel passato, con riferimento al c.d. "debito coniugale" riconducibile secondo alcuni sotto il dovere di fedeltà, secondo altri sotto quello di assistenza e per altri ancora nell'ambito del dovere di coabitazione. Solo di recente si è posta infatti in discussione la configurabilità di un dovere siffatto o piuttosto di un comportamento che non potrebbe essere preteso da un coniuge ma rimesso alla concorde decisione di entrambi.

<sup>75</sup> Ciò che non si verifica, ad esempio nel caso di ingiustificato abbandono della casa coniugale in seguito al quale rimane sospeso il diritto all'assistenza morale e materiale nei confronti del coniuge responsabile, misura non prevista per la violazione di altri doveri.

## JUS CIVILE



In tale direzione si muove anche il BGB (§ 1353) il quale si rimette in maniera ancor più ampia all'opera dell'interprete stabilendo che “i coniugi sono obbligati fra loro alla comunione di vita coniugale” senza andare oltre<sup>76</sup>. Significativa è anche la vicenda relativa all'introduzione nel nostro ordinamento del dovere di collaborazione, da parte della riforma del 1975, i cui contenuti erano considerati già presenti nella disciplina del 1942 in quanto riconducibili ad altri doveri espressamente menzionati, onde il testo normativo si sarebbe limitato a mettere in maggior rilievo profili già colti dagli interpreti. Per tali ragioni potrebbe anche accadere (almeno in via di ipotesi) che il silenzio normativo non comporti necessariamente irrilevanza dei doveri non menzionati a proposito delle unioni civili ove possano comunque annoverarsi fra quelli impliciti, perché i relativi comportamenti sono connaturati al perseguimento della comunione di vita o siano riconducibili fra i doveri già menzionati.

Non decisive mi sembrano le argomentazioni che fondano la presunta irrilevanza dei doveri di fedeltà e collaborazione sul mancato richiamo da parte della legge: non quella che invoca l'intento del legislatore storico perché occorrerebbe che esso poi trovasse riscontro nel complesso e nelle finalità della normativa<sup>77</sup>; ancor meno se l'intento fosse quello di indebolire l'unione civile, favorendo in qualche modo l'instabilità della coppia per le ragioni esposte in precedenza. La prospettazione di un impianto di doveri meno impegnativo rispetto a quello del matrimonio (se non intervenisse rapidamente una modifica) potrebbe persino porre dubbi di costituzionalità per contrarietà agli artt. 3 e 29, tenuto conto che i diritti riconosciuti ai membri dell'unione civile sono molto simili a quelli derivanti dal matrimonio<sup>78</sup>. Non decisivo è anche l'argomento che fa riferimento, riguardo al dovere di fedeltà, allo scopo precipuo di assicurare certezza della generazione, non essendo possibile ai membri all'unione civile generare né naturalmente né mediante ricorso PMA, essendo quest'ultima preclusa dal nostro ordinamento alle coppie del medesimo sesso, perché la mancanza di questa esigenza non esclude che possano esservi “ragioni di coppia” che ne giustifichino il fondamento.

Non persuasiva è anche la tesi opposta che rimette alla libertà della coppia il rispetto della fedeltà (la quale peraltro non si limita ai profili sessuali) ove essa risultasse essenziale al perseguimento della comunione della vita di coppia, fondata sulla solidarietà e sull'affetto, e su un rapporto di carattere monogamico.

---

<sup>76</sup> Analogamente di “organizzazione della vita in comune” parla il § 2 della LPartG tedesca (oltre che di assistenza, sostegno e mantenimento).

<sup>77</sup> Le quali possono evincersi sia dalle ragioni storiche che hanno indotto il legislatore ad intervenire, sia dagli altri doveri e dalle regole sul governo dell'unione, menzionati dalla legge (sufficientemente significativi per individuare nell'attuazione della comunione di vita la finalità della stessa) e non ultime dalle disposizioni riguardanti il cognome della coppia e degli effetti patrimoniali le quali possono giustificarsi e trovare fondamento proprio in una prospettiva comunitaria dell'unione. Da non sottovalutare è anche il rinvio contenuto nel comma 5 all'art. 123 cc. il quale stabilisce che la simulazione non può essere fatta valere se i contraenti abbiano convissuto (come coniugi) successivamente alla celebrazione. Ove così non fosse occorrerebbe concludere, a mio parere, che il legislatore ha eluso quanto richiesto dalla Corte Costituzionale e dalla CEDU perché la vita di coppia risulterebbe gravemente compromessa.

<sup>78</sup> Il rilievo è di R. PACIA, *op. cit.*, p. 198.



4. – Non è verosimilmente un caso se la fedeltà viene menzionata dall'art. 143 cc. al primo posto fra i doveri al cui rispetto sono tenuti i coniugi<sup>79</sup>, in quanto strettamente funzionalizzato all'attuazione della comunione di vita; esso permette, unitamente all'assistenza, di cogliere l'aspetto forse più importante del matrimonio e, più in generale, del rapporto affettivo di coppia<sup>80</sup>: realizzare un progetto di vita in comune di carattere esclusivo<sup>81</sup>, il quale presenta particolari connotati non riconducibili ad altri rapporti personali anche di carattere familiare; basti pensare al legame che unisce genitore e figlio certamente importante, ma che non dà vita ad una "relazione di coppia". Si potrebbe aggiungere che altri doveri verrebbero depotenziati dalla mancanza del primo (in particolare il dovere di assistenza morale).

La definizione che oggi incontra maggiori consensi rappresenta l'approdo al quale sono pervenuti gli interpreti dopo lunga riflessione sviluppatasi, con l'apporto di numerosi ed importanti contributi, in un ampio arco temporale. Come è noto, secondo la concezione più risalente, la fedeltà si esauriva nel rispetto dell'esclusività sessuale, nel non commettere adulterio, esigendone poi un rispetto più rigido dalla donna di quanto non richiesto al marito<sup>82</sup>. Con l'avvento delle pratiche di fecondazione assistita la fedeltà esige anche l'astenersi da quei comportamenti, decisi unilateralmente, i quali possono portare alla generazione di un figlio che non sia anche dell'altro (donazione dei gameti, maternità surrogata) ed inoltre – in prospettiva più ampia – dalle iniziative, non concordate, che ostacolano la generazione stessa (sterilizzazione, aborto)<sup>83</sup>.

Al dovere di astenersi dai rapporti sessuali con altri<sup>84</sup> si aggiunge, secondo alcuni, anche un profilo positivo, in virtù del quale il coniuge non può immotivatamente negarsi all'altro sotto il profilo sessuale<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> Mentre l'art. 143 del cc. del '42 poneva, invece, in primo piano la coabitazione.

<sup>80</sup> In questo senso, con riferimento al matrimonio, anche F. SANTORO PASSARELLI, in *Comm. al dir. it. della famiglia*, diretto da G. CIAN-G. OPPO-A TRABUCCHI, Padova, 1992, II, p. 507; F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1983, I, 2, p. 517, il quale osserva che «questo legame spirituale costituisce il punto centrale e permanente dell'impegno e della vicendevole donazione matrimoniale. Il principio dell'esclusività (...) oltre ad essere conforme alla natura stessa dell'amore e costituire l'anima della società coniugale, è in fondo alla base anche del principio giuridico della libertà di stato». Ma v. anche l'affermazione contraria di P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 30 il quale esclude che le norme offrano lo spunto per individuare, tra i doveri, uno di maggiore rilevanza.

<sup>81</sup> Sussiste dunque una stretta relazione fra esclusività ed unità di coppia. Ma diversamente R. TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in AA.VV., *Famiglia e matrimonio*, a cura di T. Auletta, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2010, p. 436, secondo il quale «l'obbligo di fedeltà sessuale o genitale non rappresenta una *condicio sine qua non* dell'istituto matrimoniale».

<sup>82</sup> Infatti l'adulterio del marito rilevava, ai fini della separazione, solo se posto in essere con modalità tali da costituire ingiuria grave verso la moglie (art. 151, 2° comma cc.). L'adulterio della donna veniva, invece, considerato più grave perché crea il rischio di introdurre nella famiglia figli generati da persona diversa dal marito ed a causa di un giudizio sociale, almeno nel passato, più severo: F. DEGNI, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1943, p. 236.

<sup>83</sup> M. PARADISO, *op. cit.*, p. 63 s.

<sup>84</sup> Compresi quelli con persone del medesimo sesso: Cass., 25 marzo 2009, n. 7027, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 563, con nota di A. PLAIA.

<sup>85</sup> Il c.d. *ius in corpus* o diritto alla disponibilità del corpo dell'altro il cui significato è andato comunque stemperandosi nel tempo: ad es., A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, cit., p. 268, parlano di obbligo di aderire ai desideri sessuali di un coniuge.



Pur nell'ottica dell'astensione, la prospettiva è suscettibile di ulteriore ampliamento, tenuto conto che sull'unità della coppia può incidere negativamente anche una relazione meramente sentimentale<sup>86</sup> con altra persona che, quantunque non caratterizzata da rapporti sessuali, assuma connotati e intensità tali da comportare «dedizione spirituale e affettiva»<sup>87</sup>, cioè un coinvolgimento, anche solo a livello sentimentale, da riservare invece, secondo l'ordinamento, esclusivamente «al compagno o alla compagna di vita»<sup>88</sup>, diversificandolo da quello che contraddistingue la mera amicizia<sup>89</sup>. In certa misura potrebbero rilevare, al fine di integrare la violazione, anche la mera apparenza della relazione<sup>90</sup> e non solo perché si profila il rischio di ledere l'integrità morale dell'altro (la dignità)<sup>91</sup> ma in quanto, nei casi meno gravi, potrebbero comunque ingenerarsi sospetti (eventualmente anche nei terzi) che rischierebbero di pregiudicare la normale armonia e coesione della coppia. La fedeltà richiede pertanto che ciascuno si comporti lealmente<sup>92</sup> verso l'altro, al fine di «non tradire la fiducia in lui riposta»<sup>93</sup> preservando unità, stabilità<sup>94</sup> ed esclusività del rapporto stesso; in presenza di figli tale valore è funzionale anche alla realizzazione dei loro interessi<sup>95</sup>.

Maggiori dubbi solleva invece il richiamo ora alla lealtà<sup>96</sup>, per ricondurre in positivo al do-

---

<sup>86</sup> A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, cit., p. 418 s. Cass., 12 aprile 2013, n. 8929, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 142, con nota di G. CORAZZA, la quale ha escluso il ricorrere degli estremi in quanto da meri contatti telefonici e via internet non era possibile stabilire l'esistenza di un coinvolgimento, anche solo sentimentale, della persona coniugata tale da dare vita ad una relazione extraconiugale; Trib. Perugia, 3 ottobre 1992, in *Rass. giur. umbra*, 1993, p. 279, con nota di G. ZUDDAS.

<sup>87</sup> Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2037; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059, *ivi*, c. 2434; Cass., 11 agosto 2011, n. 17193, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 777. Di dedizione reciproca già parlava F. DEGNI, *op. cit.*, p. 226 e, più di recente, F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 507; P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 38 o devozione (da ultimo E. QUADRI, *Unioni civili*, cit., p. 1696).

<sup>88</sup> A.C. JEMOLO, *op. cit.*, p. 163.

<sup>89</sup> G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 164 s.

<sup>90</sup> V. in proposito G. CORAZZA, *Adulterio platonico e addebitabilità della separazione*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 144 ss.; F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando-M. Fortino-F. Ruscello, II ed., Milano, 2011, p. 1031. Ed in giurisprudenza, Cass., 13 luglio 1998, n. 6434, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1018; Cass., 14 aprile 1994, n. 3511; Trib. Perugia, 3 ottobre 1992, cit.; Cass., 3 gennaio 1991, n. 25, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1135; Cass., 4 ottobre 1982, n. 5080.

<sup>91</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 59. Alla violazione della dignità si riferisce anche la giurisprudenza, cit. alla nota precedente.

<sup>92</sup> Valore che assume ampi significati nella ricostruzione compiuta da P. ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio cit.*, p. 36 secondo il quale la fedeltà costituisce limite alla ricerca di un itinerario personale di vita imposto dalla *specificità esclusiva* del legame coniugale, con possibile sacrificio di alcune scelte personali. L'idea è ripresa successivamente da F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, cit., p. 1028 ss. e quasi letteralmente da Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 10 con nota di A. MORA; Cass., 11 giugno 2008, n. 15557.

<sup>93</sup> G. FURGIUELE, *op. loc. cit.*

<sup>94</sup> Valori che non vengono meno per il fatto che l'ordinamento consenta di sciogliere il vincolo di coppia a prescindere dalla morte.

<sup>95</sup> Ben lo sottolinea M. PARADISO, *op. cit.*, p. 62 ss.

<sup>96</sup> R. TOMMASINI, in *Commentario del cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, cit., p. 425 ss.

## JUS CIVILE



vere in esame anche l'obbligo di informare e di rendere partecipe l'altro coniuge delle vicende della propria vita (o in negativo di non diffondere notizie riservate<sup>97</sup>) il quale attiene piuttosto alla "qualità" e non all'esclusività del rapporto di coppia o alla generazione e va ricondotto più propriamente, a mio avviso, al dovere di assistenza morale (v. § successivo), ora alla fedeltà alla scelta familiare<sup>98</sup>, in quanto la violazione coinvolgerebbe anche l'interesse dei figli alla conservazione dell'unità familiare, che potrebbe portare, però, pericolosamente a legittimarne pretese risarcitorie.

La ricostruzione in senso ampio del dovere di fedeltà, ma con le precisazioni indicate, è quella ormai opportunamente privilegiata dagli interpreti, in quanto consente di cogliere in tutti i suoi aspetti l'esclusività del rapporto di coppia – riconducibile al suo carattere monogamico giuridicamente consolidato e socialmente condiviso – la quale ricomprende sia i profili legati alla sessualità e alla generazione sia quelli meramente sentimentali ed affettivi; il fermo ed immotivato rifiuto di intrattenere rapporti sessuali deve, invece, inquadrarsi nella violazione del dovere di assistenza (v. § successivo).

È possibile a questo punto precisare le ragioni in virtù delle quali, nonostante il silenzio normativo, la fedeltà, nell'accezione indicata, costituisce un dovere anche per la coppia legata da unione civile (salvo a ritenere, ma non se ne vedono le ragioni, che la sessualità debba rimanere estranea al rapporto di coppia omosessuale<sup>99</sup>). Se la medesima contraddistingue il rapporto affettivo ed è funzionale al perseguimento dei valori di unità e stabilità della coppia che ha assunto l'impegno, giuridicamente vincolante, di condurre un'esistenza in comunione di vita esclusiva, tale finalità e detti valori possono riscontrarsi anche nell'unione civile e non solo nel matrimonio<sup>100</sup>. Ne risulterebbe altrimenti compromessa (contraddittoriamente) la stessa finalità dell'unione<sup>101</sup>. Peraltro, la rilevanza del valore dell'unità può desumersi da numerosi riferimenti normativi: dalla regola sul cognome dell'unione, dal dovere di coabitazione e contribuzione ai bisogni comuni, dal rinvio allo strumento dell'accordo nell'assunzione delle decisioni più rilevanti, dal complesso della disciplina relativa ai rapporti patrimoniali. Scarsamente significativo mi sembra, nel contempo, il mancato rinvio alla disciplina alla risoluzione del disaccordo mediante intervento del giudice (art. 145 cc.) data la mancanza di riscontro nella pratica (v. § 7)<sup>102</sup>.

Anche il valore della stabilità di coppia non può dirsi del tutto assente nella disciplina delle

---

<sup>97</sup> F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1030.

<sup>98</sup> M. PARADISO, *op. cit.*, p. 67; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, II ed., Padova, p. 124 s.

<sup>99</sup> Uno spunto in tal senso potrebbe essere costituito dalla mancata previsione della inconsumazione quale causa autonoma di scioglimento dell'unione ma mi sembrano prevalenti i profili relativi alla finalità dell'istituto per giustificare la rilevanza dei rapporti sessuali. Il silenzio della legge al riguardo potrebbe piuttosto giustificarsi con una visione vetero-moralistica del legislatore storico, in contrasto con la realtà sociale alla quale va attribuita alcuna rilevanza.

<sup>100</sup> Per il collegamento fra dovere di fedeltà e formazione sociale caratterizzata dalla finalità di realizzare una comunione spirituale e materiale dei suoi componenti v. F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1029.

<sup>101</sup> Nello stesso senso G. CASABURI, *op. cit.*, p. 70.

<sup>102</sup> In senso conforme, E. QUADRI, *op. ult. cit.*, p. 1696. Ma diversamente, v. G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 130.

## JUS CIVILE



unioni civili, quantunque garantito in maniera più blanda rispetto a quanto accade per il matrimonio, non essendo contemplato l'istituto della separazione e risultando estremamente brevi i tempi di attesa per presentare domanda (seguendo le procedure previste per il divorzio) di scioglimento del vincolo (tre mesi dalla presentazione della richiesta dinanzi all'ufficiale di stato civile). Resta pur sempre il fatto che è necessario intraprendere, a tale fine, un formale percorso secondo le regole poste dall'ordinamento e che permane comunque un dovere di solidarietà sul piano economico dopo lo scioglimento del rapporto. Meno significativa mi sembra, invece, l'ammissibilità di una richiesta unilaterale di scioglimento prevista per l'unione, la quale è in realtà contemplata anche per lo scioglimento del matrimonio (sia pure trascorsi tempi più lunghi di separazione<sup>103</sup>) e che il coniuge eventualmente dissenziente non può impedire.

Se dunque i valori di unità e stabilità della coppia sono presenti anche nell'unione civile e l'istituto è volto a garantire alle persone del medesimo sesso il diritto di dare vita ad un legame non dissimile da quello matrimoniale per non perpetrarne la discriminazione, il rispetto della fedeltà è da considerarsi, a mio avviso, comunque vincolante, quale dovere implicito (o non espressamente menzionato)<sup>104</sup>, onde il suo mancato rispetto potrebbe dar luogo alle, pur limitate, sanzioni previste per la violazione degli altri doveri di coppia (incidere in negativo sulla prestazione del mantenimento, spettante al responsabile della violazione in virtù della sua situazione economica deteriorata, nel caso di scioglimento dell'unione, risarcimento del danno nel caso di grave lesione di un diritto fondamentale della persona)<sup>105</sup>.

La (possibile) mancanza della prole non ne sminuisce pertanto la rilevanza, anche se un interesse siffatto può certamente prospettarsi nel caso della trasformazione del matrimonio in unione civile in seguito al mutamento di sesso ove sia stata generata prole; se vi è stato riconoscimento in Italia di un'adozione avvenuta all'estero (ancor più se prevalesse l'interpretazione circa l'ammissibilità dell'adozione interna) ed anche quando l'unione assume i connotati della "famiglia ricomposta", in quanto nella medesima sono stati inseriti figli nati da una precedente unione.

---

<sup>103</sup> *Contra*, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 135 ss., il quale ritiene che la grande facilità con cui si può ottenere lo scioglimento anche unilaterale dell'unione stia a testimoniare la scarsa considerazione attribuita dal legislatore alla stabilità dell'unione civile, testimoniata anche dal fatto che la richiesta potrebbe avanzarsi persino in mancanza di una separazione di fatto. La soluzione adottata, in certa misura criticabile, potrebbe tuttavia trovare giustificazione nella tendenza ormai ricorrente nelle norme di facilitare lo scioglimento di una unione entrata in crisi senza dover attendere tempi lunghi in vista di una (improbabile) riconciliazione. Soluzione più restrittive sono adottate effettivamente da altri ordinamenti: ad esempio la LPartG tedesca prevede un termine di 36 mesi di separazione per potere giungere allo scioglimento richiesto unilateralmente (§ 15); 1 anno è richiesto dalla LUD svizzera (art. 30); durata maggiore (3 anni) e presupposti ulteriori sono previsti dalla legge austriaca sulla Lebenspartnerschaft al § 15). Sottolinea che il previsto intervento giudiziale per lo scioglimento dell'unione presuppone l'adozione di un modello del matrimonio tridentino piuttosto che quello pattizio della convivenza, P. ZATTI, *Introduzione al convegno*, cit., p. 1665.

<sup>104</sup> Una soluzione diversa è accolta dall'ordinamento svizzero il quale impone ai partner registrati il "rispetto reciproco" (art. 12 della LUD) mentre parla di fedeltà per coniugi (art. 159 cc.).

<sup>105</sup> Trattasi dei medesimi rimedi generalmente riconosciuti nel caso di violazione dei doveri coniugali ad eccezione dell'addebito della separazione, non essendo questa contemplata dalla legge per la crisi dell'unione civile.

## JUS CIVILE



L'essenzialità del dovere in esame nel realizzare le finalità dell'unione darebbe luogo, ove negato, anche in questo caso ad una mancata attuazione da parte della legge delle condizioni indicate, rispettivamente, dalla Corte Costituzionale e dalla CEDU per tutelare il rapporto di coppia del medesimo sesso e il suo diritto alla vita familiare (v. § 1), nel rispetto del principio di uguaglianza. Fermo restando che alle parti è comunque rimessa la possibilità di attuare uno schema di vita proprio della c.d. "coppia aperta", senza che peraltro l'eventuale accordo possa considerarsi vincolante in virtù della inderogabilità dei doveri enunciata nel comma 13.

Per completezza del discorso resta da aggiungere che, ove si ritenesse di accogliere la tesi secondo la quale non sussiste il dovere di fedeltà nell'ambito dell'unione civile, sarebbe comunque consentito alle parti introdurlo nel contesto dell'accordo sull'indirizzo della vita familiare, (previsto al comma 12) così facendogli assumere rilevanza giuridica. Ostacolo in tal senso non ritengo possa essere costituito infatti dalla inderogabilità dei doveri della coppia (operante anche nell'unione civile) a meno di non volere pervenire all'assurda conclusione che fedeltà e collaborazione, valori certamente in sé positivi, possano considerarsi tali solo all'interno del matrimonio.

5. – I componenti dell'unione civile sono tenuti all'assistenza reciproca sotto l'aspetto morale e materiale che, nella prospettiva del legislatore storico, sembrerebbe costituire il dovere principale, in assenza del richiamo alla fedeltà; tuttavia si sono già espresse le ragioni (v. § precedente) per le quali in realtà entrambi sono configurabili e si completano a vicenda in un quadro complessivo caratterizzante la comunione di vita. Peraltro al ricorrere della assistenza morale e materiale il comma 36 riconnette il dato caratterizzante la convivenza di fatto (la quale costituisce non un dovere da assolvere, ma un tratto costitutivo della fattispecie) la quale assume importanza primaria<sup>106</sup>.

Come nel matrimonio<sup>107</sup>, anche nell'unione civile ciascuno dei componenti è tenuto, pertanto, a concorrere allo sviluppo della personalità dell'altro: rispettandone i sentimenti, i diritti e le libertà fondamentali; sostenendolo nelle difficoltà e nell'attività svolta, assistendolo nella malattia, aiutandolo con sollecitudine nella realizzazione delle aspirazioni; facendolo partecipe della propria vita<sup>108</sup> anche mostrando disponibilità ad intrattenere rapporti sessuali. Connotati che consentono di distinguere l'assistenza caratterizzante il rapporto di coppia da quella dovuta verso altri congiunti (ad esempio verso i figli od altri familiari). Ed inoltre ad adoperarsi per il soddisfacimento dei bisogni materiali, anche mediante contribuzione economica.

---

<sup>106</sup> E in tal senso si muove anche la prima giurisprudenza (Trib. Milano, 31 maggio 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1473 con nota di R. SICLARI) la quale esclude che la convivenza anagrafica abbia carattere costitutivo.

<sup>107</sup> E quindi seguendo la regola paritaria introdotta con la riforma del 1975 secondo la quale il dovere grava ugualmente entrambi i coniugi.

<sup>108</sup> Questi sono i profili fondamentali che emergono da una sintesi delle trattazioni sviluppate dalle dottrine. Per una disamina di ampio respiro si rinvia a P. ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio*, cit., p. 39 ss.

## JUS CIVILE



Alcune differenze, a mio avviso meramente lessicali, possono cogliersi, invece, proprio riguardo alla finalità della contribuzione. Infatti il comma 11 della legge 76/2016, fa riferimento al soddisfacimento dei bisogni comuni e non ai bisogni della famiglia, come previsto nel matrimonio dall'art. 143 cc. Trattasi, verosimilmente, di una divergenza dovuta all'intento del legislatore storico di evitare il ricorso al termine "famiglia" per identificare l'unione civile, così distinguendola dalla famiglia fondata sul matrimonio (anche se poi al comma 12 si parla di "vita familiare"). Nulla muta però nella sostanza, in quanto il dovere in esame vincola i membri della coppia, sia coniugata sia unita civilmente, ad adoperarsi per il soddisfacimento dei bisogni comuni. Tra questi devono comprendersi anche le esigenze dei figli (non potendosi escludere – come accennato – che anche nell'unione civile essi siano presenti <sup>109</sup>).

Altra differenza, non particolarmente significativa, si registra con riferimento al criterio volto a determinare la capacità contributiva: nell'unione civile si fa riferimento sia al lavoro professionale sia a quello casalingo, mentre nel matrimonio essi vengono considerati in alternativa (si parla infatti di lavoro professionale o casalingo). La prima formula appare più precisa in quanto entrambi i profili vanno considerati al fine di stabilire la capacità contributiva di ciascuno; altro aspetto è costituito, invece, dalla modalità con la quale si deve in concreto provvedere all'adempimento: destinandovi il reddito proveniente dal lavoro, o da sostanze personali o ancora mettendo a disposizione propri beni, ed infine mediante il lavoro in famiglia, secondo quanto stabilito nell'accordo sull'indirizzo di vita.

Maggiore importanza potrebbe rivestire, invece, il mancato richiamo, da parte del comma 11 riguardo ai membri dell'unione civile, al dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia; in realtà le ragioni ipotizzabili per configurarne l'irrelevanza appaiono comunque prive di giustificazione. Se il fondamento risiedesse, come nell'enunciato sulla contribuzione, nell'intento normativo di non considerare l'unione come famiglia, esso finirebbe col non incidere sulla sostanza del rapporto, pur dovendosi osservare che la legge avrebbe potuto superare questo problema precisando che il dovere è volto al perseguimento dell'interesse comune. Ove invece la motivazione fosse di carattere sostanziale e si ricollegasse alla ricostruzione che del dovere compie parte della dottrina <sup>110</sup>, accentuandone il riferimento allo svolgimento del rapporto fra genitori-figli, essa risulterebbe di dubbio fondamento e finirebbe per lo più col distorcerne il pensiero <sup>111</sup>. Se è vero infatti che i genitori con figli devono collaborare anche al fine di tutelare i

---

<sup>109</sup> Ci si intende riferire a quanto già detto al § precedente riguardo alla trasformazione del matrimonio in unione civile o alla ricomposizione familiare, all'adozione e alla procreazione assistita avvenuta all'estero e riconosciuta in Italia.

<sup>110</sup> Mi riferisco in particolare al passo di P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 42 nel quale si dice che «si distinguono due profili intercomunicanti, denominando, come «assistenza», i comportamenti *immediatamente* diretti alla soddisfazione degli interessi dell'altro coniuge immanenti al *rapporto* coniugale, come «collaborazione» i comportamenti *immediatamente* funzionali alle esigenze della vita familiare, che appaiono come interessi comuni ai coniugi e ai figli». Una particolare accentuazione del riferimento ai rapporti con la prole si riscontra in F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1037.

<sup>111</sup> V. infatti quanto poi detto nel capoverso successivo da P. ZATTI, *cit.* alla nota precedente in cui si parla più generalmente di comportamenti volti a «mantenere le condizioni più adeguate all'unità e continuità del gruppo familiare», il quale, non può escludersi, sia costituito dai soli coniugi. Non può negarsi peraltro che in alcuni autori il riferi-

## JUS CIVILE



loro interessi, il dovere non esaurisce in questo la sua funzione, già solo per la ragione che è contemplato dalla legge per tutti i coniugi senza eccezioni, anche per quelli senza prole, i quali costituiscono sotto tutti i profili una famiglia. Non se ne giustificerebbe allora la soppressione con riferimento all'unione civile in quanto normalmente priva della prole. A ciò si aggiunga, come detto più volte, che pure la coppia unita civilmente potrebbe avere figli comuni, anche adottivi, o di uno dei suoi componenti, con essa conviventi <sup>112</sup>.

Questa conclusione trova conferma nei contenuti del dovere stesso, secondo la ricostruzione generalmente compiuta dagli interpreti, pur avendo essi espresso in passato giudizi contrastanti circa l'utilità della sua introduzione avvenuta, come è noto, con la riforma del 1975: in senso negativo si è rilevato, infatti, che la vincolatività dei comportamenti ad esso riconducibili era assicurata dai doveri già esistenti <sup>113</sup>; ma altri ne hanno posto in luce l'opportunità in seguito al venire meno del ruolo del marito quale capo della famiglia <sup>114</sup> ed all'introduzione dell'accordo dei coniugi nell'assunzione delle decisioni fondamentali di vita. Preso atto della sua esistenza gli interpreti, pur con accenti diversi, ne pongono in luce la dimensione prevalentemente "collettiva" <sup>115</sup>, in virtù della quale ciascuno è tenuto ad adoperarsi fattivamente nel lavoro, anche casalingo <sup>116</sup> o comunque a beneficio della famiglia nel suo complesso (per risolverne i problemi o comunque svolgendo un'attività nella quale sarebbe difficilmente sostituibile) <sup>117</sup> o di un singolo familiare (si pensi alla cura di congiunti malati od anziani conviventi con i coniugi <sup>118</sup>), assumendo eventualmente compiti organizzativi, di gestione interna ed esterna del *ménage commune* <sup>119</sup>, in un contesto normativo che ha abolito la diversificazione dei ruoli. Altro aspetto del dovere si ricollega, come accennato, all'introduzione del principio dell'accordo nelle decisioni familiari, onde i coniugi devono rendersi fattivamente disponibili alla ricerca di un'intesa, senza pretendere di imporre la propria volontà, accettando anche il sacrificio di interessi individuali, per garantire la stabilità dell'unione <sup>120</sup>.

---

mento del dovere ai rapporti genitori-figli risulta talmente accentuato da generare il dubbio che il medesimo inerisca esclusivamente a detto rapporto.

<sup>112</sup> Anche per tali prospettive si rinvia all'efficace trattazione di L. LENTI, cit. alla nota 59

<sup>113</sup> V. ad es., in tal senso, G. VILLA, *op. cit.*, p. 358.

<sup>114</sup> Per tutti cfr. P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 39 ss.

<sup>115</sup> A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 271.

<sup>116</sup> Al cui svolgimento entrambi devono dimostrare disponibilità, non essendo ormai dovere specifico della donna. Su questo aspetto torna ripetutamente S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 167, 246, 327 s. Per tale ragione appare allora criticabile l'affermazione (p. 328) dell'A. secondo la quale la moglie sarebbe tenuta al lavoro extra-domestico in quanto si renda necessario per ovviare al precario stato economico della famiglia. In realtà ciascuno dei componenti della coppia è tenuto a soddisfare i bisogni comuni mediante l'impiego di risorse (provenienti dai beni personali o dal lavoro extra-familiare) e accollandosi una parte del lavoro domestico, salvo diverso accordo.

<sup>117</sup> C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 60; F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 262; M. PARADISO, *op. cit.*, p. 80 s.

<sup>118</sup> R. TOMMASINI, *op. ult. cit.*, p. 436.

<sup>119</sup> G. CONTE, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da G. FERRANDO, II, Bologna, 2008, p. 68 s.

<sup>120</sup> T. BONAMINI, *Il dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. BONILINI, cit., I, p. 884 ss.

## JUS CIVILE



Se si concorda in linea generale con questa ricostruzione, dall'osservanza del dovere non può ragionevolmente ritenersi esonerata, nonostante il silenzio normativo, la coppia unita civilmente, in quanto anche per essa si configura un *ménage* comune, alla cui realizzazione entrambi devono dedicare il proprio impegno, fondata inoltre sul principio dell'accordo, al cui raggiungimento devono concorrere.

La soluzione trova conferma in quanto precedentemente osservato: che i comportamenti a cui è tenuta la coppia impegnata ad attuare la comunione di vita sono suscettibili di ricostruzione anche al di fuori della loro riconducibilità a doveri espressamente menzionati dalla legge. In ogni caso quelli previsti per l'unione civile (assistenza morale e materiale, convivenza, contribuzione) consentono di tracciare un quadro così ampio da ricomprendere anche i comportamenti riconducibili specificamente al dovere di collaborazione menzionato per il matrimonio, secondo l'interpretazione precedentemente ricordata.

Conclusione che si rafforza anche sulla base dell'opinione di coloro che individuano un'intima connessione tra il dovere di collaborazione a cui sono tenuti i coniugi, ora con il dovere di assistenza<sup>121</sup> ora con quello di contribuzione<sup>122</sup>, tanto da ritenerne difficile o del tutto inutile<sup>123</sup> una puntuale differenziazione.

Altro dovere specificamente previsto dalla legge anche per l'unione civile, intimamente connesso al dovere di assistenza e di collaborazione precedentemente esaminati, è quello di contribuzione reciproca al soddisfacimento dei bisogni comuni, in riferimento al quale viene adottato il medesimo criterio introdotto dalla riforma del 1975 riguardo ai coniugi: nel rispetto del principio di uguaglianza ed in una prospettiva solidale<sup>124</sup> entrambi sono impegnati ad adoperarsi per il soddisfacimento dei bisogni comuni. Sono considerati tali non solo quelli che fanno capo ad entrambi i componenti dell'unione ma anche i bisogni individuali<sup>125</sup> riconducibili all'indirizzo di vita adottato o comunque da considerarsi essenziali, tenuto anche conto delle disponibilità economiche della coppia (si pensi ad esigenze di salute, studio, formazione individuale).

Il dovere grava pertanto sui membri dell'unione, in relazione (cioè in proporzione) alle proprie sostanze ed alla capacità lavorativa, secondo le modalità stabilite nell'accordo sull'indirizzo di vita. La mancanza di reddito o di sostanze non esonera, pertanto, la parte che ne è sprovvista dal provvedervi mediante lavoro esercitato a vantaggio della famiglia stessa, sempre che egli sia

---

<sup>121</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 511; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *op. loc. cit.*

<sup>122</sup> F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 263; F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1017; nonché M. PARADISO, *op. cit.*, p. 106 il quale individua nella contribuzione un aspetto particolare del dovere di collaborazione.

<sup>123</sup> G. VILLA, *op. cit.*, p. 359.

<sup>124</sup> In tale prospettiva la contribuzione si differenzia dal mantenimento, anche se considerato come dovere reciproco, in quanto pure i bisogni individuali divengono bisogni comuni alla coppia la quale è una comunità costituita da persone uguali. V. in proposito A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 619 ss.; A. VETTORI-A. GORGONI, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. BONILINI, cit., II, p. 1135 ss. Più in generale sull'argomento,

<sup>125</sup> A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, loc. cit.; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *op. loc. cit.* E con specifico riferimento all'unione civile G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 128.

## JUS CIVILE



in grado di provvedervi. Tra i bisogni da soddisfare vanno considerati, anche quelli dei figli genetici della coppia (nella ricordata ipotesi legata al mutamento di sesso), dei nati da fecondazione artificiale eterologa<sup>126</sup> o da surrogazione di maternità praticate all'estero ed eventualmente riconosciute in Italia, dei figli adottati (eventualmente) in Italia o all'estero sempre che, anche in questo caso, l'adozione produca effetti nel nostro Paese. Ed inoltre quelli dei minori affidati alla coppia (si pensi all'affidamento familiare il quale può certamente essere disposto anche nei confronti della coppia unita civilmente) o con essa conviventi (ricomposizione familiare<sup>127</sup>). Occorre ricordare che è tutt'ora oggetto di discussione la possibilità di riconoscere efficacia in Italia a provvedimenti stranieri che hanno attribuito rilevanza giuridica al rapporto genitoriale costituito tra un minore e una coppia del medesimo sesso, problema che esula peraltro dai confini di questo contributo<sup>128</sup>.

Sul profilo riguardante il tenore di vita che ciascuno dei componenti dell'unione può pretendere di condurre ci si soffermerà nei paragrafi successivi.

È infine da osservare che la violazione del dovere di contribuzione espone, almeno in linea teorica<sup>129</sup>, l'obbligato all'azione dell'altro al fine di ottenere l'adempimento coattivo anche mediante la distrazione dei redditi, il sequestro dei beni e l'ipoteca giudiziale, tutela che assume particolare importanza in un quadro in cui, come si è detto, la violazione dei doveri previsti riguardo all'unione civile non comporta gli effetti derivanti dall'addebito della separazione.

**6.** – Il quadro normativo volto a configurare gli strumenti necessari a realizzare la comunione di vita si completa con la previsione del dovere di coabitazione, al cui rispetto sono tenuti anche i componenti dell'unione civile, così come accade per i coniugi<sup>130</sup>. Già in passato peraltro la

---

<sup>126</sup> Ad es., Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di G. FERRANDO, ha riconosciuto il rapporto di filiazione nei confronti di una coppia composta da due donne una delle quali aveva fornito il patrimonio genetico mentre l'altra aveva condotto la gravidanza, facendo anche ricorso ad un donatore. In dottrina si rinvia per tutti a L. LENTI, cit. alla nota 57.

<sup>127</sup> Il dovere del convivente del medesimo sesso di contribuire al soddisfacimento dei bisogni del figlio dell'altro e il parziale esercizio della responsabilità genitoriale è espressamente previsto dal § 9, abs 1 della LPartG tedesca mediante rinvio al § 1629, abs 2 del BGB. Analoga soluzione si riscontra nella LUD svizzera (art. 27)Esprime, più in generale, una decisa critica all'assenza nella legge n. 76/2016 di una disciplina volta a regolare i rapporti tra un componente dell'unione civile ed il figlio dell'altro G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 122 s.

<sup>128</sup> V. citaz. alla nota 126. Per l'ammissibilità della adozione pronunciata a favore di donna coniugata all'estero o convivente della madre divenuta tale mediante fecondazione eterologa, v. ad esempio, Trib. min. Roma, 29 ottobre 2015; App. Roma, 23 dicembre 2015, entrambe in *Banca dati Pluris*; Trib. min. Roma, 22 ottobre 2015 e App. Milano, 10 dicembre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, c. 338; Trib. min. Roma, 30 luglio 2014, in *Dir. fam.*, 2014, p. 1533. Ma in senso contrario Trib. min. Piemonte e V. D'Aosta, 11 settembre 2015 n. 258 e 259, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 205. V. anche citaz. a nota 17.

<sup>129</sup> È estremamente improbabile infatti che un'iniziativa siffatta possa essere assunta ove manchi la volontà di sciogliere l'unione.

<sup>130</sup> Secondo opinione minoritaria (v. tra questi, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., p. 169) però la coabitazione coinciderebbe con la convivenza.

## JUS CIVILE



giurisprudenza considerava configurabile una famiglia di fatto solo nella coppia (anche del medesimo sesso) che vivesse nella medesima casa, nel sostanziale rispetto dei doveri coniugali quali elementi costitutivi della fattispecie, onde la coabitazione ne veniva considerata tratto essenziale<sup>131</sup>.

Strumentale all'adempimento del dovere in esame è la fissazione di una residenza comune<sup>132</sup> mediante il sistema dell'accordo volto a determinare l'indirizzo di vita. A detta casa occorre fare riferimento nell'applicazione dell'art. 540 cc., a cui la legge fa rinvio nel comma 21 per stabilire i diritti successori della parte superstite configurando il diritto di abitazione; alla stessa si riferisce il comma 19, richiamando l'applicazione dell'art. 146 cc., per stabilire le conseguenze che derivano dall'allontanamento ingiustificato dalla residenza familiare. I suddetti rinvii operati dalla legge consentono quindi di affermare che l'alloggio (o gli alloggi) individuato dalla coppia unita civilmente ai fini dell'adempimento del dovere di coabitazione è "casa familiare" al di là del fatto che la legge abbia evitato di indicarla come tale. In essa ciascuno ha diritto di vivere e non potrebbe esserne escluso dall'altro<sup>133</sup>.

La legge sulle unioni civili si muove pertanto sulla stessa direttrice tracciata dalla riforma del 1975 secondo la quale entrambi i membri della coppia concorrono nella decisione, al fine del perseguimento dell'interesse comune<sup>134</sup>, nel rispetto del principio di uguaglianza. È da rilevare che tale interesse non viene menzionato dal comma 12, a differenza di quanto accade invece per il matrimonio. L'art. cc. 144 stabilisce infatti che "i coniugi fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e secondo quelle preminenti della famiglia stessa". Peraltro la diversa formulazione<sup>135</sup> non incide sul criterio che deve ispirare i membri dell'unione nella scelta, onde, sia pure ai limitati effetti in cui rileva il rifiuto ingiustificato di tenere in adeguata considerazione gli interessi comuni, esso risulterebbe violato ove uno dei due volesse far prevalere i propri interessi nel determinare il luogo ove fissare la residenza comune. In una unione con figli anche gli interessi di questi ultimi assumono sicura rilevanza nell'assunzione della decisione.

Sembra possibile ascrivere le differenze di formulazione alle più volte rammentate esigenze di eliminare tutti i riferimenti testuali alla famiglia con riferimento all'unione civile. Ciò non toglie peraltro che la residenza comune è da intendersi come residenza della famiglia e il criterio di fissazione è costituito dal prevalente interesse della famiglia stessa, onde quello comune prevale sugli interessi dei singoli soggetti.

Come gli altri, anche il dovere di coabitazione è inderogabile, sulla base di quanto previsto

---

<sup>131</sup> Sul punto la giurisprudenza è univoca. Ma per alcune indicazioni v. le citaz. a nota 205.

<sup>132</sup> Ma non può escludersi che la coppia decida di trascorrere abitualmente una parte dell'anno in un luogo ed altra parte in un'altro, onde in tal caso più di una sarà la sua residenza.

<sup>133</sup> V. in proposito P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 64.

<sup>134</sup> A differenza di quanto accadeva sotto il cc. del 1942 il quale rimetteva alla decisione del marito la fissazione della "sua" residenza, che costituiva anche residenza della moglie nella quale doveva accompagnarlo (art. 144); il marito era peraltro obbligato a tenere la moglie presso di sé (art. 145).

<sup>135</sup> Rispetto alla quale si esprime in maniera decisamente critica G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 129.

## JUS CIVILE



dal comma 13, onde le parti non potrebbero esimersi dal determinare il luogo dove condurre la vita comune<sup>136</sup>; in caso contrario ciascuna potrebbe pretendere che si provveda in un momento successivo. Come si ammette generalmente per la coppia coniugata, non sussistono ragioni per negare anche ai componenti dell'unione civile margini di autonomia nella concreta determinazione delle modalità di attuazione del dovere. Se ricorrono pertanto particolari esigenze (ad es., per motivi di lavoro, salute, assistenza a congiunti infermi o anziani)<sup>137</sup> le parti possono stabilire validamente di mantenere residenze diverse fin quando le ragioni non vengano meno<sup>138</sup> e ferma la possibilità per ciascuna di chiedere la revisione dell'accordo ove ne ricorrano i presupposti<sup>139</sup>. Ciò non impedisce di configurare una residenza della coppia (e dunque una casa familiare) anche se non costituisce la dimora abituale dei suoi componenti<sup>140</sup>.

In particolare è certamente da prendere in seria considerazione l'esigenza, eventualmente manifestata da una delle parti, di ricercare una soluzione abitativa che consenta di trascorrere più tempo insieme, al fine di perfezionare e consolidare la comunione di vita.

Non sussistono, invece, limiti particolari riguardo alla fissazione del domicilio, onde le parti possono avere il centro dei propri affari in luogo diverso da quello di residenza, ciò non costituendo ostacolo alla realizzazione della comunione di vita.

Al componente dell'unione che abbandoni ingiustificatamente la casa familiare e rifiuti di ritornarvi nonostante il richiamo da parte dell'altro, si applicheranno le medesime sanzioni previste con riferimento al matrimonio in virtù del rinvio all'art. 146 cc., innanzi ricordato. Egli subisce la sospensione temporanea del suo diritto all'assistenza morale e materiale<sup>141</sup> ma è tenuto invece, a sua volta, all'osservanza di tutti i doveri nascenti dall'unione e per tale ragione il giudice può disporre il sequestro dei suoi beni, al fine di assicurarne la contribuzione in vista del soddisfacimento dei bisogni dell'altro.

---

<sup>136</sup> Ma in senso contrario, F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 1979, p. 38 s.

<sup>137</sup> In assenza delle quali la scelta di una residenza saltuaria risulta ingiustificata (G. CONTE, *op. cit.*, p. 73) e dunque ciascuno potrebbe pretendere la modifica.

<sup>138</sup> Sottolinea M. PARADISO, *op. cit.*, p. 78 che, al protrarsi nel tempo della mancata coabitazione, non potrà che seguire la crisi familiare.

<sup>139</sup> Ciò appare tanto più pretendibile quanto l'accordo escluda o limiti notevolmente i tempi da trascorrere insieme.

<sup>140</sup> Questa è la posizione assunta dall'interpretazione dominante: v. per tutti P. ZATTI, *op. ult. loc. cit.*, il quale osserva che l'espressione "residenza familiare" serve ad indicare «un luogo d'abitazione dove si svolge la vita comune, senza che ciò vincoli la «dimora abituale» d'entrambi i coniugi». Pertanto, osserva giustamente F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 286, la residenza familiare non coincide necessariamente con il criterio fissato dall'art. 43, 2° comma cc. ed «è il luogo convenzionale in cui la famiglia convive e al quale fanno ritorno quelli dei membri del gruppo che se ne siano allontanati per una qualche ragione».

<sup>141</sup> Può dunque prospettarsi l'interrogativo se tale misura comprenda anche la perdita del diritto agli alimenti, soluzione che risponde meglio all'idea secondo la quale la sanzione più ampia si giustifica per scoraggiare iniziative individuali che violino i diritti dall'altro componente della coppia senza ricorrere ai normali strumenti forniti dal diritto nel caso di crisi dell'unione (chiederne lo scioglimento).

## JUS CIVILE



7. – Affinità e divergenze di disciplina tra unioni civili e matrimonio emergono con evidenza dal dettato del comma 12. Partendo dalle prime è possibile constatare che la norma rimette all'accordo dei componenti dell'unione civile la determinazione dell'indirizzo di vita familiare e della residenza comune analogamente a quanto è previsto nel matrimonio.

Come in precedenza accennato, solo in questo comma è possibile individuare un richiamo alla vita familiare riguardo all'unione civile, il quale è stato invece accuratamente evitato mediante una riformulazione delle norme inserite nella legge 76, in tutte le altre situazioni nelle quali il codice civile parla di famiglia, riferendosi alla coppia coniugata (ad es., si parla di residenza comune e non di residenza della famiglia, di contribuzione ai bisogni comuni e non ai bisogni della famiglia). La ragione di questo richiamo non è certa, ma si può ipotizzare una svista dovuta alla fretta con cui il senato è giunto all'approvazione del testo finale<sup>142</sup>, in quanto non vi sarebbe stata difficoltà a formulare il medesimo concetto parlando di “indirizzo della vita comune”, come peraltro accaduto riguardo alla residenza.

Al di là dei dati testuali<sup>143</sup> la possibilità di individuare nella coppia che ha contratto unione civile una famiglia, dipende dalle finalità e dalle regole fondamentali alle quali essa è sottoposta e non dalla qualificazione che ne dà la legge<sup>144</sup> (v. § 9).

Divergenza di disciplina è costituita dal mancato richiamo all'intervento del giudice quale strumento volto a superare l'eventuale disaccordo fra i membri dell'unione riguardo alla determinazione dell'indirizzo di vita e della residenza comune, ma anche sulle altre decisioni relative alla vita familiare che non costituiscono mera attuazione dell'indirizzo concordato. Ciò comporta che la coppia è chiamata ad individuare al suo interno gli strumenti più appropriati per superare il dissenso, col rischio che la mancata risoluzione porti ad una crisi della coppia.

L'impossibilità di ricorrere al giudice<sup>145</sup> (in via conciliativa o decisionale, alla stregua di quanto previsto dall'art. 145 cc.) potrebbe rappresentare un segnale ulteriore di debolezza di cui tenere conto, eventualmente, nella ricostruzione della disciplina che la caratterizza<sup>146</sup>. A mio avviso, tuttavia, è maggiormente verosimile ritenere che la legge abbia evitato di riproporre uno strumento rivelatosi nel tempo evanescente perché già inutilizzato dalle coppie coniugate.

Facendo riferimento all'accordo come strumento generale di governo della famiglia, il comma 12 segue la strada già tracciata dalla riforma del 1975, trattandosi dell'unico strumento com-

---

<sup>142</sup> A favore di tale ipotesi si pronuncia, ad esempio, E. QUADRI, *op. ult. cit.*, p. 1695.

<sup>143</sup> Fra i quali occorre considerare anche il dettato del 1° comma il quale definisce l'unione civile una “specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione”. Per altro verso occorre sottolineare che nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra coniugi – ai quali si è fatto rinvio anche per l'unione civile senza riformulare il testo delle norme – numerosi sono i riferimenti alla famiglia (ad es., “bisogni della famiglia”: art. 167 e 170; “spese per il mantenimento della famiglia”: art. 186 lett. c).

<sup>144</sup> In senso critico circa la diversità dei termini usati dalla legge per distinguere la famiglia matrimoniale dalle unioni civili, G. IORIO, *op. cit.*, p. 86.

<sup>145</sup> Diversamente, G. IORIO, *op. cit.*, p. 87 ritiene che l'art. 145 possa applicarsi in via analogica.

<sup>146</sup> In tal senso, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 130. Ma in senso contrario v. le considerazioni svolte nel commento al comma precedente.

## JUS CIVILE



patibile con l'uguaglianza dei componenti dell'unione. Esso è pertanto inderogabile onde le parti non potrebbero riconoscere ad una di esse maggiori poteri decisionali, ma solo delegarne in parte l'esercizio mediante procura.

La disponibilità alla ricerca dell'accordo costituisce dovere<sup>147</sup> la cui osservanza deve valutarsi in concreto sulla base dell'atteggiamento assunto da ciascuno<sup>148</sup> e che potrebbe comportare un giudizio di responsabilità nei suoi confronti riguardo alla crisi dell'unione, che dovesse eventualmente scaturirne, per averne ostacolato il raggiungimento<sup>149</sup> (assai modesto nelle conseguenze, a causa – come più volte ricordato – della soppressione del rimedio della separazione e del conseguente addebito). Analogamente è a dirsi per la disponibilità alla revisione dell'accordo, ove esso si rivelasse nel tempo insoddisfacente<sup>150</sup> (v. oltre).

Tale dovere potrebbe ricondursi, come si è detto, sotto il più ampio contesto della collaborazione<sup>151</sup>, ma vi è anche chi, nel rapporto coniugale, configura un autonomo ed ulteriore dovere<sup>152</sup> rispetto a quelli formulati nell'art. 143 cc., ricostruzione che potrebbe assumere una certa rilevanza ove si ritenesse che la coppia unita civilmente non è tenuta al rispetto del primo.

Nell'ambito della determinazione dell'indirizzo di vita sono da ricondurre tutte le decisioni di natura esistenziale ed organizzativa riguardanti la coppia, indirizzate al perseguimento dei valori che essa intende privilegiare, tra le quali possono menzionarsi, per la loro importanza, lo svolgimento dell'attività lavorativa extra-familiare e domestica, l'utilizzazione delle risorse disponibili ed il tenore di vita da condurre, la collocazione della casa familiare e le modalità per renderla disponibile (locazione, acquisto, convivenza con altri), la concretizzazione dei doveri previsti, il modo di trascorrere il tempo libero, l'educazione, istruzione, assistenza dei figli ove esistenti, la composizione del nucleo familiare.

Proprio nell'ambito da ultimo menzionato è da ricondurre la decisione di assistere un congiunto prendendolo nella propria casa<sup>153</sup>. Tale aspetto è disciplinato dalla legge con riferimento al figlio generato da un componente della coppia precedentemente al sorgere dell'unione e di cui sia affidatario esclusivo o collocatario. Ove l'altro sollevasse opposizione, il relativo comportamento si porrebbe in contrasto col dovere di collaborazione; ugualmente nell'ipotesi in cui si trattasse di un figlio nato al di fuori del matrimonio e convivente col genitore al momento della costituzione dell'unione o del quale l'altro ne conoscesse l'esistenza, in conformità al dettato dell'art. 252, 2° comma cc.

---

<sup>147</sup> Non sussistono al riguardo dubbi in dottrina. Peraltro esso è costituito dalla ricerca dell'accordo, onde il mancato raggiungimento non può considerarsi sol per questo violazione del medesimo. V. per tutti M. PARADISO, *op. cit.*, p. 170 ss.

<sup>148</sup> M. PARADISO, *op. cit.*, p. 187 individua una sicura violazione nel «rifiuto caparbio a concordare gli affari della famiglia».

<sup>149</sup> F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 280.

<sup>150</sup> Anche per tale aspetto v. M. PARADISO, *op. cit.*, p. 177 s.

<sup>151</sup> In questo senso, G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 144; G. CONTE, *op. cit.*, p. 47.

<sup>152</sup> P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 61; F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1065.

<sup>153</sup> P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 59 s.

## JUS CIVILE



Riguardo alla concretizzazione dei doveri derivanti dall'unione è opportuno precisare che, mediante l'accordo, è consentito determinarne i profili attuativi in conformità alle esigenze della coppia, ma ne è vietata la deroga<sup>154</sup> (anche ad uno solo) come peraltro ritiene l'opinione prevalente con riferimento ai doveri matrimoniali<sup>155</sup>, in virtù del divieto formulato dall'art. 160 cc. e comunque desumibile dalla funzione del matrimonio di realizzare una comunione di vita fondata su determinate caratteristiche. L'ambito del divieto di deroga sarebbe ridimensionata per l'unione civile, ove si considerassero insussistenti al suo interno i doveri di fedeltà e collaborazione (onde sarebbe ad es., consentito adottare lo schema della "coppia aperta" sotto il profilo sentimentale e sessuale, rifiutare il consenso ad ammettere i figli dell'altro nella casa familiare, non adoperarsi per la risoluzione delle problematiche familiari), soluzione che, come detto, è a mio avviso da respingere.

L'accordo che contrasta con i doveri di coppia non risulta vincolante e quindi non se ne può esigere l'osservanza<sup>156</sup>; è dubitabile se rimangano fermi gli effetti già prodotti (ad es., se possano ripetersi le spese sostenute nell'adempimento esclusivo del dovere di contribuzione).

L'accordo validamente concluso vincola anche per il futuro e legittima ciascuno dei membri dell'unione ad assumere le iniziative volte a determinarne l'attuazione (v. § successivo).

Anche per l'unione civile si pone il problema, ampiamente dibattuto in dottrina con riferimento al matrimonio, relativo alla "stabilità" dell'accordo raggiunto o, invece, alla possibilità riconosciuta a ciascuno di rimmetterlo in discussione, pretendendone la modifica, anche per mero pentimento o insoddisfazione degli effetti prodotti. L'economia della trattazione ne rende possibile solo un accenno e peraltro i termini della questione non sono diversi quando l'accordo è stipulato nel contesto dell'unione civile.

Occorre constatare che la soluzione viene per lo più influenzata dalla ricostruzione relativa alla natura dell'accordo stesso. L'opinione prevalente gli attribuisce carattere negoziale<sup>157</sup>, onde il vincolo che ne scaturisce potrebbe sciogliersi solo consensualmente. In contrario si mette in luce la insoddisfacente rigidità che ne deriverebbe, la quale mal si concilia con la sua funzione di introdurre un regolamento alla vita di coppia destinata a protrarsi nel tempo, con possibilità di mutamenti nei presupposti sui quali la decisione iniziale si è fondata. Si aggiunge inoltre che l'intesa potrebbe essere volta anche solo all'impostazione della vita comune, la quale non com-

---

<sup>154</sup> Tale divieto, è sancito dall'art. 123 cc. ove l'esclusione riguarda "in blocco" tutti i doveri coniugali.

<sup>155</sup> V. ad esempio, M. PARADISO, *op. cit.*, p. 206 ss.; F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 288 s.; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, p. 78 ss.; G. VILLA, *op. cit.*, p. 374 ss.; G. CONTE, *op. cit.*, p. 44; F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1067. Per l'opinione contraria, G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 144; R. TOMMASINI, *op. ult. cit.*, p. 457 a causa della collocazione della norma nell'ambito del capo riguardante il regime patrimoniale della famiglia.

<sup>156</sup> G. VILLA, *op. cit.*, p. 376 s.

<sup>157</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 523 s.; G. CONTE, *op. cit.*, p. 47 ss.; A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 327 ss.; G. DORIA, *op. cit.*, p. 81 s.; F. CORSI *Il regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 37. Nell'ambito di questa corrente di pensiero può ricondursi anche la posizione di S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 212 ss. secondo il quale solo gli accordi a lungo termine hanno, normalmente, natura negoziale nonché alcune decisioni particolari se la loro attuazione richiede l'esercizio di scelte ulteriori, non anche gli accordi su scelte di vita a breve termine.

# JUS CIVILE



porti produzione di effetti giuridici<sup>158</sup>. Un accettabile contemperamento delle contrapposte esigenze (stabilità e flessibilità) viene individuata nella c.d. efficacia *rebus sic stantibus*, la quale renderebbe fondata la pretesa di procedere alla ridefinizione dell'accordo ove si fosse modificata la situazione in costanza della quale era stato formulato<sup>159</sup>.

Altra corrente di pensiero contesta la negoziabilità dell'accordo sul presupposto che la sua conclusione o più che altro il perseguimento dell'obiettivo, non è rimessa alla discrezionalità delle parti ma costituisce dovere previsto dalla legge, al quale non è possibile pertanto sottrarsi<sup>160</sup>; si aggiunge che il negozio mal si presterebbe all'esigenza "di programmare interessi sempre nuovi e diversi"<sup>161</sup>. Ed allora vi è, ad esempio, chi configura un'intesa<sup>162</sup>, o una tecnica di governo della famiglia<sup>163</sup>, oppure un mero fatto dal quale si desume la concordanza di intenti<sup>164</sup>. Pur nella diversità di accenti, l'elemento tendenzialmente comune a queste tesi si riscontra nell'idea secondo la quale sarebbe consentito alla parte insoddisfatta rimettere in discussione l'accordo, in quanto esso non assume l'efficacia di un reciproco impegno giuridico, anche se la situazione pregressa non si è modificata, senza che l'altra parte possa sottrarsi al dialogo, o possa assumere iniziative future tali da pregiudicarne la modifica<sup>165</sup>.

Non mi sembra, a dire il vero, che la doverosità dell'accordo contrasti con la configurabilità di un atto di autonomia privata<sup>166</sup>, alla quale è pur sempre rimessa la determinazione del contenuto dei diversi doveri, nel rispetto dei limiti innanzi individuati. Sarebbe peraltro contraria al suo significato sotto il profilo giuridico e sociale la possibilità di porre in discussione la stabilità per un pentimento persino capriccioso<sup>167</sup>. Maggiori aperture, riconducibili al dovere di collaborazione, sono ammissibili ove il convivente insoddisfatto adducesse un errore di valutazione<sup>168</sup> e tuttavia ritengo che l'altra parte potrebbe legittimamente opporsi alla modifica nelle ipotesi in

---

<sup>158</sup> G. CIAN, *introduzione*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. Carraro-G. Oppo-A. Trabucchi, I, 1 Padova 1977, p. 47 s.

<sup>159</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

<sup>160</sup> F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 283.

<sup>161</sup> G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 117. Per sottolineature sulla inadeguatezza dello strumento negoziale a risolvere i peculiari problemi che la materia può presentare, anche G. VILLA, *op. cit.*, p. 368 ss.

<sup>162</sup> P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 75 ss.

<sup>163</sup> G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 140 ss. Un'articolata critica di questa tesi e di quella successivamente menzionata nel testo è formulata da M. PARADISO, *op. cit.*, p. 178 ss.

<sup>164</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 65; F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 184, tuttavia ritiene che l'accordo produca effetti vincolanti fino al mutamento della situazione pregressa; T. BONAMINI, *Gli accordi sull'indirizzo familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, cit., I, p. 901 ss.

<sup>165</sup> P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 76 s.

<sup>166</sup> In senso conforme anche F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

<sup>167</sup> Anche se la questione non riveste importanza fondamentale. G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 144 nega la negoziabilità dell'accordo ma considera contrario al dovere di collaborazione sottrarsi arbitrariamente agli impegni raggiunti.

<sup>168</sup> V. in questo senso M. PARADISO, *op. cit.*, p. 192 ss., secondo il quale l'accordo relativo ad affari essenziali è in linea di principio vincolante e la sua modifica non sarebbe pretendibile per mero dissenso. La sua rilevanza dovrebbe invece ammettersi per questioni di modesta importanza; G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 143.

## JUS CIVILE



cui essa comporti rilevanti effetti sulle scelte già compiute, non (rapidamente) modificabili, e dunque le sarebbe ancora consentito assumere iniziative volte ad attuare l'indirizzo di vita già concordato.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui una delle parti intenda mutare lavoro, la cui prestazione è da compiersi in altro luogo rispetto a quello in cui è posta la casa familiare e convenga però, con l'altro convivente, di non modificare l'assetto abitativo sottoponendosi a spostamenti verso il luogo di lavoro. In attuazione di questo programma viene rinnovato il contratto di locazione della casa familiare, si acquistata una seconda auto per agevolare gli spostamenti verso il nuovo posto di lavoro, l'altro convivente concorda a sua volta col suo datore di lavoro un orario più consono alle sopravvenute esigenze della coppia. Il convivente non potrà allora pretendere (soprattutto in tempi brevi) un nuovo mutamento dell'assetto di vita sol perché si è reso conto che il viaggio da affrontare comporta una fatica superiore al previsto, proprio per le importanti ripercussioni che il nuovo cambiamento avrebbe sugli interessi familiari. Una maggiore disponibilità, nel quadro del dovere di collaborazione, è richiesta invece nelle ipotesi in cui la situazione preesistente si sia modificata; peraltro in attesa della stipulazione di un nuovo accordo, il precedente rimane in vigore, ma ulteriori iniziative volte alla sua attuazione dovranno limitarsi ove ne ostacolino la sua revisione<sup>169</sup>.

Le questioni poste da ultimo riguardano comunque le decisioni destinate a durare nel tempo e non anche quelle che non avranno ripercussioni sulle decisioni future (si pensi, ad esempio, alla determinazione delle modalità di investimento di una somma resasi disponibile).

Non costituiscono invece materia di accordo le scelte connesse all'esercizio delle libertà e dei diritti e fondamentali della persona<sup>170</sup> in quanto per lo più non incidono significativamente sulla vita di coppia (ad esempio, quelle di carattere culturale, religioso, politico); pertanto esse possono assumersi liberamente da ciascuno, anche contro la volontà dell'altro, in conformità al dettato dell'art. 2 cost. il quale tutela l'esercizio dei diritti fondamentali anche nel contesto delle formazioni sociali. Tuttavia l'altro convivente ne deve essere reso almeno partecipe, nel quadro del dovere di assistenza delineato in precedenza (§ 5).

La ricerca dell'accordo è però necessaria quando l'esercizio dei diritti fondamentali possa incidere sulla vita di coppia (si pensi ad esempio ad alcune scelte connesse all'attività lavorativa<sup>171</sup>), quantunque anche in questo caso essi non possano subire un radicale sacrificio, onde entrambe le parti dovranno rendersi disponibili a ricercare una soluzione volta a contemperarne gli

---

<sup>169</sup> P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 77.

<sup>170</sup> Al riguardo vi è convergenza di opinioni in dottrina. Si v. ad esempio, P. ZATTI, *op. ult. cit.*, p. 83; G. VILLA, *op. cit.*, p. 374; F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 1068 s.; S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 205 ss. il quale osserva altresì che, ove un accordo in materia fosse intervenuto, non sarebbe vincolante per il futuro ove sopravvenisse dissenso.

<sup>171</sup> Il § 1356, abs 2 del BGB dispone ad esempio, che «Entrambi i coniugi hanno diritto di svolgere un'attività produttiva. Nella scelta e nell'esercizio di un'attività produttiva essi devono tenere nel dovuto riguardo le esigenze dell'altro coniuge e della famiglia».

## JUS CIVILE



interessi (quello di coppia e l'interesse individuale), ferma restando la limitatezza degli effetti derivanti dall'inosservanza del dovere.

**8.** – Come nel matrimonio, a ciascuna delle parti dell'unione civile viene riconosciuto dalla legge il potere di dare attuazione all'indirizzo di vita concordato, cioè di assumere in concreto le iniziative volte a realizzarlo anche mediante la stipulazione di negozi giuridici.

Perché ciò sia reso possibile occorre peraltro che gli interessati non si siano limitati a tracciarne le linee di massima ma abbiano definito anche le scelte fondamentali volte ad attuarle. Se così non fosse verrebbe disatteso il principio secondo il quale il governo della famiglia, e cioè le scelte più importanti per la stessa, sono rimesse all'accordo delle parti. Tali linee essenziali potranno anche cogliersi, in via deduttiva, dalle scelte precedentemente compiute.

Il potere disgiunto di attuazione tende dunque a limitare il rigore della regola che scaturirebbe altrimenti dalla necessità di ricorrere all'accordo nell'assunzione di tutte le decisioni riguardanti la coppia e che rischierebbe di paralizzare qualsiasi iniziativa. Per tale ragione questo principio è da considerarsi inderogabile nella sua espressione fondamentale pur potendo essere conformato alle esigenze della coppia, ad esempio mediante la determinazione di sfere di competenza da riservarsi a ciascuno, nel rispetto del principio di uguaglianza (il quale risulterebbe violato se tutti i poteri di attuazione dell'indirizzo di vita fossero riservati ad uno solo) nell'ambito delle quali solo a lui spetta questo potere o, al contrario, individuando profili specifici rispetto ai quali anche l'attività di attuazione deve compiersi concordemente<sup>172</sup>.

In virtù di questo potere pertanto, con riferimento ai rapporti interni, ciascuno può attingere alle risorse destinate al soddisfacimento dei bisogni familiari (versate ad esempio su un conto corrente bancario cointestato) o pretendere il rimborso delle spese sostenute eccedenti il proprio obbligo contributivo. Viceversa se le spese sostenute non sono tra quelle concordate sulla base dell'indirizzo di vita programmato o ne eccedono l'importo, l'altra parte non sarà tenuta a contribuirvi, salvo il caso in cui abbiano comunque soddisfatto un bisogno essenziale della famiglia che, proprio per questa ragione, è comunque meritevole di tutela. Devono considerarsi tali quelli compatibili con un tenore di vita dignitoso o anche superiore, se adottato per scelta dalla coppia. In questa prospettiva, ad esempio, può rientrare tra i bisogni familiari anche il soddisfacimento di un'esigenza di carattere voluttuario, non presa in considerazione nell'accordo sull'indirizzo di vita, ma che non ecceda le risorse che normalmente la coppia impiega a tali fini.

In assenza di riscontri normativi (presenti in altri ordinamenti<sup>173</sup>), il problema più delicato riguarda però, come è noto, soprattutto i rapporti esterni alla coppia; esso è stato affrontato dagli

---

<sup>172</sup> Ma in senso contrario S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 214 secondo il quale ne conseguirebbe «uno svuotamento del potere di gestione separata esplicitamente previsto dalla legge».

<sup>173</sup> In particolare il § 2 della LPartG tedesca prevede la reciproca responsabilità dei conviventi, così come accade nel matrimonio (§ 1357 BGB).

## JUS CIVILE



interpreti con riferimento ai rapporti tra coniugi ma si pone negli stessi termini riguardo ai componenti dell'unione civile. Ci si chiede cioè se il terzo che ha fatto credito ad uno dei coniugi (o degli uniti civilmente) possa agire nei confronti dell'altro per ottenere l'adempimento, avendo fatto legittimamente affidamento anche sulla sua responsabilità.

La giurisprudenza privilegia ancora l'indirizzo restrittivo, nonostante il fondamentale dissenso della dottrina maggioritaria, richiamando il principio, enunciato dall'art. 1372, 2° comma cc., in virtù del quale il contratto produce effetti solo nei confronti delle parti. Principio al quale i giudici avevano però a volte derogato, prima della riforma del 1975, con riferimento alle obbligazioni contratte dalla moglie nell'interesse della famiglia, ricorrendo ad un presunto mandato tacito conferito dal marito, nonché sul suo dovere di soddisfarne le esigenze<sup>174</sup>. Soluzione poi gradualmente abbandonata<sup>175</sup> dopo il superamento del principio secondo il quale il marito e la moglie ricoprivano ruoli diversi all'interno della famiglia. Tale indirizzo tuttavia è stato a volte disatteso, col riconoscimento di responsabilità da parte di entrambi i genitori per le obbligazioni contratte nell'interesse dei figli, richiamando un tacito mandato a contrarre obbligazioni, in special modo quando è in gioco una loro esigenza fondamentale (per lo più la salute)<sup>176</sup> oppure attribuendo rilievo all'apparenza creata<sup>177</sup>, anche sulla base di comportamenti pregressi, e sulla quale il terzo avesse fatto affidamento<sup>178</sup>.

Viceversa la dottrina sembra propensa, pur con diversità di motivazioni, ad attribuire ad entrambi i coniugi la responsabilità debitoria. A tal fine si è individuato in capo a ciascuno ora un potere conferito dalla legge di agire in nome proprio nell'interesse della famiglia<sup>179</sup> onde fare fronte alle esigenze della stessa<sup>180</sup>, ora l'esercizio di una funzione<sup>181</sup>, ora un mandato *ex lege*<sup>182</sup>, ora un potere di agire nell'interesse comune ricollegabile all'art. 144<sup>183</sup>.

<sup>174</sup> Ad esempio, Cass., 6 maggio 1957, n. 1529, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1724.

<sup>175</sup> Alle medesime argomentazioni ha fatto però ancora ricorso, Cass., 23 settembre 1986, n. 5709.

<sup>176</sup> Cass., 25 luglio 1992, n. 8995, in *Vita not.*, 1993, p. 219, ha ritenuto responsabile il marito riguardo alle obbligazioni contratte dalla moglie per le cure sanitarie dei figli. Analogamente, Cass., 29 novembre 1995, n. 12390 e Cass. 8 agosto 2002, n. 12021, parlano, riguardo alle spese per cure mediche dei figli, di obbligazione solidale dei genitori sorta in virtù di mandato tacito. Ha invece adottato la soluzione opposta Cass., 10 ottobre 2008, n. 25026, con riferimento ad un caso in cui un solo genitore aveva preso l'iniziativa di iscrivere i figli ad una scuola privata, ritenendo che il bisogno essenziale dell'istruzione avrebbe potuto soddisfarsi altrimenti, mediante il ricorso ad una scuola pubblica. La soluzione appare condivisibile sempre che l'iniziativa del genitore non fosse compatibile con l'indirizzo di vita prescelto circa l'istruzione e l'educazione dei figli.

<sup>177</sup> Cass., 7 luglio 1995, n. 7501, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 142; Cass., 7 ottobre 1975, n. 3177, in *Foro it.*, 1975, I, c. 2447. Cass., 6 ottobre 2004, n. 19947, *ivi*, 2005, I, c. 392, ha negato il ricorrere di tale apparenza per il fatto che la moglie avesse stipulato un contratto volto a traslocare da un appartamento ad un altro.

<sup>178</sup> Cass., 28 aprile 1992, n. 5063, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3000; Cass., 8 gennaio 1998, n. 87, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1314; Cass., 18 maggio 2015, n. 10116.

<sup>179</sup> C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 67 ss.

<sup>180</sup> G. BONILINI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>181</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 522.

<sup>182</sup> F. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 547.

<sup>183</sup> A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 623 ss.; S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 353 ss.

## JUS CIVILE



Il potere di agire, vincolando anche l'altro coniuge, o il componente dell'unione civile, può trovare soddisfacente fondamento, a mio parere, nella regola relativa all'attuazione dell'indirizzo concordato, almeno quando l'obbligazione possa ricondursi nell'ambito di quest'ultimo o comunque abbia soddisfatto un'esigenza essenziale della famiglia. Deve ritenersi infatti che, anche in quest'ultima ipotesi, entrambi i membri della coppia siano legittimati ad agire, non potendosi porre in discussione le ragioni sulle quali esso si fonda.

Il medesimo problema si pone peraltro quando si intenda stabilire la legittimazione del creditore ad agire sui beni in comunione legale o vincolati al fondo patrimoniale, sul presupposto appunto che l'obbligazione sia stata contratta per soddisfare i bisogni o comunque nell'interesse della famiglia (art. 186 lett. c). In caso affermativo la responsabilità dell'altro coniuge è indiscutibile già sulla base di quanto previsto dalla norma con riferimento a tali regimi patrimoniali (responsabilità dei beni in comunione per l'intero debito e dei beni personali di ciascuno per la metà del credito rimasta insoddisfatta, applicabile anche in presenza del fondo patrimoniale).

Il problema si porrebbe pertanto solo in costanza del regime di separazione dei beni e riguardo alla natura solidale della responsabilità stessa; esso appare superabile in senso positivo in base al combinato disposto degli artt. 144, 186 e 1294 cc., non sussistendo infatti plausibili ragioni per ritenere che i coniugi (o gli uniti civilmente) siano tenuti con intensità diversa a soddisfare i bisogni della famiglia a seconda del regime patrimoniale adottato. Peraltro il potere di attuazione dell'indirizzo di vita verrebbe sostanzialmente negato, a colui che non ha mezzi sufficienti per onorare l'obbligazione da contrarre in quanto ben difficilmente i terzi sarebbero disposti a fargli credito<sup>184</sup> finendo così col discriminarlo.

Se sussistono pertanto le ragioni per individuare nell'art. 144 il potere di ciascun componente della coppia di agire nell'interesse della famiglia (e in quanto il medesimo sia configurabile) vincolando anche l'altro, la responsabilità solidale si fonda sulla presunzione<sup>185</sup> introdotta dall'art. 1294 cc.; peraltro detta responsabilità è riconosciuta – come si è detto – anche dalla giurisprudenza quando l'obbligazione è stata contratta dal genitore per soddisfare un interesse dei figli, sulla base del dovere di mantenimento previsto dall'art. 315 *bis* cc. Allo stesso modo, almeno a mio parere, può configurarsi un diritto di ciascuno dei membri della coppia ad ottenere in concreto il soddisfacimento dei bisogni riconducibili all'indirizzo di vita. Per tale ragione, occorre procedere ad una interpretazione restrittiva dell'art. 190 cc. in virtù della quale la responsabilità parziaria dei beni personali, in costanza del regime di comunione, non opera riguardo alle obbligazioni contratte per soddisfare bisogni della famiglia<sup>186</sup>.

Il creditore è dunque maggiormente garantito ove l'obbligazione soddisfi una esigenza es-

---

<sup>184</sup> La giusta osservazione è di M. PARADISO, *op. cit.*, p. 224 ss.; nonché S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 379.

<sup>185</sup> In tal senso v. M. PARADISO, *op. loc. cit.*; S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 385.

<sup>186</sup> A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, cit., p. 628, ritiene invece che la norme introduce una limitazione di responsabilità del coniuge che non ha contratto l'obbligazione.

## JUS CIVILE



senziale o che sia comunque riconducibile all'indirizzo concordato, per quanto è dato desumere ai terzi anche sulla base delle scelte pregresse<sup>187</sup>.

Nei casi dubbi sembra appropriato addossare all'altro contraente un onere di diligenza nel verificare la conformità dell'iniziativa a detto indirizzo o ad acquisire il consenso dell'altro componente dell'unione, al fine di poterne poi invocare la responsabilità.

9. – Appare opportuno chiedersi a questo punto se l'espressione “indirizzo della vita familiare” sia appropriata o debba considerarsi una mera disarmonia linguistica all'interno di un (più o meno) condivisibile quadro tracciato dalla legge, volto a sopprimere tutti i riferimenti alla famiglia contenuti nel codice civile a proposito della coppia coniugata quando si intende indicare la coppia vincolata da unione civile. Si tratta in altre parole di stabilire se detta coppia possa considerarsi a tutti gli effetti una famiglia, la quale si affiancherebbe allora a quella legittima menzionata dall'art. 29 cost., o dia vita ad un rapporto di tipo diverso, il cui riconoscimento non porrebbe allora problemi di costituzionalità, anche se si aderisse alla tesi tradizionale secondo la quale la norma prevista dalla Carta non consentirebbe di introdurre all'interno dell'ordinamento modelli alternativi rispetto alla famiglia fondata sul matrimonio. Ma anche se si ritenesse il contrario, l'interrogativo non rivestirebbe secondaria importanza sia al fine di formulare un giudizio sull'iniziativa del legislatore sia nella prospettiva di una individuazione dei valori su cui si fonda l'ordinamento e della ricostruzione sistematica dell'istituzione familiare, in vista dell'applicazione a queste unioni delle norme relative alla stessa. Si pensi, ad esempio al riferimento contenuto nell'art. 31 cost. circa l'adozione di misure economiche ed altre provvidenze volte ad agevolarne la formazione, all'art. 36 cost. il quale richiede che la retribuzione sia sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa, all'art. 37 cost. che impone di assicurare alla donna condizioni di lavoro tali da consentire l'adempimento della funzione familiare che le è propria, alla nascita del vincolo di affinità con i parenti dell'unito civilmente.

Nell'affrontare il problema di costituzionalità della legge è necessario partire dall'opinione, espressa da una parte della dottrina, a giudizio della quale i limiti posti dall'art. 29 cost. sarebbero tali da doversi escludere la possibilità di considerare famiglie le unioni non matrimoniali (bensì unioni parafamiliari)<sup>188</sup>. L'espressione “società naturale” contenuta nell'art. 29 cost. non legittimerebbe infatti la ricostruzione dell'istituto in chiave evolutiva ma starebbe ad indicare che la famiglia preesiste allo Stato, il quale deve limitarsi a riconoscerla ed a rispettarne l'autonomia<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> Osserva F. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 295 che in questo caso l'altro contraente è meritevole di protezione anche se l'obbligazione non rientra effettivamente nell'ambito dell'indirizzo concordato.

<sup>188</sup> Cfr. per tutti A. RUGGERI, «*Strane*» idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche e implicazioni di ordine istituzionale, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, p. 331 ss.; ID., *Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate?* cit., p. 251 ss.; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 520 ss.; G. GIACOBBE, *Famiglia, molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam.*, 2006, p. 1219 ss.

<sup>189</sup> Con riferimento a questo aspetto v. A.M. SANDULLI, *Commento all'art. 29 cost.*, in *Comm. al dir. it. della famiglia*, diretto da G. CIAN-G. OPPO-A TRABUCCHI, cit., I, p. 7 ss.

## JUS CIVILE



per garantire adeguato sviluppo alla persona. La soluzione contraria non potrebbe fondarsi sul dettato dell'art. 2 cost. perché la formazione sociale familiare, tutelata dall'ordinamento, sarebbe solo quella delineata specificamente dall'art. 29 cost.<sup>190</sup>. Proprio per questa ragione sarebbe precluso sia all'interprete sia al legislatore adottare soluzioni o iniziative tendenti ad assimilare, nella sostanza, alla famiglia legittima altre forme di unioni affettive. Ulteriore difficoltà sarebbe costituita dal fatto che nell'unione civile manca la diversità di sesso, il quale costituirebbe connotato fondamentale della famiglia. Contraria al dettato costituzionale sarebbe anche l'introduzione di singole norme che le tutelino allo stesso modo dell'unione coniugale, quando "l'appartenenza alla famiglia costituisce un titolo di preferenza"<sup>191</sup>, (si pensi ai diritti successori). Di qui la conclusione che per introdurre nuove forme di unioni familiari o persino singole norme caratterizzanti la famiglia occorrerebbe procedere alla revisione dell'art. 29.

Negativo è anche il giudizio circa l'opportunità di introdurre nell'ordinamento modelli alternativi di famiglia rispetto a quella legittima.

Alla conclusione opposta perviene la dottrina maggioritaria più recente<sup>192</sup> secondo la quale è da privilegiare, invece, una interpretazione sistematica ed evolutiva del dettato costituzionale, intesa a valorizzare i mutamenti sociali verificatisi nel tempo circa il modo di vivere la vita affettiva di coppia. In questo senso sembrerebbe invero orientata anche la Corte costituzionale la quale, nella sentenza n. 138 del 2010, afferma che il concetto di famiglia deve interpretarsi tenendo conto "non solo delle trasformazioni dell'ordinamento ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi"<sup>193</sup>.

Ancor più significativa è la posizione assunta dalla Corte EDU la quale, ormai da molti anni, ha sottolineato che il diritto alla vita familiare, enunciato dall'art. 8 della Convenzione EDU, è riconosciuto non solo alle famiglie fondate sul matrimonio ma anche alle coppie di fatto<sup>194</sup>, ivi comprese le unioni omosessuali<sup>195</sup>.

A mio avviso appare preferibile la soluzione, accolta dalla corrente di pensiero più recente,

---

<sup>190</sup> A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, p. 329 ss. ed anche gli autori cit. alla nota 188.

<sup>191</sup> A. TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 32.

<sup>192</sup> Cfr. Per tutti, F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 148 il quale osserva che «l'assunzione dello schema da socialmente a giuridicamente tipico non incontrerebbe quindi alcun ostacolo in chiave di costituzionalità (...) (ma) in chiave di opportunità»; V. SCALISI, *La «famiglia» e «le famiglie»*, in *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo*, Atti del Convegno di Verona (14-15 giugno 1985), Padova, 1986, p. 270 ss.; P. ZATTI, *Famiglia familiae – Declinazione di un'idea*, I. *La privatizzazione della famiglia*, in *Famiglia*, 2002, p. 9 ss.; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, a cura di T. Auletta, in *Trattato di diritto privato diretto da M. BESSONE*, I, Torino, 2010, p. 1 ss.; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU-F. MESSINEO, Milano, 2014, p. 1 ss.; F. ROMEO, *Famiglia legittima e unioni non coniugali*, in *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino, 2014, p. 3 ss.; ID., *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 665 ss.; M. SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 707 ss.

<sup>193</sup> Del 15 aprile 2010, cit. alla nota 3.

<sup>194</sup> CEDU, 22 aprile 1997, *X e altri v. Regno Unito*.

<sup>195</sup> CEDU, 24 giugno 2010, ric. 30141/04, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 1137, con nota di M. WINKLER; CEDU, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07 *X e altri v. Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 519.

## JUS CIVILE



che ritiene compatibile con i principi espressi dall'ordinamento la configurazione di una pluralità di "famiglie" o di "modelli familiari" alla luce di una lettura sistematica degli artt. 2 e 29 della costituzione<sup>196</sup> (l'art. 2 contempla dunque il *genus*, l'art. 29 la *species*)<sup>197</sup>. Infatti in realtà l'art. 29 non pone ostacoli all'introduzione (o all'applicazione) di regole che connotano la famiglia anche a unioni non fondate sul matrimonio, bensì impone al legislatore il riconoscimento del modello di unione fondato sul matrimonio, legittimando eventualmente scelte volte ad instaurare una tutela privilegiata della stessa rispetto ad altre forme di unione<sup>198</sup>.

Su questa linea si orientato almeno in parte il legislatore del 2016 il quale, discostandosi dall'interpretazione più restrittiva, ha ritenuto legittima l'iniziativa di introdurre una disciplina dell'unione civile ma ha inteso superare, nel contempo, i problemi prospettati, diversificandola per alcuni aspetti, dalla coppia coniugata (come si è precedentemente posto in luce) e definendo la prima "specifica formazione sociale", ai sensi degli artt. 2 e 3 della costituzione. In questa prospettiva la soluzione adottata non si porrebbe in contrasto col dettato dell'art. 29, anche se si condividesse l'interpretazione della dottrina tradizionale. Definizione quest'ultima che, tuttavia, non appare decisiva perché non vincola l'interprete, al quale spetta stabilire se nella coppia unita civilmente siano presenti i connotati essenziali caratterizzanti il rapporto familiare.

Sotto il profilo dell'opportunità, poi, occorre tenere conto che l'introduzione di una regolamentazione dell'unione civile era considerata doverosa sia da parte della Corte Costituzionale sia da parte della CEDU<sup>199</sup> (v. § 1).

Se dunque non si condivide l'idea secondo la quale può configurarsi una famiglia solo se fondata sul matrimonio occorre chiedersi se nell'unione civile possano individuarsi gli elementi caratterizzanti la coppia sposata e ne fanno pertanto una famiglia. Secondo autorevole opinione<sup>200</sup> (la quale peraltro nega la possibilità di ampliare il concetto di famiglia tanto da ricom-

---

<sup>196</sup> G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze: Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1719 s ritiene preferibile la prima espressione. V. anche citaz. alla nota 192. Non si tratta quindi di dimenticare – come afferma F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVII ed., Napoli, 2015, p. 317 – il ruolo di esclusività riservato dalla costituzione alla famiglia legittima, ma di privilegiare altra possibile lettura della norma.

<sup>197</sup> Cfr. in proposito anche A. SPADAFORA, *Contratti di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 1 ss.

<sup>198</sup> V. ampiamente in proposito A. AMBROSI, *Unioni civili ecostituzioine*, cit., p. 1676 ss., il quale ritiene possibile una equiparazione tra coppia coniugata ed unita civilmente senza che con questo venga violato l'art. 29 cost. È largamente condivisa peraltro l'idea secondo la quale la famiglia legittima rappresenta «l'istituzione» ed il riferimento per gli altri modelli familiari: v. in proposito V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità dell'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 2043 ss.; G. BONILINI, *op. cit.*, p. 1 ss.

<sup>199</sup> La CEDU, 21 luglio 2015, ric. 18766/11, *Oliari e altri v. Italia*. aveva condannato ancor di recente l'Italia, per violazione dell'art. 8 della Convenzione EDU a risarcire il danno subito da una coppia di omosessuali per il mancato riconoscimento di una tutela sufficientemente stabile della loro unione, come risulta quella fondata sull'attuale quadro giurisprudenziale. Con la propria inerzia, affermava la Corte, «il Governo italiano ha ecceduto il suo margine di discrezionalità e non ha ottemperato all'obbligo positivo di garantire che i ricorrenti disponessero di uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela delle loro unioni omosessuali».

<sup>200</sup> Ci si riferisce all'opinione espressa da A. TRABUCCHI per la cui completa ricostruzione si rinvia alle opere citate alle note 190 e 191, nonché a *Natura, legge famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 1 ss.

## JUS CIVILE



prendervi anche le unioni non fondate sul matrimonio) essi sarebbero costituiti dalla *certezza*, *esclusività*, *stabilità*, *vincolatività* del legame, *capacità espansiva*<sup>201</sup>, *diversità di sesso*.

*Certezza*, perché la nascita dell'unione coniugale deriva da un atto formale per di più sottoposto a pubblicità; *esclusività*, non potendo esistere più di una; *stabilità* perché, il matrimonio, quantunque dissolubile, non si estingue in maniera immediata ed assolutamente discrezionale ma solo al termine di un articolato procedimento che presuppone un accordo o una valutazione giudiziale, volto a salvaguardare la parte economicamente debole<sup>201</sup>; *vincolatività* perché la coppia assume doveri che, pur limitando la libertà, danno ad un tempo reciproca sicurezza<sup>202</sup>, "*capacità espansiva*" perché dal matrimonio sorgono vincoli di parentela che uniscono i membri della famiglia legittima, e di affinità con i parenti dell'altro coniuge; *diversità di sesso*, in quanto il modello che trova riscontro nel codice civile, ed a cui verosimilmente si è ispirato il costituente, è quello dell'unione di un uomo e di una donna.

La maggioranza dei suddetti caratteri sono riscontrabili anche nell'unione civile. Essa sorge infatti sulla base di una dichiarazione resa innanzi all'ufficiale civile che deve essere inserita nei registri di stato civile (*certezza*). L'unione non può essere costituita da chi è legato con altra persona in matrimonio o da altra unione civile (*esclusività*). Essa comporta l'assunzione di diritti e doveri volti a realizzare la comunione di vita della coppia (che può risultare anche formalmente mediante la scelta di un cognome comune), il cui perseguimento costituisce l'obiettivo dell'unione stessa (*vincolatività*). È necessario instaurare un procedimento giudiziale per giungere allo scioglimento, anche se più rapido e maggiormente semplificato rispetto a quello previsto per il matrimonio, al quale sopravvive nei medesimi termini il dovere di assistenza materiale (assegno di mantenimento, pensione di reversibilità, diritti sulla casa familiare) (*stabilità*).

Manca però la diversità di sesso dei membri della coppia che tuttavia non sembra incidere sulla sostanza del rapporto in quanto, a mio parere, l'essenza della famiglia è costituita dall'attuazione doverosa del progetto di realizzare la comunione di vita delineato dalla legge (anche se con qualche lacuna alla quale è chiamato ad ovviare l'interprete)<sup>203</sup>. E peraltro, ove così non fosse, dovrebbe considerarsi leso il diritto della coppia del medesimo sesso di formare una famiglia (art. 9 della Carta di Nizza) ed al rispetto della vita familiare, sancito dall'art. 8 della CEDU.

Carente sembrerebbe anche il carattere della *espansività*, in base alla considerazione che la coppia del medesimo sesso non è in grado di generare naturalmente e non può ricorrere a procreazione assistita, nonché sarebbe esclusa da ogni forma di adozione (anche quella del figlio

---

<sup>201</sup> Tale assunto non è posto in discussione da A. TRABUCCHI, *Pas par cette voie s'il vous plait!*, cit., p. 339, 343 il quale osserva che in caso contrario sarebbe come imporre le conseguenze del matrimonio a chi non l'ha voluto.

<sup>202</sup> Al significato e alle conseguenze degli impegni assunti dai coniugi con il matrimonio e dalle ripercussioni sulla libertà personale sono dedicate da A. TRABUCCHI numerose pagine nel saggio *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia*, cit., p. 28 ss.

<sup>203</sup> In senso contrario A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate? (nota minima su questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016)*, cit., p.

## JUS CIVILE



dell'altro componente). Preclusa sembrerebbe altresì la costituzione del vincolo di affinità con i parenti dell'altro, in quanto la legge non contiene una previsione in tal senso o un rinvio all'art. 78 cc. Riguardo al primo aspetto occorre ricordare tuttavia che in giurisprudenza è sempre più diffuso l'indirizzo secondo il quale, richiamando l'interesse del minore, si riconosce rilevanza al rapporto genitoriale costituito all'estero mediante procreazione assistita o adozione nei riguardi di persone dello stesso sesso onde il rapporto di parentela si costituisce non solo tra genitore e figlio ma anche con gli altri familiari (ad es., tra i fratelli). Pertanto la diversità con l'unione matrimoniale si limiterebbe alla mancanza del rapporto di affinità.

Tale diversità appare comunque del tutto marginale e non costituisce ostacolo a considerare famiglia la coppia del medesimo sesso, tanto più (ma ciò non è essenziale) se sussistono figli, anzi la natura familiare del rapporto suscita dubbi di ragionevolezza sulla scelta normativa di diversificare i membri dell'unione civile rispetto ai coniugi riguardo alla negazione del vincolo di affinità.

I riscontri normativi consentono allora di affermare, con ragionevole certezza, che accanto alla famiglia legittima si configura anche altro modello familiare derivante dalla costituzione dell'unione civile<sup>204</sup>. A questi due modelli dovrebbe aggiungersi poi, secondo un'opinione ormai largamente condivisa, la coppia che convive stabilmente in comunione di vita<sup>205</sup>, così come prefigurata anche dalla seconda parte della legge in esame (comma 36), quantunque non sussista un vincolo formalmente costituito. Certamente quest'ultimo modello non presenta la maggior parte dei caratteri in precedenza rilevati (mancano la vincolatività, e la certezza mentre la stabilità è meno garantita) e dunque porrebbe maggiori dubbi sul carattere familiare delle mere convivenze, problematiche che fuoriescono peraltro dai confini di questo contributo.

---

<sup>204</sup> Alla medesima conclusione sia pure con ragionamenti diversi, pervengono P. ZATTI, *Introduzione al convegno*, cit., p. 1663 ss.; G. IORIO, *op. cit.*, p. 86. Ma in senso contrario G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 143.

<sup>205</sup> La giurisprudenza ha fatto propria l'espressione "famiglia di fatto" per qualificare detta unione. Anche di recente la Cassazione (3 aprile 2015, n. 6855, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 681 con nota di E. AL MUREDEN) ha affermato infatti che l'espressione «indica prima di tutto una "famiglia", portatrice di valori di stretta solidarietà, di arricchimento e sviluppo della personalità». Analogamente in precedenza, Cass., 21 marzo 2013, n. 7214; Cass., 12 marzo 2012, n. 3923; Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 25; Trib. Torino, 1 dicembre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I p. 518.



ANDREA D'ALESSIO

Dottorando di ricerca – Università di Teramo

## LA TUTELA DEL CONSUMATORE NEI CONTRATTI DI GARANZIA PERSONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'ambito di applicazione della disciplina di tutela del consumatore ed i contratti di garanzia personale. – 3. La posizione della giurisprudenza italiana. – 4. (segue) L'accessorietà della fideiussione. – 5. (segue) Il fideiussore nella veste di contraente debole. – 6. La posizione della giurisprudenza europea. – 7. Conclusioni.

1. – La tutela del contraente debole nel sistema giuridico europeo e, conseguentemente, italiano consta da più di un ventennio della fondamentale tutela apprestata al consumatore avverso l'inserimento delle clausole vessatorie nei contratti conclusi con il professionista. Tale disciplina mostra ancora la sua forza vivificatrice, portando linfa ad un sistema che non ha preso atto appieno della potenzialità delle norme e dei principi che introduce.

Una delle questioni più discusse in questi anni è stata, certamente, quella relativa all'ambito di applicazione della disciplina di protezione. La scelta che ha animato il dibattito è stata quella di approntare un sistema di tutele che s'indirizzasse alla categoria inedita e del tutto peculiare dei consumatori, scelta che sconfessa in buona misura la stessa *ratio* animatrice dell'intervento<sup>1</sup>. All'interno di questo ampio contesto si colloca la tematica dell'applicabilità della tutela del consumatore ai contratti di garanzia personale. La discussione sul tema si compone di una pluralità di interventi dottrinali e giurisprudenziali che si sono susseguiti in questo ventennio e che hanno prodotto un quadro complessivo estremamente problematico e nient'affatto risolutivo. Può registrarsi, da ultimo, infatti, una profonda divergenza tra la posizione della Corte di Cassazione e quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

I contratti di garanzia personale rappresentano uno schema negoziale molto ricorrente nella prassi contrattuale, specie per alcuni settori del mercato, come quello creditizio. Il concetto di garanzia è immediatamente riferito al rafforzamento della posizione creditoria, che, nel caso

---

<sup>1</sup> La dottrina nel commentare tale scelta ha fatto notare da tempo come essa rischi di peccare in eccesso ed in difetto rispetto alla finalità di apprestare una tutela al contraente debole che versi in una posizione di squilibrio sostanziale per ragioni informative e per potere negoziale; di più, l'individuazione di un contesto soggettivo così ristretto non è funzionale sul piano della creazione di un mercato unico come luogo di scambi sicuri, senza rischio di abusi da parte dei contraenti forti, e, quindi, al riparo da condotte idonee a falsare il libero giuoco della concorrenza. Cfr. F. ASTONE, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore» e «professionista»*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in P. SCHLESINGER e F. D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2003, p. 156.

# JUS CIVILE



delle garanzie personali, data la natura generale della garanzia<sup>2</sup>, risulta essere particolarmente intenso.

Detta intensità si realizza, in tutta evidenza, a danno del garante, terzo rispetto al rapporto obbligatorio principale, che «obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui». Ciò ha giustificato la predisposizione di modelli di tutela specifica per la posizione del garante che possono riscontrarsi sia sul piano interno che su quello dell'analisi comparatistica.

Partendo dalla prospettiva interna, il modello tipico di contratto di garanzia personale fornito dal codice civile è quello della fideiussione (artt. 1936 e ss.), la cui disciplina, se ben analizzata, tradisce l'attenzione del legislatore per le istanze del fideiussore<sup>3</sup>, facile vittima di uno schema negoziale che si presta, quale duttile strumento, a celare gravi ipotesi di prevaricazione.

La prima norma che manifesta questa attenzione per le istanze del fideiussore è prevista all'art. 1937 c.c. ed impone un onere *sui generis* a carico del fideiussore: quello di espressa volontà di assumere la fideiussione. La *ratio* di tale previsione, mira a proteggere i (futuri) garanti dalle assunzioni di impegni non ponderati o scarsamente consapevoli<sup>4</sup>. Infatti, l'onerosità dello schema negoziale consiste, in prima battuta, nell'unilateralità dell'assunzione della posizione di doverosità alla quale non fa da diretto ed immediato contraltare un interesse che possa trovare espressione nel medesimo schema negoziale<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Per garanzia generale si deve intendere certamente, ed in prima battuta, la garanzia patrimoniale del debitore, contrapposta alle ipotesi di garanzie sussistenti su singoli e specifici beni, quali pegni o ipoteche, definibili speciali. La fideiussione, caratterizzandosi per l'impegno assunto in prima persona dal garante rispetto all'adempimento dell'obbligazione principale, realizza a favore del creditore anche un ampliamento della posizione di garanzia generale, fornendogli un patrimonio aggiuntivo (il proprio) su cui valersi in caso di inadempimento. Ciò rende indubbiamente più gravosa la posizione del fideiussore rispetto a quella di un terzo datore di pegno o di ipoteca. Ad ogni buon conto, va rilevato che questo aggravio non è dovuto tanto all'ampiezza dei beni che si sottopone all'altrui soddisfazione, ma alla fondamentale differenza che distingue le garanzie reali dalle garanzie personali: solamente nelle seconde il garante assume in proprio l'obbligazione altrui e l'estensione della garanzia reale prestata si giustifica in quanto accessoria all'obbligazione. Opinando diversamente, e cioè assumendo quale riferimento centrale della vicenda fideiussoria la responsabilità patrimoniale e non l'obbligazione assunta, si torna alla vieta teoria del debito e della responsabilità di marca tedesca, elaborata dal GIERKE.

<sup>3</sup> In tal senso si veda A. RAVAZZONI, voce *Fideiussione*, in *dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 258, il quale sostiene che sia uno dei tratti caratteristici della regolamentazione dell'istituto, legato alla sproporzione tra la funzione causale di garanzia ed il mezzo che la realizza (la creazione di una nuova posizione di obbligazione), e che permette di parlare di un vero e proprio *favor fideiussoris*.

<sup>4</sup> Cfr. G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2010, p. 104, il quale giustifica la previsione di manifestazione di volontà espressa «[...] per la gravità delle conseguenze cui dà luogo (*responsabilità* per l'inadempimento del debitore garantito) e in modo da fornire la certezza che il fideiussore sia consapevole di garantire l'altrui obbligazione».

<sup>5</sup> Si deve chiarire che ciò non vale a qualificare la fideiussione necessariamente come liberalità, poiché essa nella normalità dei casi è attuativa di un preciso rapporto di provvista sottostante. Si vuole, piuttosto, sottolineare la consueta irrilevanza di tale rapporto sulle sorti dell'impegno fideiussorio. Si vedano in tal senso G. STELLA, *op. cit.*, p. 29, il quale specifica che il contratto di fideiussione può definirsi a titolo gratuito solamente in sé considerato, ma che normalmente il fideiussore abbia un interesse patrimoniale a prestare la garanzia; C. M. BIANCA, *Diritto civile, vol. V, La responsabilità*, seconda edizione, Milano, 2012, p. 448 che qualifica il rapporto di provvista come seconda causa della fideiussione, consistente in un contratto di mandato o nella stessa attività imprenditoriale svolta dal garante,

## JUS CIVILE



La stessa accessorietà della fideiussione, in vero, comporta una disciplina normativa (artt. 1939, 1941 e 1945) che può denotare un certo *favor* per il fideiussore. Infatti, si prevede che la fideiussione non è valida se non lo è l'obbligazione principale; che il fideiussore s'impegna esclusivamente nei limiti di quanto è dovuto dal debitore principale, o anche per una parte di tale debito, ma mai a condizioni più onerose; che il fideiussore possa far valere tutte le eccezioni spettanti al debitore principale<sup>6</sup>.

Vanno poi considerate le discipline del rilievo (art. 1953) e dell'estinzione della fideiussione (sezione V: artt. 1955, 1956 e 1957). La prima mira a mettere a riparo il fideiussore dalla possibilità che le sue pretese di regresso siano vanificate da vicende attinenti alla sfera del debitore principale; la seconda, invece, predispone rimedio al pregiudizio che potrebbe derivare alle medesime pretese da fatti imputabili al creditore, quali l'aver dismesso le altre garanzie del credito (art. 1955 c.c.), l'aver fatto credito al debitore insolvente (art. 1956 c.c.) o il non aver prontamente attivato le sue istanze nei confronti del debitore principale (art. 1957 c.c.). Esse tutelano la posizione del fideiussore, nella fase esecutiva del rapporto, dalla condotta *abusiva* delle parti dell'obbligazione principale ed evitano che il fideiussore possa assumere il ruolo di soggetto su cui si scarichi il peso del rapporto principale.

In particolare, occorre rilevare che la disciplina dell'estinzione della fideiussione è ritenuta espressione del generale dovere di buona fede oggettiva o correttezza<sup>7</sup>. Questo riferimento ha permesso di chiarire e di ampliare la portata delle disposizioni in questione, specie degli artt. 1956<sup>8</sup> e 1957<sup>9</sup>, ed ha cristallizzato il principio del *favor fideiussoris* al punto che si potrebbe ri-

---

«[...] di regola irrilevante rispetto al rapporto garante-creditore»; G. BISCONTINI, *sub art. 1936*, in D. VALENTINO (a cura di), *Dei singoli contratti*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Torino, 2011, pp. 418 e ss, il quale nega la qualificabilità della fideiussione in termini di donazione obbligatoria a causa della residualità di tale figura rispetto alle altre ipotesi di assunzione gratuita di obbligazioni, ciascuna caratterizzata da una propria funzione specifica legata alle peculiari caratteristiche della propria prestazione.

<sup>6</sup> Sebbene queste disposizioni siano evidenti corollari del principio di accessorietà e denotino la causa di garanzia della fideiussione, bisogna rilevare che non sono mancate riflessioni sulla vessatorietà delle clausole con cui il fideiussore derogasse alla disciplina degli artt. 1939, 1941 e 1945. Tali clausole, per vero, pongono il principale problema della loro compatibilità con la causa di garanzia, ma tra le voci che ne sostengono l'ammissibilità si è posto il dubbio sull'applicabilità ad esse della disciplina degli artt. 1342 e 1469-*bis* c.c.; si veda in tal senso Cass. civ., sez. I, 29 ottobre 2005, n. 21101, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10.

<sup>7</sup> Si veda G. STELLA, *op. cit.*, pp. 618, 644-645, 699-700, secondo il quale il «trittico» rappresentato dai tre articoli si spiega sulla base del dovere di buona fede oggettiva o correttezza, in forza del quale si farebbe carico al creditore di agire tenendo conto anche degli interessi del fideiussore e, di conseguenza, di non agire in modo superficiale o abusivo per il sol fatto di confidare sulla garanzia personale. Ma si veda in senso contrario C. M. Bianca, *La responsabilità*, *op. cit.*, pp. 508 e ss, nelle quali l'A. pur riconoscendo una funzione unitaria alle tre disposizioni, consistente «[nel]l'esigenza di evitare l'aggravamento della posizione del fideiussore per causa del creditore [...]», ritiene che essa sia autonoma rispetto alle istanze di buona fede o rispetto ai criteri di imputabilità delle condotte sanzionate, le quali rilevrebbero sotto il mero versante obiettivo. Il riferimento al principio di buona fede, che informa l'intera disciplina dei rapporti tra il fideiussore ed il creditore, ha permesso di chiarire la portata delle norme sull'estinzione della fideiussione e del principio del *favor fideiussoris*,

<sup>8</sup> Ben nota è la discussione che si è animata intorno alla questione della fideiussione *omnibus* che ha condotto alla riforma avvenuta con la legge n°154 del 1992 e che ha portato alla modifica degli artt. 1938 e 1956 c.c.; di particolare interesse per il tema in trattazione è la vicenda relativa alla clausola di rinuncia alla preventiva autorizzazione di nuove concessioni di credito a favore di garantiti patrimonialmente non solidi di cui all'art. 1956 c.c.. Dapprima, essa



tenere sufficiente per il fideiussore la tutela già apprestatagli dalle norme del codice. In realtà, detta ricostruzione sistematica della disciplina della fideiussione conosce un limite legato alla sua derogabilità. Rispetto ad essa si pone il più delicato problema di tutela del garante, dal momento che i formulari impiegati dai finanziatori spesso ricorrono a questo tipo di deroghe e che il riferimento al dovere di buona fede non ha permesso di stigmatizzarle univocamente<sup>10</sup>. Tale

---

venne ritenuta valida in quanto espressione della libertà negoziale delle parti rispetto alla rinuncia ad uno specifico meccanismo derogabile di tutela; in tale fase, la giurisprudenza (si veda ad. es. Cass. civ., sez. I, 20/07/1989, n. 3386, in *Banca borsa tit. cred.* 1989, II, p.537), però, precisò che la rinuncia non potesse far venir meno il dovere di buona fede che avrebbe permesso comunque di sindacare la condotta concreta tenuta dal creditore in termini di abuso, con la possibilità di applicare in caso di violazione dello stesso la sanzione sancita dall'art. 1956 (liberazione del fideiussore). A seguito della riforma, il legislatore ha fatto chiarezza sancendo l'irrinunciabilità del meccanismo di liberazione. Tale evoluzione rende chiara l'attenzione per la delicata posizione del fideiussore dinanzi al creditore principale, la quale emerge come uno dei primi casi di applicazione del principio di buona fede in funzione di tutela di un contraente esposto all'abuso dell'altro ed al successivo meccanismo di inderogabilità del potere di opporre eccezioni. D'altra parte, il dovere di buona fede è utilizzato ancora oggi come parametro di sindacato della condotta del creditore nel concedere nuovo credito al debitore principale in difficoltà patrimoniali e, se violato, conduce alla liberazione del fideiussore dal vincolo; si veda in tal senso Cass. civ., sez. I, 09/08/2016, n. 16827, in *banche dati giuridiche De jure*.

<sup>9</sup> Anche questa norma viene comunemente ritenuta espressione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto. Si pone, dunque, il problema della sua derogabilità convenzionale. Si veda in tal senso G. BISCONTINI, *solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, Napoli, 1980, p. 198 e ss, in cui l'A. rilevando che l'art. 1957 è stato introdotto dal legislatore come mediazione tra gli interessi sia del fideiussore che del creditore, sostiene che non possa condividersi la posizione di sicura derogabilità, che non tenga conto degli interessi cui la deroga corrisponda nel caso concreto. Cfr., inoltre, G. BISCONTINI, *sub art. 1957*, in E. GABRIELLI, *Commentario al codice civile, op. cit.*, p. 602, per l'applicabilità della decadenza anche al contratto autonomo di garanzia in quanto espressione del dovere di buona fede che si impone anche a questo particolare contratto.

<sup>10</sup> Il limite all'impiego del dovere di buona fede in senso oggettivo per la censura delle deroghe convenzionali alla disciplina legale della fideiussione è dovuto all'incertezza di fondo legata alla portata del precetto, divisa tra regola di condotta e regola di validità.

Il principio di «non interferenza» tra regole di condotta e regole di validità, chiaramente definito nella sentenza Cass, Sez. Un., 19/12/2007, n°26724, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 6, I, p. 686 (con nota di CORRADI) ha destato un acceso dibattito in dottrina tra autori attestantisi su posizioni favorevoli alla distinzione (*ex multis* G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 41; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, pp. 9 e 17; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2005, pp. 1053 e ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, pp. 252 e ss; G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. e Impr.*, 2006, pp. 944 e ss; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 536 e ss; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, pp. 535 e ss.; L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, pp. 1071 e ss.; S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, pp. 61 e ss.); ed autori nettamente contrari ad essa (*ex multis* F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, pp. 418 e ss.; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, pp. 21 e ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le S.U.*, in *Contratti*, 2008, pp.393 e ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, pp. 349 e ss; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 953; V. SCALISI, *Il diritto europeo dei contratti: invalidità e inefficacia*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contracts: the common rules for a European law*, Padova, 2008, pp. 231 e ss.; I. FEDERICI, *Giudizio di validità e contratto giusto (riflessioni su un recente orientamento delle sezioni unite)*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 417 e ss.; R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, Torino, 2010, pp. 95 e ss.; A. VALONGO, *Profili di tutela individuale dell'investitore tra nullità e responsabilità civile*, Milano, 2012, pp. 85 e ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013). Occorre, infatti, notare che solamente qualora si sciogliesse

## JUS CIVILE



questione, a ben vedere, pone con forza la riflessione sull'applicabilità al fideiussore consumatore della tutela avverso le clausole vessatorie<sup>11</sup>, che permetterebbe di sanzionare proprio le ipotesi di deroga convenzionale al regime legale della fideiussione<sup>12</sup>.

Passando poi alla prospettiva comparatistica, può rilevarsi che questa specifica istanza di tutela per il consumatore garante, abbia assunto in alcuni Stati europei toni marcatamente legati ai caratteri delle discipline di protezione del contraente debole. Ciò si evidenzia nell'attenzione che in alcuni paesi è dedicata alle condizioni soggettive del garante a differenza della nostra disciplina codicistica che, mantenendo una applicazione generale, non è in grado di cogliere dette specificità. Si possono segnalare in tal senso, a titolo esemplificativo, le esperienze francese, inglese ed austriaca. In Francia, la posizione del consumatore garante è stata dapprima tutelata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, distinguendo tra *caution professionnelle* e *caution gratuite du consommateur*, poi con una specifica disciplina normativa inserita all'art. 341-4 del *Code de la Consommation*, che impedisce al creditore di escutere garanzie manifestamente sproporzionate rispetto al patrimonio del garante finché la condizione economica di quest'ultimo migliori notevolmente. Nel Regno Unito l'attenzione per il consumatore garante ha portato

---

se questa dicotomia a favore della funzione conformativa della buona fede si potrebbe ritenere sufficiente il suo impiego, quale espressione dell'ordine pubblico «di protezione», per affermare l'inderogabilità del regime legale della fideiussione e sanzionare con nullità, necessariamente parziale e relativa, le relative clausole.

<sup>11</sup> Infatti, pur senza poter prendere posizione sulla divergenza di impostazione esposta nella precedente nota, può rilevarsi che la buona fede, sia se intesa esclusivamente come regola di condotta, sia se intesa anche come regola di validità, non sarebbe in grado di soppiantare l'applicazione della disciplina di tutela avverso le clausole vessatorie.

Infatti, posto che alla base dell'applicazione di tale disciplina vi è l'accertamento del significativo squilibrio di diritti ed obblighi in concreto e che questo abbia tra i suoi parametri di valutazione la violazione della buona fede, i fautori della «non interferenza» ravvisano nella disciplina speciale *de qua* una delle ipotesi, comunque eccezionali, nelle quali il legislatore porrebbe l'invalidità come sanzione alla violazione di una norma di comportamento; al contrario, i detrattori della «non interferenza» propendono per una lettura sistematica ed assiologica di questa e, dunque, per la sua applicazione analogica a fattispecie non rientranti nel suo ristretto ambito di applicazione.

D'altra parte, il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, cui sembrerebbe più corretto fare riferimento in relazione alla disciplina dell'estinzione della fideiussione, ponendosi sul piano del rapporto, permette di censurare l'uso che in concreto il creditore faccia della posizione di vantaggio che il contratto squilibrato gli attribuisce. In altre parole, impiegare detto criterio presuppone la presenza di una posizione di potere, derivante dal contratto, il cui esercizio contrario a buona fede possa determinare un abuso ai danni dell'altro contraente. La tutela apprestata al consumatore avverso le clausole vessatorie, invece, colpendo con nullità le clausole vessatorie, opera sul piano dell'atto e, quindi, in una fase logicamente precedente a quella del rapporto, realizzando un effetto sulla portata (normativa) di questo, consistente nell'eliminazione del significativo squilibrio di diritti ed obblighi. Alla luce di questa considerazione può concludersi che la disciplina a tutela del consumatore avverso le clausole vessatorie fornisca una tutela maggiore rispetto a quella accordata dal principio di buona fede nell'esecuzione, e sarebbe l'unica a poter fondare in termini netti la riflessione in ordine alla derogabilità degli artt. 1955, 1956 e 1957 c.c., quanto meno nei rapporti tra professionista e consumatore. Ciò si lega di necessità al differente profilo rimediabile, caratterizzato nel primo caso dalla manipolazione del contenuto contrattuale, mediante nullità di protezione, e nel secondo dal risarcimento del danno o al più dal rimedio risolutivo. D'altronde, se così non fosse, data la portata generale del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, la stessa introduzione di una disciplina di tutela dedicata al consumatore sarebbe del tutto superflua.

<sup>12</sup> Si veda in tal senso F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 860, il quale ritiene che il centro della tutela ammessa dalla disciplina avverso le clausole vessatorie sia la deroga al diritto dispositivo che non sia frutto di trattativa, quale espressione della compressione della libertà negoziale di chi la subisce.

## JUS CIVILE



al riconoscimento di tutela mediante l'uso dei principi relativi alla *fairness* contrattuale, anche avverso la condotta del debitore principale che dovesse esercitare pressioni sul garante, dichiarando *unenforceable* la garanzia assunta sotto la sua *undue influence*. In Austria si richiede che, in base alla disciplina consumeristica, la garanzia non sia assunta sotto eccessive pressioni del debitore principale o a causa di una posizione di dipendenza nei suoi confronti<sup>13</sup>.

Inoltre, può segnalarsi che tale istanza di tutela abbia trovato seguito anche all'interno del DCFR, nella disciplina delle garanzie personali (*personal security*). In questo contesto si è realizzata una tassonomia che mira a distinguere dette garanzie in due diverse coppie definitorie con discipline differenziate. In primo luogo si distingue tra *dependent* e *independent personal security* a seconda che le garanzie facciano riferimento o meno al debito sottostante; in secondo luogo si distingue tra *consumer* e *commercial personal security*, in ragione dello status del garante. Alla garanzia personale assunta da consumatore è dedicato un capitolo autonomo (Capitolo 4, Parte G, Libro IV) che disegna una disciplina inderogabile da applicare nei casi in cui il creditore non sia un altro consumatore ed il debitore non sia una persona giuridica su cui il garante eserciti una forte influenza. Detta disciplina consta delle previsioni relative agli obblighi informativi precontrattuali a carico del creditore (IV.G.-4:103) tra i quali spicca un dovere di consulenza indipendente nel caso in cui il creditore sappia o abbia modo di sospettare che il garante non stia agendo liberamente in forza del suo rapporto col debitore principale; all'onere di forma scritta con sottoscrizione su supporto durevole (IV.G.-4:104); all'indicazione del contenuto della garanzia (IV.G.-4:105), che qualifica la posizione assunta dal garante come sussidiaria rispetto a quella del debitore principale salva previsione contraria e l'automatica conversione della garanzia da *independent* in *dependent*; agli oneri informativi in costanza di rapporto (IV.G.-4:106) ed alla possibilità di limitazione degli effetti della garanzia (IV.G.-4:107).

Dunque, a fronte della lettura delle norme del codice, che evidenziano l'attenzione del legislatore per il delicato schema negoziale della fideiussione, pur prescindendo dalle caratteristiche soggettive del fideiussore, e dell'analisi comparatistica che mostra come l'approccio europeo valorizzi, al contrario, la debolezza soggettiva dei consumatori garanti, si pone con forza l'interrogativo relativo ai margini di tutela rafforzata che potrebbero (*rectius* dovrebbero) spettare al fideiussore qualora questi versasse in una posizione di debolezza strutturale, anche nel nostro ordinamento giuridico.

Nel prosieguo si cercherà di sciogliere tale interrogativo per quanto attiene all'applicazione della disciplina di tutela del consumatore avverso le clausole vessatorie inserite nei contratti di fideiussione.

In tale ottica occorre rilevare che la posizione tradizionale emersa nella giurisprudenza italiana ed europea è di parziale chiusura. In particolare, si è ritenuto di poter estendere al fideiussore la tutela del consumatore nei soli casi in cui il contratto principale preveda la concessione

---

<sup>13</sup> Per un quadro più completo ed esaustivo in chiave comparatistica si veda D. CERINI, *Sovraindebitamento e consumer bankruptcy: tra punizione e perdono*, Milano, 2012, pp. 234 e ss.

# JUS CIVILE



di un credito a favore di un consumatore; mentre la si è esclusa nelle ipotesi di rapporto principale tra professionisti. Detta posizione, salda nella giurisprudenza italiana, ha visto un recente superamento nella giurisprudenza della CGUE, alla luce della quale, si pone la necessità di un'ulteriore riflessione sulla tematica ed una complessiva ridiscussione dei rigidi orientamenti precedentemente emersi.

2. – La disciplina di tutela del consumatore avverso le clausole vessatorie, dapprima attuata nel nostro ordinamento con l'inserimento degli artt. 1469-*bis* e ss. nel codice civile e poi confluita nel codice del consumo agli artt. 33 e ss., rappresenta una disciplina speciale che si riferisce esclusivamente ai contratti conclusi tra professionista e consumatore. Essa è dotata di presupposti di applicazione oggettivi e soggettivi. La questione se la stessa sia o meno applicabile al contratto di fideiussione si risolve, in definitiva, nella domanda se la fideiussione o, più in generale, i negozi di garanzia personale soddisfino detti requisiti.

Per quanto attiene al presupposto oggettivo, non si sono posti problemi insormontabili al tenerlo integrato dal contratto<sup>14</sup> di fideiussione, benché, originariamente, un ostacolo vi fosse in

---

<sup>14</sup> Sulla struttura della fideiussione molto si discute. Essa, infatti, rappresenta una classica ipotesi di impegno assunto unilateralmente da un soggetto ad esclusivo vantaggio del destinatario. Per questa ragione si alternano letture che vorrebbero qualificare la fideiussione come contratto e letture che la qualificano come negozio unilaterale.

Per la tesi che opta per struttura necessariamente contrattuale si veda V. ROPPO, *Il contratto*, seconda edizione, Milano, 2011, pp. 120 e ss., il quale pone la fideiussione gratuita nell'elencazione di contratti con accordo a «struttura leggera» cui si riferisce l'art. 1333 c.c., per i quali il mancato rifiuto tempestivo avrebbe il significato sociale e giuridico di accordo; ciò esclude che la fideiussione possa qualificarsi come promessa unilaterale, la cui efficacia sarebbe disciplinata dall'art. 1334 c.c., ma nei soli casi previsti dalla legge (art. 1987 c.c.); per la tesi che opta per la sufficienza della struttura unilaterale per la costituzione di una fideiussione si veda C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, seconda edizione, Milano, 2000, pp. 257 e ss., nelle quali l'autore cita la fideiussione come esempio di contratto con prestazioni a carico del solo proponente ed a seguire qualifica l'art. 1333 c.c. come norma dalla quale emerge la generale vincolatività delle promesse unilaterali gratuite.

Dà rilievo ad entrambe le posizioni G. STELLA, *op. cit.*, pp. 26 e ss., il quale enumera tra le fonti negoziali dell'obbligazione del fideiussore sia il contratto che l'atto unilaterale: in particolare la fideiussione avrebbe «normalmente» una natura contrattuale, che farebbe comunque riferimento alla modalità di conclusione dell'art. 1333, dal momento che tal contratto porrebbe obblighi a carico esclusivamente di una parte; egli afferma, inoltre, che la fideiussione possa costituirsi mediante negozi unilaterali specificamente previsti dalla legge (come il testamento o promessa cambiaria) o l'atto di adempimento dell'ordine del giudice di prestare fideiussione; infine, l'autore cita la posizione dottrina che vorrebbe la fideiussione come originante normalmente da promessa unilaterale, ma quale «questione controversa».

Va rilevato che, per quanto qui interessa, e cioè per l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore avverso le clausole vessatorie, la norma faccia riferimento alla presenza di un contratto tra il consumatore ed il professionista, il che non la farebbe ritenere applicabile ad una promessa unilaterale gratuita. Inoltre, l'art. 34 cod. cons. indica quale requisito di liceità della clausola la trattativa individuale tra le parti, generalmente assente in una promessa unilaterale. In vero, la questione potrebbe essere ridimensionata dall'applicazione, alle fideiussioni assunte mediante promesse unilaterali gratuite, dell'art. 1324 c.c., in quanto atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Inoltre, non potrebbe obiettarsi che la struttura unilaterale renda incompatibile l'applicazione della disciplina di tutela avverso le clausole vessatorie e ciò poiché anche rispetto ai negozi unilaterali possono ritenersi integrati i fondamentali presupposti dello squilibrio strutturale – informativo e dell'impossibilità di incidere sul contenuto del proprio negozio dal momento che, nella prassi, la fideiussione è assunta mediante la sottoscrizione di un modulo predisposto dal creditore professionale destinatario della promessa.

# JUS CIVILE



tal senso. Esso era legato all'infelice, nonché censurata, formulazione dell'art. 1469-*bis*, poi corretta con Legge n. 526 del 1999, che non si limitava a richiede la presenza tra professionista e consumatore di un rapporto contrattuale, ma specificava che il contratto avrebbe dovuto avere ad oggetto «la cessione di beni o la prestazione di servizi» a favore del consumatore. Ciò non ricorre, evidentemente, nella fideiussione, dal momento che il creditore vede solamente rafforzarsi la sua posizione, senza impegnarsi a dare o fare alcunché nei confronti del fideiussore. Tale ostacolo è stato superato facendo riferimento al contenuto dell'art. 1469-*ter*, comma 1, c.c. (oggi art. 34 cod. cons.) recante tra gli elementi da prendere in considerazione per la valutazione di vessatorietà delle clausole di un contratto, i contratti ad esso collegati. Dunque, in forza del collegamento negoziale sussistente tra la fideiussione ed il contratto di finanziamento principale, rispondente ai requisiti richiesti dalla norma, si è potuto aggirare il requisito della cessione di beni o prestazione di servizi<sup>15</sup>.

Va, inoltre, precisato che la fideiussione non rientra tra i tipi contrattuali esclusi dall'applicazione della disciplina elencati dal 10° «considerando»<sup>16</sup> della direttiva 93/13/CEE.

Lo snodo principale di tale vicenda è, dunque, rappresentato dalla ricorrenza, nel caso di fideiussione, del presupposto soggettivo di applicazione della tutela avverso le clausole vessatorie. Occorre, tuttavia, rilevare da subito che l'apertura in merito alla ricorrenza del presupposto oggettivo è forse stata troppo veloce e poco ponderata, come meglio si mostrerà nel prosieguo del discorso.

**3. –** La giurisprudenza italiana di legittimità e di merito, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità al contratto di fideiussione della disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti del consumatore ha coniato e consolidato un orientamento di chiusura parziale ormai ventennale<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Per la dottrina in tal senso, si vedano A. BARENGHI, *Art. 1469-bis*, in A. BARENGHI (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, p. 24; G. STELLA, *op. cit.*, p. 128; M. SESTA, *I contratti bancari, Commentario al Capo XIV bis c.c.*, in *Nuove leggi civ. Comm.*, 1997, p. 108. Per la giurisprudenza si vedano Cass. Civ., sez. I, 12/11/2008, n. 27005, in *Guida al diritto*, 2009, 1, 82; Cass. Civ., sez. III, 02/02/2006, n. 2279, in *Giur. it.* 2007, 5, 1130 (nota di MANGIALARDI); Cass. Civ., sez. I, 13/05/2005, n. 10107 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 6; Cass. Civ., sez. I, 11/01/2001, n. 314, in *Giust. civ.* 2001, I, 2149 (nota di DI MARZIO). Argomentazione differente è elaborata da F. FEZZA, *Le garanzie atipiche*, Milano, 2006, p. 123, secondo il quale anche se di regola si renda necessaria una tutela nei casi in cui il consumatore riceva contrattualmente un bene o un servizio da un professionista, non può escludersi che tale esigenza di tutela si mostri nelle ipotesi in cui sia il consumatore ad impegnarsi ad effettuare una prestazione a favore del professionista. D'altra parte, tale riflessione sembrerebbe in linea con la teoria riduttiva della figura del consumatore a quella di contraente non vincolato alla prestazione contrattuale caratteristica. Ma come si è correttamente affermato, si possono osservare ipotesi di notevole portata che sconfiggono tale idea, come ad. es. il contratto di lavoro subordinato ed i rapporti contrattuali di subfornitura, cfr. F. ASTONE, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore» e «professionista»*, *op. cit.*, pp. 180 e ss..

<sup>16</sup> Il 10° «considerando» della direttiva 93/13/CEE esclude segnatamente «[...] dalla presente direttiva i contratti di lavoro, i contratti relativi ai diritti di successione, i contratti relativi allo statuto familiare, i contratti relativi alla costituzione ed allo statuto delle società.».

<sup>17</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 03/02/2017, n. 2954 in *Banche dati giuridica De jure*; Cass. civ., sez. VI, 05/12/2016, n. 24846, in *Banche dati giuridiche De jure*; Cass. civ., sez. I, 09/08/2016, n. 16827, in *banche dati giuridiche De jure*;



Detto orientamento riconosce la possibilità di estendere la disciplina di tutela in questione esclusivamente alle ipotesi in cui la fideiussione acceda ad un contratto principale di cui sia parte un consumatore, con ciò mostrando di interessarsi, essenzialmente, al profilo soggettivo del debitore principale ed ignorando, almeno in prima battuta<sup>18</sup>, il riferimento alla qualifica soggettiva del fideiussore.

La riflessione alla base di questa rigida prospettiva ermeneutica si regge sulla caratteristica accessorietà della fideiussione e si estrinseca nel principio di attrazione della qualifica soggettiva del fideiussore in quella del debitore principale. Questa interpretazione, pur pronunciandosi sulla sussistenza del requisito soggettivo di applicazione della disciplina, in vero sposta l'intera riflessione su un dato, quello del collegamento negoziale e del rapporto tra i due contratti, non attinente alle qualità dei soggetti coinvolti nell'operazione<sup>19</sup>. Tale riflessione riguarda, piuttosto, un dato oggettivo<sup>20</sup>: l'accessorietà della fideiussione non le consentirebbe di assumere una rile-

---

Trib. Foggia, sez. I, 23/07/2015, in *banche dati giuridiche De jure*; Trib. Roma, sez. X, 26/06/2015, n. 13971, in *banche dati giuridiche De jure*; Trib. Monza, sez. III, 11/03/2015, n. 810, in *banche dati giuridiche De jure*; Cass. civ., sez. I, 28/01/2015, n. 1627, in *Guida al diritto*, 2015, 20, 74 (s.m.); Trib. Milano, sez. VIII, 12/06/2012, n. 7188, in *banche dati giuridiche De jure*; Trib. Padova, 09/01/2012, n. 47, in *Riv. Notariato*, 2012, 3, 689 (nota di RINALDO); Cass. civ., sez. III, 29/11/2011, n. 25212, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, 1686; Cass. civ., sez. I, 12/11/2008, n. 27005, in *Guida al diritto*, 2009, 1, 82 (s.m.); Cass. civ., sez. III, 08/06/2007, n. 13377, in *Giust. Civ.*, 2008, 4, I, 996; Trib. Bologna, 14/11/2006, n. 2603, in *Guida al diritto*, 2007, 7, 69 (s.m.); Cass. civ., sez. III, 13/06/2006, n. 13643, in *Giust. civ.*, 2007, 5, I, 1175; Trib. Palermo, 13/12/2005, in *Corr. del merito*, 2006, 3, 317; Trib. Padova, sez. II, 21/06/2005, n. 1682, in *banche dati giuridiche De jure*; Cass. civ., sez. I, 13/05/2005, n. 10107, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Trib. Foggia, 18/10/2001, in *Foro it.*, 2002, I, 614; Cass. Civile, sez. I, 11/01/2001, n. 314, in *Giust. civ.* 2001, I, 2149 (nota di DI MARZIO); Trib. Terni, 30/06/1999, in *Danno e resp.*, 2000, 866 (nota di PALMIERI).

<sup>18</sup> Sebbene la questione centrale analizzata dalla Suprema Corte sia quella delle qualifiche soggettive del debitore principale, si deve senz'altro ritenere pacifica l'esclusione dalla tutela del contraente debole di fideiussori professionisti, quali banche o altri soggetti che concedano la garanzia nell'esercizio della loro attività imprenditoriale o professionale; ciò, ovviamente, a prescindere dalla qualifica delle parti del rapporto principale.

<sup>19</sup> Ciò emerge dall'analisi della giurisprudenza sul tema. Si veda la sentenza Cass. Civile, sez. I, 11/01/2001, n. 314, in *Giust. civ.* 2001, I, 2149 (nota di Di Marzio): «[...] la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore. In tal senso è decisivo il carattere di accessorietà della fideiussione, in virtù del quale il contratto che costituisce l'obbligazione fideiussoria è collegato con il contratto costitutivo dell'obbligazione principale e proprio in virtù di tale collegamento rientra nell'ambito oggettivo di applicazione della direttiva»; dall'analisi di questa pronuncia emerge chiaramente quale sia stato il nodo centrale dell'argomentazione che ha portato a coniare il principio di attrazione delle qualifiche soggettive del fideiussore in quelle del debitore principale. Esso era rappresentato dalla difficoltà riscontrata nel ritenere soddisfatto il presupposto oggettivo di applicazione e non dalle problematiche legate alla qualifica di consumatore del fideiussore. L'aver risolto per mezzo del collegamento negoziale tra i due contratti il problema della ricorrenza del presupposto oggettivo della disciplina di tutela fa scontare alla verifica della ricorrenza del presupposto soggettivo quello che sembra un vero e proprio "debito" logico-interpretativo che appiattisce quest'ultima alla ripetizione, per altro puramente apodittica, dell'argomentazione precedente. Questa tendenza è rimasta, sebbene sia stata superata dalla riforma del 1999 l'infelice formulazione che aveva reso necessario il riferimento al collegamento negoziale.

<sup>20</sup> Ciò è stato acutamente rilevato anche dall'Arbitro Bancario Finanziario che, investito della questione della qualifica soggettiva del fideiussore in ragione della diversa composizione del collegio e della diversa disciplina sostanziale applicabile a controversie che vedessero come parte dei consumatori, si è più volte pronunciato sul punto. In particolare può farsi riferimento alla decisione del Collegio di Roma n°4109 del 26 luglio 2013, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), nella quale si afferma che «[sebbene sia] infatti incontrovertibile l'assunto secondo il quale l'asservimento funzionale del rapporto accessorio a quello principale ne giustifica l'assoggettamento alla disciplina propria di quest'ultimo (come del resto accade, in tutt'altro ambito giuridico, per i beni pertinenziali)



vanza giuridica autonoma ai fini dell'applicazione della disciplina di tutela. La posizione non arriva ad escludere la ricorrenza del presupposto oggettivo di applicazione degli artt. 33 e ss del cod. cons., ma opera in modo indiretto, facendo scemare la rilevanza del contratto di fideiussione ed attraendo la tutela del fideiussore in quella del debitore principale, quasi fosse l'unico consumatore coinvolto nell'operazione negoziale complessiva<sup>21</sup>. Una simile prospettiva, censurabile già sotto un profilo metodologico<sup>22</sup>, a ben guardare, presta il fianco ad un duplice ordine di critiche: uno relativo alla concezione di accessorietà impiegata; l'altro relativo alla finalità di tutela alla base della disciplina delle clausole vessatorie.

---

non sembra possa da ciò derivarsi l'automatica estensione al garante della qualifica soggettiva che compete al debitore principale, atteso che il collegamento tra i due negozi opera sul piano oggettivo, non anche su quello soggettivo concernente le diverse posizioni e, soprattutto, le diverse esigenze di tutela delle persone che tali negozi hanno posto in essere». Muovendo da questo rilievo l'ABF, con un orientamento più volte confermato (Collegio di Roma, n°7712 del 20 novembre 2014; n°6117 del 19 settembre 2014; n°4582 del 06 settembre 2013; n°4526 del 06 settembre 2013, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it)), ha fatto riferimento non tanto alle caratteristiche del rapporto principale, ma alle finalità che di volta in volta abbiano determinato il garante ad assumere il suo impegno. Questa posizione sembra in qualche modo anticipare la conclusione cui giunge la più recente giurisprudenza europea sul punto.

<sup>21</sup> Si esprime in questi termini M. SESTA, *op. cit.*, p. 108, il quale giustifica l'applicabilità della disciplina dei contratti del consumatore alla fideiussione grazie al collegamento negoziale tra i due contratti, in forza del quale la fideiussione soddisferebbe i requisiti della sinallagmaticità e della cessione di beni o prestazione di servizi; conseguentemente, egli sostiene che sia un dato di coerenza con la precedente affermazione ritenere che la qualifica soggettiva del fideiussore resti assorbita da quella del debitore principale. Dunque, l'A. stesso ammette che il principio di attrazione delle qualifiche soggettive trovi la sua origine e razionale giustificazione nella riflessione relativa alla ricorrenza del presupposto oggettivo di applicazione della disciplina di tutela e non a questioni relative al presupposto soggettivo.

<sup>22</sup> Va rilevato che l'accessorietà del rapporto di garanzia in generale, e della fideiussione in particolare, ha portato a ritenere estensibile a detta figura la disciplina di tutela apprestata al cliente nel TUB. Cfr. U. MORERA, *Sulla definizione di «cliente della banca»*, in *Vita Not.*, 1995, pp. 597 e ss., il quale afferma che, sebbene il garante non possa rientrare nella nozione, necessariamente empirica di «cliente», è altresì vero che «l'attività di acquisizione di garanzie appare «rientrare» nell'ambito di quel segmento dell'attività bancaria costituito dall'(attività) di esercizio del credito», come si rende evidente se non la si considera separatamente dal rapporto sottostante. La disciplina che si rende così applicabile al fideiussore comprende le disposizioni degli artt. 115 e ss. TUB, ed in particolare l'art. 116 (Pubblicità), l'art. 117 (per la forma dei contratti), l'art. 118 (Modifica unilaterale delle condizioni contrattuali), l'art. 119 (Comunicazioni periodiche alla clientela) e l'art. 120-bis (Recesso). Si veda, inoltre, sul punto la posizione dell'ABF, ribadita nella decisione del Collegio di Roma n°2306 del 2014, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), che riconosce la legittimazione del fideiussore a chiedere la documentazione relativa al rapporto principale ex art. 119 TUB, proprio in relazione all'accessorietà del rapporto di fideiussione ed al potere di sollevare tutte le eccezioni fondate sul rapporto principale. Occorre, tuttavia, precisare che detta disciplina di tutela si rivolge alla categoria dei clienti della banca senza definirne il concetto ed incentrando il suo ambito di applicazione, disegnato dall'art. 115, comma 1, TUB sulle attività svolte dalle banche o dagli intermediari finanziari. Questo permette di trarne importanti indicazioni, per quanto qui interessa, in un duplice senso. In primo luogo, offre una giustificazione metodologica all'impiego del principio di accessorietà, come concetto chiave nella riconduzione della fideiussione prestata a favore della banca all'interno dell'attività da questa svolta. In secondo luogo, rende evidente la portata generale della disciplina sulla trasparenza bancaria, essendo rivolta a qualsiasi cliente e prescindendo, dunque, da quei connotati soggettivi e strutturali di debolezza contrattuale che sono alla base della tutela apprestata ai consumatori. Si deve, pertanto, concludere che, sebbene detta disciplina rappresenti un primo possibile elemento di tutela per i fideiussori, lo è per tutti i fideiussori e non solamente per coloro che versino nella posizione di consumatori e non può, già da un punto di vista squisitamente definitorio, rappresentare tutela da sé sola sufficiente. Andando poi più nello specifico, può constatarsi che la trasparenza, che pur rappresenta un importante presupposto per consentire il rapportarsi su un piano di parità tra le parti, non permette di eliminare le specifiche ipotesi di prevaricazione generate dalla deroga imposta dalla banca garantita alla disciplina normativa della fideiussione.



4. – L'accessorietà del contatto (e quindi del rapporto) di fideiussione è un dato incontestabile, emergente dalla sua stessa funzione. La fideiussione consta di una causa derivata, che le perviene dal rapporto sottostante che il fideiussore garantisce obbligandosi personalmente. Il fideiussore si inserisce nel rapporto principale rafforzando la posizione del creditore, fornendogli un ulteriore soggetto verso cui vantare le proprie pretese creditorie e, di conseguenza, un nuovo patrimonio da aggredire. Il meccanismo che dà espressione a detta derivazione causale è quello del collegamento negoziale, di cui ricorrono i presupposti oggettivi e soggettivi. Esso, tuttavia, non si presta a giustificare un totale assorbimento della fideiussione nel contratto principale, quasi a voler ritenere che il rapporto fideiussorio sia privo di dati causali ed oggettivi propri ed autonomi.

Una prima peculiarità del collegamento negoziale che si realizza mediante il contratto di fideiussione è la diversità soggettiva delle parti dei singoli contratti. Infatti, il debitore principale è terzo rispetto al contratto di fideiussione ed il fideiussore è terzo rispetto al contratto principale.

È, poi, rilevante, il carattere unilaterale del collegamento, che determina la dipendenza della fideiussione dal contratto principale, non il contrario. Infatti, benché la fideiussione non sia valida se non lo è l'obbligazione sottostante ed il fideiussore possa far valere tutte le eccezioni fondate sul rapporto principale, il debitore principale non può far valere, a sua volta, le eccezioni fondate sul rapporto di fideiussione e la sua posizione di doverosità giuridica non viene scalfita dall'invalidità di questo; ed ancora, mentre la remissione del debito principale fa venir meno anche la fideiussione elidendone il sostrato causale essenziale, dalla rinuncia alle garanzie del debito principale non si presume la remissione di questo (art. 1238 c.c.). Ciò perché, mentre la funzione del contratto di fideiussione non può essere assolta in mancanza di un rapporto sottostante da garantire, il rapporto sottostante si presta ancora a soddisfare gli interessi con esso perseguiti dalle parti al venir meno della garanzia.

Infine, va precisato che il collegamento negoziale è un istituto giuridico distinto dal contratto misto o complesso; esso si caratterizza per la pluralità di negozi giuridici collegati, ciascuno caratterizzato da un proprio dato causale autonomo sebbene preordinato al raggiungimento di una causa ultima, consistente nella realizzazione dell'operazione economica complessiva<sup>23</sup>. Questa riflessione riguarda anche la fideiussione. Il fideiussore garantendo l'obbligazione altrui si colloca in un'operazione economica più ampia, ma pone in essere un'operazione giuridica (*rectius* negozio giuridico) unitaria ed autonoma.

L'accessorietà non è identità e non giustifica un totale assorbimento del negozio accessorio

---

<sup>23</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *Il contratto*, op. cit., p. 482: «in tal caso i singoli rapporti perseguono un interesse immediato che è strumentale rispetto all'interesse finale dell'operazione.». Particolarmente rilevante in merito la sentenza Cass. civ., sez. un., 05/02/2008, n. 2655, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 9, 1911, nella quale si esclude che la qualifica tributaria del debito principale possa comunicarsi al debito fideiussorio poiché: «[...] l'obbligazione principale e quella fideiussoria mantengono una propria individualità non soltanto soggettiva, data l'estraneità del fideiussore al rapporto richiamato dalla garanzia, ma anche oggettiva in quanto la causa fideiussoria è fissa ed uniforme, mentre l'obbligazione garantita può basarsi su qualsiasi altra causa idonea allo scopo», alla luce della quale diviene difficile ritenere coerente che addirittura le qualifiche soggettive del debitore principale possano attrarre quelle del fideiussore.



in quello principale<sup>24</sup>. Il negozio accessorio, infatti, può dar luogo ad autonome questioni di validità ed autonome vicende nella fase attuativa. Anche in relazione alla tutela del contraente debole bisogna, pertanto, ribadire l'autonoma considerazione che spetta al contratto fideiussorio.

La disciplina di tutela mira alla realizzazione coattiva di un assetto contrattuale scevro dal peso dell'abuso del professionista, mediante lo strumento della nullità di protezione che colpisce le clausole realizzanti vessazione. Queste regole di validità non possono che riferirsi alle clausole del negozio fideiussorio, le quali, come precisato, possono essere affette da autonome cause di invalidità. La posizione di debolezza che le norme mirano a tutelare non può che riferirsi al fideiussore, e ben può comportare la caducazione delle clausole del contratto di fideiussione, senza toccare il rapporto principale. Si pone, dunque, la necessità di verificare se sussistano ipotesi di vessazione che riguardino la sola posizione del fideiussore.

5. – La giurisprudenza italiana parte dall'accessorietà della fideiussione per arrivare a sancire l'attrazione della qualifica soggettiva del fideiussore in quella del debitore principale. Se già il ruolo assunto dell'accessorietà in questa impostazione ricostruttiva meriterebbe di essere ripensato in ragione di quanto detto, il principio dell'attrazione delle qualifiche soggettive emerge più ancora nella sua discutibilità sotto il versante della *ratio* di tutela del contraente debole.

La qualifica soggettiva di consumatore, di per sé molto criticata, rappresenta la specifica scelta europea di tutela del contraente debole avverso le clausole abusive. Essa è fondata sulla logica, per altro esplicitata da molte sentenze della CGUE<sup>25</sup>, che il consumatore, versando in una posizione di squilibrio economico ed informativo nei confronti del professionista, non sia in grado di incidere concretamente sulle condizioni del proprio contratto e ciò rende necessario l'intervento del giudice nel regolamento contrattuale al fine di stabilire un equilibrio altrimenti irraggiungibile.

Riferire l'applicabilità al contratto di fideiussione della disciplina di protezione nei soli casi in cui il debitore principale sia consumatore, equivale a sostenere che la posizione di debolezza cui la disciplina pone rimedio possa riferirsi al fideiussore soltanto nel caso in cui versi in tale situazione di debolezza anche il debitore principale e, quindi, che il fideiussore sia soggetto ad

---

<sup>24</sup> Si veda G. BISCONTINI, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*, *op. cit.*, pp. 95 e ss., che ritiene l'autonomia della fideiussione enunciata nello stesso art. 1936 c.c. mediante l'espressione «personalmente», con la quale si esprimerebbe il collegamento diretto, vale a dire senza interferenza strutturale con il rapporto principale, tra fideiussore e creditore di modo che «in seguito all'assunzione dell'obbligazione, il fideiussore deve la propria prestazione, sulla base di un titolo autonomo rispetto a quello che giustifica la prestazione del debitore c.d. principale e, adempiendola, dà attuazione ad un obbligo proprio e non altrui». Cfr., inoltre, G. STELLA, *op. cit.*, p. 248, il quale precisa che, sul piano del rapporto, l'obbligazione del fideiussore e quella del debitore principale, pur avendo il medesimo oggetto, si differenziano sotto il profilo causale: la prima avrebbe causa di garanzia, la seconda la trarrebbe dal rapporto contrattuale principale. In altre parole, Esse sarebbero due obbligazioni, benché identiche, diverse.

<sup>25</sup> Si può citare in tal senso la sentenza CGUE, 27/06/2000, n. 240, in *Giur. it.* 2001, p. 9 (con nota di TORRESI) (Oceano Grupo editorial) che per prima affermò tale concetto in materia di tutela dei consumatori, aderendo al paragrafo 24 delle conclusioni dell'avvocato generale, e che sarà ripresa in moltissime pronunce successive della CGUE.

## JUS CIVILE



abuso solamente se lo è anche quest'ultimo. Ciò avrebbe senso esclusivamente qualora si ritenesse che la vessazione a carico del fideiussore non possa che provenire da una vessazione sorta nel contratto principale.

Questo assunto fondamentale, tuttavia, va messo in discussione per due motivi: in primo luogo, poiché sono ipotizzabili clausole che impongano un significativo squilibrio di diritti ed obblighi esclusivamente a carico del fideiussore, senza toccare la sfera del debitore principale; secondariamente, poiché anche ipotizzando clausole del contratto principale che possano lambire e pregiudicare la posizione del fideiussore, egli non trarrebbe in tal caso tutela adeguata dall'applicazione della disciplina avverso le clausole vessatorie.

Partendo dall'analisi del primo motivo, si deve notare che il fideiussore versa in una posizione di debolezza specifica, legata alle caratteristiche del rapporto di garanzia personale, che si presta ad ipotesi di abuso proprie, ulteriori rispetto quelle che avrebbero origine nella posizione di debolezza del debitore principale<sup>26</sup>. Per convincersi di questo assunto sarebbe già sufficiente porre mente alla disciplina normativa di favore apprestata per il fideiussore, indicata in apertura, e denotante la specifica attenzione dedicata dal legislatore nel premurarsi che l'istituto non si presti a forme di abuso. Ma come può facilmente notarsi dette norme non considerano la debolezza del debitore principale e non fanno dipendere da questa la loro applicazione.

Si deve poi analizzare l'insieme di queste disposizioni sotto il profilo della loro derogabilità convenzionale che, come anticipato, rappresenta il vero "nodo gordiano" della disciplina della fideiussione che ha tenuto in scacco gli interpreti negli ultimi decenni. Qualora il fideiussore rinunciasse a qualche tratto del regime di favore che la legge gli riconosce, aggraverebbe non poco l'insieme dei diritti ed obblighi nascenti dal proprio contratto, senza che la posizione del debitore principale venga minimamente toccata se non in senso a lui favorevole, poiché una più semplice ed ampia escussione della garanzia potrebbe condurre ad un maggior accesso al credito.

D'altra parte, solamente il fideiussore può rinunciare agli elementi della disciplina normativa del suo rapporto con il creditore e, dunque, si dovrebbe avere esclusivamente riguardo alle sue caratteristiche soggettive nel valutare se tali deroghe siano state assunte consapevolmente ed all'esito della valutazione di convenienza che sottende la libertà negoziale. Se così non fosse, se il fideiussore versasse in quel deficit economico e cognitivo caratterizzante la posizione del consumatore e, pertanto, non potesse incidere sul contenuto del proprio contratto, egli verserebbe in una posizione di squilibrio tale da integrare la definizione di vessatorietà emergente dall'art. 36

---

<sup>26</sup> Cfr. C. M. BIANCA, *La responsabilità*, op. cit., p. 500 ed ivi nota n°80, nel senso che la posizione del fideiussore consumatore nei confronti del creditore professionista espone di per sé il fideiussore all'abuso del creditore e ciò permette di verificare l'invalidità, in violazione del principio di buona fede, delle clausole che aggravino «irragionevolmente» la posizione del fideiussore a vantaggio del professionista. Ancor più incisivamente F. Fezza, *Le garanzie personali atipiche*, op. cit., p. 124-125, nelle quali l'autore prospetta la violazione del principio di uguaglianza, costituzionalmente sancito, nel caso in cui si dovesse discriminare l'applicazione della disciplina a tutela del consumatore sulla base della qualifica soggettiva del debitore principale, posto che lo spirito della legge è quello di tutela della posizione di debolezza in cui versa il consumatore nei singoli contratti e che nel caso di specie dovrebbe riferirsi alla contratto di fideiussione.

## JUS CIVILE



cod. cons. e ciò prescindendo dalla posizione del debitore principale, estraneo alla fideiussione.

In tal senso, va osservato che le clausole del contratto di fideiussione con cui si derogasse agli artt. 1939, 1940, 1941, 1945, 1955, 1956 e 1957 c.c., rappresenterebbero chiare ipotesi di clausole vessatorie elencate nella lista fornita dall'art. 33, comma 2 cod. cons., tra quelle della lettera t), poiché limitanti la facoltà del fideiussore di opporre eccezioni; e le clausole che derogassero al foro del consumatore integrerebbero l'ipotesi della lettera u). Può aggiungersi, a conferma di quanto detto, che gli schemi contrattuali predisposti dall'ABI in relazione alla fideiussione *omnibus*, che recavano clausole di tal genere, sono stati sottoposti ad un attento controllo da parte della Banca d'Italia, che li ha censurati per violazione delle norme antitrust, in relazione al profilo dello squilibrio a favore degli istituti bancari ed a danno dei consumatori cui esse davano luogo<sup>27</sup>.

Ebbene, clausole di tal genere realizzano a carico del fideiussore un significativo squilibrio<sup>28</sup> di diritti ed obblighi attinente alla sua esclusiva posizione personale e non a quella del debitore principale, il quale non ne è affatto toccato. Qualora il fideiussore fosse un consumatore, ed in quanto tale mancasse di quelle conoscenze e competenze necessarie per comprendere la portata giuridica di tali clausole, non si potrebbe giustificare l'esclusione della tutela per il sol fatto che

---

<sup>27</sup> La Banca d'Italia ha fatto oggetto di due diversi provvedimenti (provvedimento n°12 del 3 dicembre 1994 e n°55 del 2005) le formule predisposte dall'ABI relative al contratto di fideiussione *omnibus*. Nel primo provvedimento si censuravano le clausole introduttive di termini discrezionali per l'effetto di comunicazioni alla banca, le clausole modificative in senso sfavorevole al cliente della disciplina stabilita agli artt. 1949, 1950 e 1945 c.c. e le clausole disponenti il valore probatorio delle scritture contabili della banca nei confronti del cliente. Il secondo provvedimento, invece, ha censurato gli artt. 2, 6, 8 dello schema, rispettivamente relativi alla "reviviscenza" della garanzia dopo l'estinzione del debito principale, alla deroga all'art. 1957 c.c., all'estensione della garanzia anche agli obblighi di restituzione del debitore derivanti dall'invalidità del rapporto principale. In questo secondo provvedimento sono fatte salve, invece, sia la clausola "a prima richiesta" che l'art. 13 del modello, il quale sanciva le deroghe da praticare sul modello stesso nel caso in cui sia il fideiussore che il debitore principale fossero consumatori. Nello specifico, la Banca d'Italia ha ritenuto legittima quest'ultima previsione proprio in relazione alla consolidata posizione giurisprudenziale sull'estensione della tutela del consumatore al fideiussore. Va rilevato, infine, che ad oggi i formulari di fideiussione *omnibus* mantengono detta distinzione all'art. 10.

<sup>28</sup> Un importante criterio di valutazione del significativo squilibrio di diritti ed obblighi consiste nel valutare il peso della deroga alla disciplina normativa predisposta per un determinato tipo contrattuale, per valutare se essa rappresenti un complessivo e significativo peggioramento del trattamento del consumatore. Tale criterio viene individuato dalla stessa CGUE, si veda ad es. la sentenza CGUE, sez. I, 14/03/2013, n. 415, in *Banche dati giuridiche De jure*, che al punto 68 così afferma: «[...] per appurare se una clausola determini un «significativo squilibrio» dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, occorre tener conto, in particolare, delle disposizioni applicabili nel diritto nazionale in mancanza di un accordo tra le parti in tal senso. Sarà proprio una siffatta analisi comparatistica a consentire al giudice nazionale di valutare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale. [...]». Si veda inoltre, S. TROIANO, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in P. SCHLESINGER, F. D. BUSNELLI (a cura di) *Commentario al codice civile*, Milano, 2003, pp. 71 e ss., nelle quali l'A. indica la deroga alla disciplina dispositiva di legge come «primo valido «indice» della incongruità di una clausola», sebbene non sufficiente per una automatica declaratoria di vessatorietà, in ragione del carattere tendenzialmente descrittivo dell'equilibrio tra le posizioni delle parti proprio delle norme dispositive. Attraverso l'applicazione di tale criterio emerge con chiarezza come la deroga alla disciplina normativa della fideiussione relativa agli artt. 1939, 1941, 1945, 1955, 1956, 1957 possa rappresentare un significativo squilibrio di diritti ed obblighi a carico del fideiussore.

## JUS CIVILE



il debitore principale fosse un professionista. Questa interpretazione, infatti, porterebbe ad eludere la *ratio* della disciplina di tutela<sup>29</sup>.

Il secondo motivo attiene a quello che parrebbe il logico corollario dell'impostazione giurisprudenziale, ossia l'argomento secondo cui l'accessorietà della posizione del fideiussore comporterebbe che questi possa scontare una posizione di abuso del professionista che lo colpisca indirettamente, a causa di particolari condizioni imposte al debitore nel contratto principale<sup>30</sup>. Ciò è legato all'art. 1945 c.c. che attribuisce al fideiussore la possibilità di far valere tutte le eccezioni spettanti al debitore principale, eccetto quella di incapacità; ed all'art. 1942 c.c. che estende la fideiussione agli accessori del debito principale. Ma in una simile prospettiva la tutela del fideiussore in quanto consumatore sarebbe del tutto inutile.

Infatti, se il debitore principale fosse un consumatore che accettasse clausole vessatorie di rinuncia a far valere eccezioni, il fideiussore, pur vedendo una limitazione delle eccezioni da lui opponibili, non avrebbe bisogno di una disciplina di tutela specifica per la propria posizione, in quanto dette limitazioni sarebbero nulle per il sol fatto di essere state imposte al debitore principale. In altre parole, sarebbe sufficiente la disciplina di protezione rivolta al debitore principale ad eliminare le clausole vessatorie che, pur colpendo in prima battuta la sua posizione, si scariassero anche sul fideiussore a causa dell'accessorietà del rapporto.

Al contrario, qualora il debitore principale fosse un professionista, poiché dette clausole sarebbero di per sé valide, non essendogli applicabile la disciplina di tutela, la vessazione si sposterebbe sul fideiussore che necessiterebbe di una tutela propria.

---

<sup>29</sup> La posizione di debolezza del consumatore garante può apprezzarsi sotto un profilo ulteriore rispetto a quello, strettamente giuridico, del significativo squilibrio di diritto ed obblighi assunti con il proprio impegno: il profilo del peso economico dell'assunzione con la garanzia. Ed in effetti la predisposizione di una garanzia personale, specie con i tratti caratteristici di squilibrio che alcune clausole possono introdurre, può determinare un importante effetto distortivo nel mercato del credito che ne permetta la concessione ben oltre le capacità economiche di cui disponga il cliente della banca. Da questo punto di vista la scarsa tutela di cui gode la posizione del fideiussore rientra a pieno titolo all'interno dei fattori determinanti il fenomeno del credito «irresponsabile». Detto concetto trova chiara descrizione ad opera di L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese ed ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Le società*, 2007, pp. 395 e ss. L'A. individua, quale tipologia di credito irresponsabile, il finanziamento «errato», rivolto ad un soggetto che non lo meritava per le sue caratteristiche patrimoniali o che lo meritava in misura ridotta. Questo fenomeno, che può riguardare tanto il finanziamento ai consumatori che quello alle imprese, è sorretto dalla prospettiva di recuperare il credito e lucrare gli interessi. Detta prospettiva è, in tutta evidenza, rinforzata dalla concessione di una garanzia personale squilibrata al finanziatore. Più in particolare, nella prospettiva del credito concesso in misura sovrabbondante verso le imprese, negare la tutela al consumatore che presti garanzia personale a favore del finanziatore implementa il fenomeno. Ponendosi, poi, nell'inversa ottica del credito «irresponsabile» ai consumatori, può rilevarsi che sebbene siano state introdotte apposite discipline sul credito immobiliare (artt. 120-quinquies – 120-noviesdecies TUB) e sul credito al consumo (artt. 121 – 126 TUB), non è presente nell'ordinamento un'apposita disciplina delle garanzie personali assunte da consumatori. In quest'ottica può, dunque, rilevarsi che la posizione di parziale chiusura sull'applicabilità della disciplina di tutela del fideiussore consumatore possa contribuire all'aumento dell'esposizione debitoria delle famiglie nelle quali alcuni membri esercitino o siano collegati ad una qualche attività di impresa ed altri, estranei ad essa, concedano la garanzia personale.

<sup>30</sup> Si veda G. STELLA, op. cit., p. 135 e ss., nelle quali l'A. compie una distinzione tra le clausole che «riguardano direttamente il rapporto fra garante e creditore» e quelle relative ad «eccezioni che spettano invece al debitore principale», giungendo a sostenere una tutela differente per il fideiussore rispetto ad esse.

# JUS CIVILE



Dunque, potrebbe sembrare, come è stato notato in dottrina<sup>31</sup>, che la posizione della giurisprudenza, di fatto, negherebbe la tutela del fideiussore proprio per quelle situazioni in cui egli ne avrebbe più bisogno. Tuttavia, questa criticità va ridimensionata, poiché anche in tal caso l'estensione al fideiussore della disciplina del contratto del consumatore non sarebbe idonea a fornirgli una tutela effettiva. Infatti, la clausola con cui il debitore principale rinuncia all'opposizione di eccezioni non realizza uno squilibrio a danno del fideiussore rimediabile attraverso l'applicazione degli artt. 33 e ss cod. cons., in quanto il meccanismo giuridico che permette l'estensione al garante di queste clausole non è un meccanismo convenzionale, ma un meccanismo normativo. Esso, nello specifico, è legato al carattere funzionale della garanzia personale e trova espressione nel dato normativo dell'art. 1945 c.c., secondo cui al fideiussore spettano tutte le eccezioni proponibili dal debitore principale, e soltanto quelle che il debitore principale possa effettivamente far valere. Dunque, in presenza della rinuncia del debitore principale al proponimento di eccezioni le alternative possibili sono due: o non si ravvisa alcuna clausola del contratto di fideiussione da sottoporre al sindacato di vessatorietà al fine di evitare l'estensione della rinuncia al fideiussore, o si ravvisa una clausola meramente riproduttiva del contenuto dell'art. 1945 ed, in quanto tale, non vessatoria ex art. 34, comma 3<sup>32</sup>, cod. cons..

Può farsi, inoltre, riferimento anche a quanto si afferma in relazione all'applicazione dell'art. 1942 c.c.. Se le parti del rapporto principale dovessero convenire accessori vessatori, quali potrebbero essere patti di interessi moratori o clausole penali eccessivi, essi troverebbero, applicazione diretta anche al fideiussore in relazione alla loro accessorietà al contratto principale. Anche in applicazione di detta norma, il fideiussore non potrebbe lamentare una vessazione a suo carico pur se ne avesse la possibilità<sup>33</sup>, poiché, benché l'art. 1942 c.c. faccia salvo il patto contrario<sup>34</sup>, difficilmente il dovere di astensione dall'abuso che grava sul contraente forte può rite-

---

<sup>31</sup> Si veda in tal senso U. RUFFOLO, in *le clausole "vessatorie", "abusive", "inique" e la ricodificazione negli artt. 1469 bis – 1469 sexies c.c.*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Clausole vessatorie e abusive: gli artt. 1469 bis e ss. c.c. e i contratti col consumatore*, Milano, 1997, p. 98 e ss., il quale ritiene che sarebbe proprio nei casi in cui il debitore principale fosse professionista a porsi con maggior forza l'esigenza di tutela del fideiussore. Si veda, in senso contrario, G. STELLA, op. cit., p. 138, il quale sostiene che queste ipotesi di vessatorietà, attinente alle eccezioni proprie del debitore principale, non possano essere lamentate dal fideiussore come vessazioni a suo carico, altrimenti «[...] la tutela consumeristica nei confronti del fideiussore, che è pur sempre in una posizione accessoria e di garanzia rispetto a quella principale, finirebbe per avvantaggiare indirettamente anche il debitore principale-professionista, che nell'esempio in questione otterrebbe così la riduzione del suo debito per compensazione, contro la clausola da lui specificamente pattuita».

<sup>32</sup> Art. 34, comma 3, cod. cons.: «non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea».

<sup>33</sup> Un altro caso nel quale il meccanismo di determinazione del contenuto della fideiussione sancito dall'art. 1942 c.c. permette che sia aggirata una disciplina di tutela è quello relativo all'onere di forma scritta posto dall'art. 1284 c.c. per le convenzioni di interesse che eccedano il saggio legale. Ebbene, è opinione diffusa che la pattuizione scritta occorra nel contratto principale, ma non occorra la sua ripetizione in quello accessorio di fideiussione. Cfr. G. STELLA, op. cit., p. 333.

<sup>34</sup> Il che lascia trasparire come la legge operi una presunzione di estensione della fideiussione a tutto quanto impegni il debitore principale, con la possibilità di un esercizio dell'autonomia negoziale che possa derogare a tale disposizione, rendendo meno onerosa la posizione del fideiussore.



nersi consistente in un dovere di pattuizione in deroga alla legge ed a favore del contraente debole, come d'altra parte rende esplicito lo stesso art. 34, comma 3, cod. cons., che si riferisce anche alle norme dispositive.

Da questa riflessione emerge il fraintendimento che sottende l'intera impostazione giurisprudenziale. La vessazione che colpisce il debitore principale è e rimane a suo esclusivo carico; il peso giuridico di essa si riverbera di necessità sulla posizione del fideiussore, ma senza l'abuso a danno di quest'ultimo, senza, in altre parole, comportare a carico del fideiussore un allontanamento significativo dalla disciplina normativa applicabile al suo contratto, ma, al contrario, a causa dell'applicazione puntuale di questa disciplina. Pertanto, il fideiussore non trae utilità dalla disciplina di tutela nei casi in cui la sproporzione sorge nel contratto di finanziamento, ma soltanto qualora sia egli stesso ad essere vittima dell'abuso del contraente forte in relazione alle condizioni che afferiscono direttamente al contratto di garanzia.

Infine, l'analisi da un punto di vista dinamico delle clausole che realizzano uno squilibrio di questo genere permette di rilevare un ulteriore argomento contro l'impostazione della giurisprudenza italiana. Queste clausole mirano a realizzare un vantaggio per il professionista consistente nel rafforzare l'escussione della garanzia limitando, in deroga alla disciplina normativa, i poteri del fideiussore di paralisi della pretesa creditoria nei propri confronti. Ciò si ottiene, a ben guardare, attraverso una più o meno ampia autonomizzazione della posizione del garante dal rapporto principale, fino ad arrivare all'estremo del contratto autonomo di garanzia<sup>35</sup>. Dunque, mentre la giurisprudenza rimane sulle sue rigide posizioni che si basano sull'accessorietà del contratto di fideiussione, il professionista lucra un significativo squilibrio di diritti ed obblighi limitando o eliminando proprio tale accessorietà<sup>36</sup>.

Questa posizione viene, infine, smentita dalla giurisprudenza recente della CGUE.

## 6. – La giurisprudenza, prima comunitaria ed oggi europea, si è pronunciata in diverse occa-

---

<sup>35</sup> Può notarsi che l'argomento dovrebbe perdere completamente di mordente in riferimento al contratto autonomo di garanzia. Esso, qualificato come contratto atipico e non semplicemente come speciale ipotesi di fideiussione, è privo del carattere dell'accessorietà e, quindi, in relazione ad esso si dovrebbe tornare a valutare esclusivamente la qualità soggettiva del garante. In questi termini si esprime la sentenza Trib. Genova, 07/04/2015, n. 1106, in *banche dati giuridiche De jure*. Va tuttavia rilevata la ben più pesante, e recente, posizione emersa nella sentenza Cass. civ., sez. VI, 05/12/2016, n. 24846, in *Banche dati giuridiche De jure*, nella quale la Suprema Corte, sebbene incidentalmente, afferma di non poter divergere dalla posizione di parziale chiusura dettata dal principio di accessorietà neanche nel caso di contratto autonomo di garanzia. Più in particolare, non potendo far perno sul collegamento negoziale, si afferma che il contratto autonomo di garanzia si inserisca funzionalmente nell'attività dell'impresa debitrice come elemento determinante della concessione del credito al quale i terzi creditori farebbero riferimento solamente in questa veste ed «esulando dai concetti di consumo o di bisogno personale del contraente» rilevanti per l'applicazione della disciplina di tutela.

<sup>36</sup> Si veda in tal senso A. CALDERALE, voce *Fideiussione omnibus*, in *dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 278, il quale riconosce che con la fideiussione *omnibus* il fideiussore assume una posizione particolarmente gravosa che si determini in ragione all'ampiezza dell'impegno, per le modalità dell'obbligazione, ma soprattutto per la rinuncia ai tradizionali benefici accordati al fideiussore dall'ordinamento giuridico.



sioni sul tema in trattazione. Nelle prime pronunce la Corte di Giustizia è stata chiamata in rinvio pregiudiziale a risolvere la questione applicativa di discipline di tutela del contraente debole diverse dalla disciplina di protezione avverso le clausole vessatorie<sup>37</sup>.

In questa prima fase, la Corte si attesta su posizioni sostanzialmente coincidenti con quelle della giurisprudenza italiana, escludendo l'applicazione generalizzata delle discipline di tutela al fideiussore. In particolare, la prima sentenza europea riguarda l'applicabilità della direttiva 85/577/CEE, sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali. In primo luogo, la Corte riconduce nell'ambito oggettivo di applicazione della direttiva i contratti di fideiussione, in forza di due argomenti: l'accessorietà della stessa al contratto principale e la qualificazione della fideiussione come contratto a favore di terzo<sup>38</sup>. In secondo luogo, essa esclude la rilevanza sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione delle fideiussioni accessorie ad un contratto principale concluso da un professionista<sup>39</sup>. La posizione sembra rappresentare, per la coincidenza delle argomentazioni<sup>40</sup>, il *leading case* su cui si è innestata la posizione della giurisprudenza italiana successiva.

Si rinviene poi una pronuncia in tema di contratti di credito al consumo, nella quale la Corte esclude la tutela del fideiussore per carenza degli stessi presupposti oggettivi di applicazione della direttiva 87/102/CEE<sup>41</sup>, sottolineando la differenza, in tal senso, rispetto alla disciplina dei

---

<sup>37</sup> I casi riguardano l'applicazione della direttiva 85/577/CEE, relativa ai contratti conclusi fuori dai locali commerciali e la direttiva 87/102/CEE, relativa al credito al consumo. Le sentenze in questione, tuttavia, mostrano una certa attinenza al tema della tutela avverso le clausole vessatorie poiché gli ambiti di applicazione soggettiva delle due direttive si riferiscono al consumatore.

<sup>38</sup> CGUE, sez. V, 17/03/1998, n. 45, in *Danno e responsabilità*, 1998, 330 (nota di SESTA): «18. [...] Orbene, la concessione di un credito costituisce un servizio ed il contratto di fideiussione è di natura accessoria rispetto al contratto principale, di cui il più sovente costituisce in pratica un presupposto. 19 Soprattutto, dal tenore della direttiva nulla emerge nel senso che chi abbia stipulato un contratto per la fornitura di beni o di servizi debba essere il destinatario di tali beni o servizi. [...] Non si può quindi escludere dalla sua sfera di applicazione un contratto a favore di terzi per il solo motivo che i beni o servizi acquistati sono da esso destinati all'uso di una persona estranea al rapporto contrattuale in questione.

20. Con riguardo allo stretto legame tra il contratto di credito e la fideiussione che ne garantisce l'esecuzione nonché alla circostanza che la persona che si impegna a garantire il rimborso di un debito può avere lo status di debitore in solido o di fideiussore, non può escludersi che la fideiussione ricada sotto la direttiva».

<sup>39</sup> CGUE, *ibidem*: «22. Tuttavia, risulta dal tenore dell'art. 1 della direttiva nonché dalla natura accessoria della fideiussione che può rientrare nella direttiva unicamente la fideiussione accessoria ad un contratto con cui un consumatore si sia impegnato, in occasione di una vendita a domicilio, nei confronti di un commerciante al fine di ottenere da quest'ultimo beni o servizi. Inoltre, dal momento che la direttiva è unicamente destinata a tutelare i consumatori, un fideiussore rientra nella sua sfera di applicazione soltanto se, in conformità dell'art. 2, primo trattino, della direttiva stessa, si sia obbligato per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale.».

<sup>40</sup> La Corte di Giustizia è stata, tuttavia, più chiara dei giudici italiani richiedendo espressamente che anche il fideiussore, a sua volta, sia un consumatore per rientrare nell'applicazione della direttiva.

<sup>41</sup> CGUE, sez. V, 23/03/2000, n. 208, in *Studium oecon.*, 2000, 798: «22. Così, il duplice fatto che la direttiva citi le garanzie nell'elenco degli elementi del contratto di credito considerati essenziali riguardo al mutuatario e non contenga alcuna disposizione espressa relativa al regime della fideiussione o di un'altra forma di garanzia dimostra che tale direttiva, prendendo in considerazione le garanzie destinate ad assicurare il rimborso del credito soltanto sotto il profilo della protezione dei consumatori, ha inteso escludere il contratto di fideiussione dal suo ambito di applicazione. [...] 25. Ora, considerati i suoi obiettivi, limitati esclusivamente all'informazione del debitore principale sulla por-



contratti conclusi fuori dai locali commerciali. Va, tuttavia, rilevato che la Corte, in questa pronuncia, si è riferita con estrema chiarezza al dato teleologico della disciplina in esame: nell'escludere l'estensione della protezione al fideiussore ha tratto argomento dall'assenza di strumenti di tutela per il fideiussore nella direttiva 87/102/CEE, non tanto per la mancata menzione del rapporto, ma ancor prima, per l'eterogeneità della posizione del fideiussore rispetto a quella del debitore principale, ridondante sulla diversità degli interessi concreti dei due soggetti e, dunque, sugli istituti di tutela da predisporre<sup>42</sup>. La Corte, dunque, supera l'argomento dell'accessorietà, ritenendolo inconferente e dedicandosi appieno a valutare i caratteri distintivi propri della fideiussione.

La Corte di giustizia ha mutato orientamento in due<sup>43</sup> recenti pronunce relative all'applicazione della direttiva 93/13/CEE. La prima riguarda la costituzione di una garanzia ipotecaria e di una fideiussoria da parte dei genitori per un debito contratto dalla società di capitali (s.r.l.) del figlio. L'argomentazione della Corte si snoda in tre punti fondamentali.

In primo luogo la Corte di Giustizia riconosce la delicatezza dell'operazione fideiussoria ed afferma la particolare debolezza del garante, specie per quanto attiene alla difficoltà di valutazione del rischio finanziario ad essa connesso<sup>44</sup>. Questa particolarità giustifica l'estensione della disciplina di tutela predisposta a favore del consumatore integrandone perfettamente la *ratio*.

La Corte, ben consapevole della presenza di un precedente orientamento restrittivo sul punto, ripercorre il percorso delle sue precedenti decisioni per sconfessare il criterio dell'accessorietà. Essa, infatti, sostiene che pur ritenendo sussistente l'accessorietà dei due rapporti, sia del tutto inconferente in tema di estensione della tutela del consumatore al fideiussore, poiché i due rapporti sono conclusi da soggetti diversi<sup>45</sup>. Questo passaggio denota il superamento del precedente

---

tata del suo impegno, e tenuto conto del fatto che la direttiva non contiene alcuna disposizione che possa offrire una protezione utile al fideiussore, che è interessato principalmente a conoscere la solvibilità del beneficiario del credito per poter valutare la probabilità di essere chiamato a rimborsare il credito stesso, si deve considerare che essa non può essere applicata a contratti di fideiussione. [...] 26. Inoltre, una estensione dell'ambito di applicazione della direttiva ai contratti di fideiussione non può fondarsi sul solo carattere accessorio degli stessi rispetto all'obbligazione principale di cui garantiscono l'esecuzione, poiché una simile interpretazione non trova alcun fondamento nel testo della direttiva, com'è stato affermato al punto 18 di questa sentenza, e nemmeno nella sua economia o nei suoi obiettivi.»

<sup>42</sup> In particolare la Corte chiarisce che la disciplina informativa predisposta dalla direttiva per il debitore, non fornisca un quadro chiaro e completo di informazione per il fideiussore, al quale interesserebbero più i dati relativi alla solvibilità del debitore principale che quelli strettamente legati al credito.

<sup>43</sup> La seconda pronuncia, CGUE, sez. X, 14/09/2016, n. 534, in *banche dati giuridiche De jure*, si limita a confermare la decisione emersa nella ordinanza Tarcau (CGUE, sez. VI, 19/11/2015, n. 74).

<sup>44</sup> CGUE, sez. VI, 19/11/2015, n. 74, in *banche dati giuridiche De jure*: «25. Questa tutela è particolarmente importante nel caso di un contratto di garanzia o di fideiussione stipulato tra un istituto bancario e un consumatore. Tale contratto si basa infatti su un impegno personale del garante o del fideiussore al pagamento del debito contratto da un terzo. Tale impegno comporta, per colui il quale vi acconsente, obblighi onerosi che hanno l'effetto di gravare il suo patrimonio di un rischio finanziario spesso difficile da misurare.»

<sup>45</sup> CGUE, sez. VI, *ibidem*: «26. Quanto alla questione se una persona fisica che si impegna a garantire le obbligazioni che una società commerciale ha contratto nei confronti di un istituto bancario in base a un contratto di credito possa essere considerata un «consumatore» ai sensi dell'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13, occorre rilevare che un siffatto contratto di garanzia o di fideiussione, sebbene possa essere descritto, in relazione al suo oggetto, come un contratto accessorio rispetto al contratto principale da cui deriva il debito che garantisce [v., nel contesto della



orientamento con l'acquisizione di una nuova prospettiva più aderente alle caratteristiche del sistema di tutela. L'accessorietà non è più vista come nodo centrale dell'accertamento della sussistenza del requisito soggettivo di applicazione; al contrario, chiarito che il contratto di fideiussione integri il presupposto oggettivo di applicazione della disciplina, non può che aversi riguardo alle sole caratteristiche del fideiussore per valutare la ricorrenza del presupposto soggettivo.

Dunque, la Corte esplicita il ragionamento che sottende il precedente orientamento per superarlo; l'idea secondo cui il carattere professionale delle finalità del debitore principale debba comunicarsi anche alle finalità per cui si presta la garanzia viene sostituita dalla valutazione diretta delle finalità del fideiussore. Ciò non comporta l'abbandono della prospettiva di valutazione comparativa delle posizioni interessate dall'operazione negoziale nel suo complesso, ma la sua correzione.

Infatti, il nuovo orientamento della giurisprudenza europea non nega totalmente la rilevanza delle caratteristiche del debitore principale, ma le individua, in una prospettiva dinamica, come elementi incidenti sulla qualificazione soggettiva del fideiussore: l'indagine sulle sue caratteristiche soggettive passa per l'individuazione del rapporto sussistente tra lui ed il debitore principale. Si supera l'orizzonte formale dell'appiattimento della qualifica soggettiva del fideiussore su quella del debitore principale e, recuperandosi specifica rilevanza alle sue caratteristiche soggettive e cioè all'indagine relativa allo scopo professionale o meno da questi perseguito con la garanzia, si converte l'analisi comparativa nell'analisi del rapporto sussistente tra debitore principale e fideiussore, al fine di escludere che questo possa incidere sulle finalità del fideiussore legandole ad un orizzonte professionale<sup>46</sup>.

7. – La nuova posizione emersa nella giurisprudenza comunitaria, mostra e corregge i limiti dell'orientamento tradizione, ancora adottato dai giudici italiani. Essa prende coscienza dell'errore di prospettiva che sottendeva la scelta di far dipendere dalla qualifica soggettiva del debitore principale l'estensione al fideiussore della disciplina del contratto del consumatore. L'accessorietà della fideiussione, infatti, non si mostra come argomento sufficiente per tale assunto, alla luce del particolare collegamento negoziale sussistente tra i due contratti e della *ratio* di tutela perseguita dalla disciplina di protezione.

Si auspica, dunque, un mutamento di posizione anche da parte della giurisprudenza interna

---

direttiva 85/577/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (GU L 372, pag. 31), sentenza Dietzinger, C-45/96, EU:C:1998:111, punto 18], dal punto di vista delle parti contraenti esso si presenta come un contratto distinto quando è stipulato tra soggetti diversi dalle parti del contratto principale. È dunque in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità in cui queste hanno agito.»

<sup>46</sup> In modo particolare la Corte si pronuncia sull'ipotesi in cui il fideiussore garantisca il debito assunto da un soggetto societario. In tal caso, oltre che l'estraneità ai fini legati alla propria professione la viene in rilievo un ulteriore criterio: la mancanza di un rapporto funzionale con la società che la Corte così definisce: «29 [...] collegamenti funzionali [...] quali l'amministrazione di quest'ultima o una partecipazione non trascurabile al suo capitale sociale.». In altre parole, la Corte fornisce al giudice interno anche dei criteri generali per valutare in quali situazioni il rapporto tra debitore principale e fideiussore possa escludere la qualifica di consumatore di quest'ultimo, rilevandone il compimento di atti per scopi relativi alla propria attività professionale.



sul punto, in modo da realizzare più compiutamente il sistema di protezione del contraente debole attraverso l'eliminazione dai contratti di fideiussione conclusi da soggetti non professionali e non legati da rapporti funzionali con il debitore principale, di quelle clausole, molto ricorrenti, di limitazione delle eccezioni proponibili dai fideiussori.

Sarebbe, inoltre, logica conseguenza di tale apertura la modifica dello schema predisposto dall'ABI in tema di fideiussione *omnibus*, con l'estensione dell'art. 10, relativo alle clausole non applicabili al consumatore, anche alle ipotesi in cui tale qualifica spetti esclusivamente al fideiussore e non anche al debitore principale. Ciò comporterebbe, in concreto, la non applicabilità ad ogni fideiussione prestata da consumatore della clausola "a prima richiesta"<sup>47</sup> o "senza eccezioni" (art. 5, comma 1) e la conseguente difficoltà di configurare contratti autonomi di garanzia in dette ipotesi<sup>48</sup>.

In conclusione, si pongono le basi per un complessivo ripensamento della posizione del consumatore garante, anche sotto il profilo delle garanzie personali, quale soggetto debole bersaglio di facili ipotesi di vessazione nel complessivo sistema di tutela delineato per la più tradizionale figura del consumatore debitore. In particolare, l'estensione a tutti i casi di consumatore fideiussore della disciplina di tutela avverso le clausole vessatorie, può rappresentare una base per ampliare, nel medesimo senso, l'applicazione di altre discipline come quella del sovraindebitamento<sup>49</sup> o per l'inserimento di nuove forme di tutela specificamente rivolte alla figura del consumatore garante.

---

<sup>47</sup> La clausola a prima richiesta è stata spesso interpretata anziché come totale deroga alla facoltà di opporre eccezioni, come clausola *solve et repete*, per quanto atipica estendendosi anche alle eccezioni escluse dall'art. 1462 c.c.; la Banca d'Italia proprio ricorrendo a detta qualificazione ha ritenuto di salvare nel 2005 la clausola "a prima richiesta". Si veda in tal senso anche G. Stella, *op. cit.*, p. 752, il quale fa riferimento alla qualificazione in termini di *clausola solve et repete* per segnalare come l'inserimento di detta clausola non valga di per sé a denotare del carattere dell'autonomia la garanzia personale, la quale potrebbe comunque qualificarsi come fideiussione vera e propria, sebbene dotata di una disciplina differente da quella legale. Ma si può notare che anche tale qualificazione della clausola "a prima richiesta" non sarebbe sufficiente a farla salva dalla declaratoria di vessatorietà, proprio perché la stessa clausola *solve et repete* si considera come clausola rientrante tra quelle descritte nell'elenco dell'art. 33, comma 2, cod. cons. e precisamente alle lettere r) per la sua formulazione ordinaria e t) per la versione in esame.

<sup>48</sup> Le nuove forme di garanzia vengono riconosciute come economicamente giustificate, poiché rispondenti all'interesse degli istituti bancari di poter prontamente realizzare il valore del proprio credito con effetti positivi tanto sul versante della stabilità bancaria, quanto, di conseguenza, sulla stessa disponibilità di credito per soggetti non particolarmente solidi economicamente. Cfr. L. PONTIROLI, *Fideiussione omnibus, Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2000 (aggiornamento), p. 386, in cui l'A. individua nella disciplina a tutela del consumatore uno degli indizi della prospettiva di chiusura per le *fideiussioni omnibus* (viste dallo stesso come strumento necessario per l'espansione del mercato del credito) e del progressivo abbandono cui tali formule sarebbero state destinate; in tal senso l'A. sottolineava come i «sostenitori del paternalismo legislativo» errassero nel valutare come unico orizzonte riflessivo quello della «pretesa utilità sociale» del riequilibrio della posizione dei contraenti deboli. Va tuttavia precisato che la tutela dei consumatori sia indubbiamente da qualificare come disciplina di ordine pubblico di particolare momento europeo tale da prevalere sulle esigenze del sistema creditizio, e ciò, se non altro, per il fatto che essa non esclude che la libertà negoziale si esprima in formule tali da venire incontro anche a tali esigenze, imponendo solamente che esse non si realizzino mediante l'abuso verso contraenti deboli, ma attraverso il coinvolgimento di soggetti professionali che meglio possano rispondere all'uso di tali schemi.

<sup>49</sup> Sull'applicazione della L. n°3 del 2012 ai debiti assunti mediante garanzia dal consumatore si veda R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 789 e ss.



*ROBERTA ALUFFI*

*Professore associato di Sistemi giuridici comparati – Università di Torino*

*MAGDA D'AMELIO*

*Dottoranda di ricerca – Università di Torino*

*SUSANNA MARTA*

*Dottoranda di ricerca – Università di Torino*

## **L'APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO BRUXELLES II BIS NELLA PRATICA GIUDIZIARIA ITALIANA<sup>1</sup>**

SOMMARIO: 1. Una presentazione della ricerca. – 2. Usi e disciplina terminologica. – 3. L'esame della giurisprudenza. – 3.1. Le decisioni che fanno applicazione del regolamento. – 3.2. Casi di applicazione problematica del regolamento. – 4. Le decisioni che non fanno applicazione del regolamento. – 5. Alcune questioni particolari.

1. – ITAC,<sup>2</sup> *Mobilità transfrontaliera e contenzioso civile – coppie e genitorialità nello spazio giudiziario europeo*, è un progetto finanziato dalla Commissione europea sull'applicazione del regolamento Bruxelles II bis, relativo alla competenza, riconoscimento e esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (regolamento (CE) n° 2201/2003).

La ricerca, promossa dalle Scuole della magistratura di tre paesi (Francia, Italia e Romania), è diretta dell'Ecole Nationale de la Magistrature, si giova della collaborazione di istituzioni universitarie (per l'Italia, l'Università degli Studi di Torino) e si colloca nell'ambito di attività della Rete europea di formazione giudiziaria, associata all'iniziativa.

Il progetto si concentra sulle decisioni dei giudici di primo grado dei tre Stati membri, per operare un inventario delle difficoltà tecniche concretamente sperimentate dai giudici e dagli

---

<sup>1</sup> L'articolo è stato sviluppato insieme dalle autrici. Tuttavia a Roberta Aluffi va attribuita la responsabilità per i paragrafi 1, 2, 5; a Magda D'Amelio per i paragrafi 3, 3.1, 4 e Susanna Marta per il par. 3.2.

<sup>2</sup> L'acronimo trae origine dalla denominazione francese del progetto: *Itinérances transfrontalières et affaires civiles: couples et parentalité dans l'espace judiciaire européen*. La ricerca è presentata in parallelo nei seguenti articoli, pubblicati nei tre paesi coinvolti: R. ALUFFI e R. SABATO, *Mobilità transfrontaliera e contenzioso civile – coppie e genitorialità nello spazio giudiziario europeo: presentazione di una ricerca in corso sull'applicazione del regolamento «Bruxelles II bis»*, in questa rivista (2017, 3, pp. 271-3, [http://www.juscivile.it/contributi/2017/19\\_AluffiSabato.pdf](http://www.juscivile.it/contributi/2017/19_AluffiSabato.pdf)); M. LAMARCHE e J. SAGOT-DUVAUROUX, *ITAC: Itinérances transfrontalières et affaires civiles: couples et parentalité dans l'espace judiciaire européen*, in *Dr. famille*, 2016, alerte 76; M. Lamarche, *ITAC – Circulația transfrontaliera și afaceri civile: căsătorie și autoritate părintească în spațiul judiciar European*, sul sito dell'Institutul National al Magistraturii (<http://www.inm-lex.ro/displaypage.php?p=161&d=1545>).

## JUS CIVILE



avvocati e identificare le prassi virtuose nell'attuazione del regolamento. I risultati dello studio potranno essere considerati dalla Commissione finanziatrice nelle iniziative di revisione del regolamento e costituiranno un'utile "analisi dei bisogni", a disposizione degli enti competenti per la formazione di magistrati e avvocati.

I dati raccolti per la ricerca provengono dal censimento delle decisioni, da un questionario strutturato e alcune interviste a magistrati e avvocati.

Per la raccolta delle decisioni, in ogni paese si sono individuate due sedi che, secondo una previsione ragionevole, si differenziassero per la mole di contenzioso che comporta l'applicazione del regolamento Bruxelles II bis. Per l'Italia sono state scelte Napoli e Torino.

Le decisioni, raccolte presso i Tribunali e i Tribunali per i Minorenni, nonché gli uffici di Procura della Repubblica a essi collegati, sono state classificate secondo una tabella condivisa tra i gruppi di ricerca nazionali e in cui sono indicati il tipo di decisione in funzione degli articoli del regolamento, il senso della decisione, gli elementi di estraneità, la questione di diritto internazionale privato trattata, la base dell'applicazione, la verifica d'ufficio della competenza o meno. Al di là della classificazione mediante i suddetti parametri nella tabella condivisa (in ordine ai quali si riferirà), i dati non si sono prestati a essere trattati con strumenti statistici, per la relativa disomogeneità che ha caratterizzato la loro raccolta.

Gli uffici contattati hanno efficacemente favorito l'attività di raccolta delle decisioni, nonostante le difficoltà dovute alla diffusa penuria di personale nelle cancellerie. I sistemi utilizzati per l'archiviazione elettronica dei dati utilizzati dai vari uffici non permettono ancora l'accesso diretto e integrale ai fascicoli, né l'individuazione automatica dei procedimenti in cui si fa menzione del regolamento. Presso i Tribunali per i Minorenni, l'archiviazione separata dei provvedimenti applicativi della Convenzione dell'Aja ha facilitato la ricerca almeno per quanto riguarda la sottrazione internazionali di minori. Come è ovvio, uno degli indici per l'individuazione dei procedimenti rilevanti per l'indagine è stato quello dei nomi delle parti. In molti casi si è potuto esaminare il fascicolo completo. Il lasso temporale stabilito per la ricerca dei provvedimenti (2010-2015) è stato coperto in funzione delle condizioni di accesso ai diversi uffici. Sono stati eccezionalmente prese in considerazione decisioni più recenti, se particolarmente interessanti.

Il questionario utilizzato, uniforme per i tre paesi, è stato articolato su trentasei domande, che riguardano l'esperienza maturata da chi risponde nel settore del diritto di famiglia e in particolare nel contenzioso internazionale, le prassi relative alla verifica della giurisdizione e le loro ragioni, i vantaggi percepiti nell'applicazione del regolamento, l'accessibilità delle informazioni che lo riguardano e l'opportunità di specifiche azioni al riguardo. Grazie alla sensibilizzazione da parte della Scuola Superiore della Magistratura, il numero di risposte raccolte in Italia è stato ragguardevole. Alcuni magistrati sono stati inoltre disponibili ad approfondire le risposte al questionario attraverso interviste, in cui hanno potuto liberamente segnalare questioni ulteriori, direttamente legate alla loro esperienza di applicazione del regolamento.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Hanno risposto al questionario trentatré magistrati; sei hanno partecipato alle interviste.

# JUS CIVILE



Dopo avere completato le fasi precedenti, sono state condotte interviste con avvocati individuati sulla base dei fascicoli presi in esame nella fase di analisi delle decisioni, per non escludere del tutto il punto di vista di chi contribuisce con il giudice alla messa in opera del regolamento. I risultati di queste interviste, per quanto parziali e necessariamente impressionistici, hanno tuttavia fornito alcuni interessanti spunti di riflessione.

## 2. – Prim

a di affrontare il cuore del tema e considerare l'applicazione del regolamento, può forse essere interessante spendere qualche parola su una certa evidente indisciplina del giurista italiano nei confronti dell'ordine terminologico che il regolamento richiederebbe.

Nei materiali raccolti per la ricerca, (provvedimenti, atti di varia natura e interviste), si nota il frequente ricorso del giurista al termine *giurisdizione*, del tutto assente dal regolamento.

È noto che in ordinamenti diversi dall'italiano con lo stesso termine si indicano tanto il potere dello Stato di assumere valide decisioni attraverso l'insieme dei propri organi giudiziari, tanto il potere di decidere del singolo giudice, debitamente individuato tra gli altri: *compétence* in Francia, *Zustaendigkeit* in Germania, *jurisdiction* in Inghilterra.<sup>4</sup> La distinzione tra i due concetti è eventualmente affidata all'aggettivazione del termine, così che il potere dello Stato è la *compétence internationale* dei francesi, la *internationale Zustaendigkeit* dei tedeschi e la *general jurisdiction* degli inglesi. In Italia invece si utilizzano due termini distinti: *giurisdizione*, riferito all'insieme degli organi giudiziari dello Stato, all'interno di ciascun plesso in cui essi sono organizzati, e competenza, che rimanda alla posizione del singolo giudice rispetto ai giudici dello stesso plesso.<sup>5</sup> In Italia, ma non in italiano. Oltre i confini nazionali infatti l'italiano dell'Unione Europea sopprime questa opposizione terminologica ed entrambi i concetti sono denominati *competenza*.

Questa discordanza terminologica non genera invero alcuna incertezza nell'interpretazione del testo del regolamento. Ma il giurista italiano, trovandosi sospeso tra due sistemi terminologici, finisce per scivolare verso l'uso lessicale municipale, anche quando parla del regolamento. Il riflesso non è dovuto a pigrizia o semplice abitudine, ma probabilmente al fatto che il giurista si proietta verso la necessità di mettere in opera il regolamento attraverso gli strumenti della procedura civile, le ben distinte eccezioni di difetto di giurisdizione e di difetto di competenza.

L'omologazione dei termini competenza, secondo il regolamento, e giurisdizione è operata dal giurista in modo automatico e inconsapevole. Quando nel corso delle interviste è avvenuto di soffermarsi su tale discordanza terminologica, chi rispondeva rifletteva sulla scelta lessicale

---

<sup>4</sup> L'uso di *jurisdiction* per indicare anche residualmente la competenza sarebbe legato all'importanza marginale della questione della competenza territoriale in un sistema, come quello inglese, in cui l'amministrazione della alta giustizia civile è concentrata (Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1975, p. 171).

<sup>5</sup> L'uso tradizionale trova solenne consacrazione nei codici: si vedano, ad esempio, gli artt. 37, 38 e 41 e ss. cod. proc. civ. e 7 ss. e 13 ss. cod. proc. amm.

# JUS CIVILE



del legislatore europeo, che come è noto non è una caratteristica esclusiva del regolamento Bruxelles II bis; ammetteva di non saperne riconoscere la ragione, pur dandone per scontate esistenza e persuasività. Nella sensibilità di qualcuno, l'effetto dell'abbandono del termine giurisdizione, sottilmente legato all'idea di sovranità dello Stato e della sua esclusività, si accorderebbe in modo suggestivo con le limitazioni della propria sovranità che lo Stato ha consentito per dar vita all'Unione. Si può tuttavia dubitare che questo fosse l'effetto consapevolmente ricercato dal legislatore europeo. Più semplicemente, in Europa l'italiano è una lingua di arrivo per le traduzioni, e non di partenza. Si tende quindi a uniformare le caratteristiche alle lingue di partenza. In questa chiave, il sacrificio del termine giurisdizione risponderebbe a semplici ragioni di simmetria e standardizzazione, che non necessariamente si traducono in maggior chiarezza al momento dell'approdo alla destinazione della traduzione.

Il futuro dirà se la scelta lessicale del diritto europeo influenzerà gli usi del giurista italofono più di quanto accada ora.<sup>6</sup> Ciò dipenderà dai progressi dell'integrazione e dai suoi effetti sulla formazione giuridica e sulla frequenza di applicazione del diritto europeo; ma anche da eventuali sviluppi del diritto interno.

**3.** – I partecipanti alla ricerca hanno convenuto di analizzare le decisioni reperite in due grandi gruppi: quelle che fanno applicazione del regolamento, nel senso che lo menzionano nel loro testo, e quelle che non ne fanno applicazione, pur in presenza di elementi di estraneità che apparentemente lo richiederebbero.

**3.1.** – Per quanto lo consente il numero relativamente ridotto di decisioni considerate, si può affermare che quelle che fanno applicazione del regolamento diventano più frequenti nell'ultima parte del periodo considerato.<sup>7</sup> Ciò potrebbe dipendere da un lato dalla maggior frequenza con cui si presentano casi riguardanti famiglie transnazionali, d'altro lato dalla crescente familiarità dei giudici con il testo.

Nella maggior parte dei casi il giudice si limita semplicemente a menzionare il regolamento tra le fonti su cui fonda la propria decisione, senza svolgere un compiuto ragionamento volto a chiarire la portata delle disposizioni e a decidere un punto controverso della causa. Si tratta quasi di formule di stile, spesso di generici rimandi al regolamento nel suo complesso.

Paradigmatico è l'uso, nei casi di sottrazione internazionale di minori, della menzione della

---

<sup>6</sup> Per completezza, va segnalata l'espressione *competenza giurisdizionale*, utilizzata dalla Convenzione di Bruxelles del 1968, relativa al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, poi ridotta a semplice *competenza* nel regolamento Bruxelles I (regolamento (CE) n. 44/2001), che disciplina la stessa materia. L'espressione cercava di mediare tra l'uso internazionale e quello interno ma, a giudicare dai documenti presi in considerazione per la ricerca, non è riuscita a imporsi. È stata tuttavia utilizzata nella traduzione del questionario dal francese.

<sup>7</sup> Nel 2010 si trovavano ancora provvedimenti in materia di sottrazione illecita di minori che, in fattispecie del tutto simili a quelle in cui più tardi il regolamento è applicato, non ne fanno menzione.

## JUS CIVILE



Convenzione dell'Aja, "come integrata dal regolamento CE 2201/2003". La formula, nella sua fissità, è richiamata automaticamente, come conferma il suo uso ultroneo, anche in casi in cui il regolamento non troverebbe spazio di applicazione.

Tra le questioni di diritto a cui, quando toccate, il giudice dedica una maggiore attenzione per risolverle sulla base del regolamento, c'è quella della competenza. Nei casi individuati, è sempre un'eccezione di parte a porre la questione.

Il Tribunale di Torino<sup>8</sup>, in un caso di domanda di divorzio proposta da una donna marocchina, sposata con un connazionale, in via preliminare rifiuta di accogliere la domanda da parte del convenuto che sia dichiarata la cessazione della materia del contendere per una sentenza di divorzio marocchina intervenuta tra le parti. Quindi afferma la propria competenza (*giurisdizione*) in virtù del regolamento "a prescindere dalla cittadinanza europea delle parti ed indipendentemente dalle norme sulla giurisdizione previste dal diritto nazionale"<sup>9</sup>, avendo verificato che nel caso in esame sussiste il requisito dell'ultima residenza abituale dei coniugi (art. 3, 1° comma, lett. a, regolamento). La residenza abituale in Italia di tutti i componenti della famiglia è in questo caso provata sulla base del certificato di famiglia e di residenza. Essa consente al Tribunale di dichiarare la sussistenza della "giurisdizione italiana" anche in relazione alla questione dell'affidamento dei figli (artt. 1, comma primo e 8 del regolamento), nonché al mantenimento del minore e della madre (regolamento CE 4/2009).

Nelle decisioni individuate, frequenti sono i casi di applicazione dell'art. 8 del regolamento, relativo alla competenza in materia di responsabilità genitoriale.

Si prenda ad esempio un caso di affidamento dei figli minori collegato a una domanda di separazione.<sup>10</sup> I coniugi e le loro figlie sono cittadini belgi residenti in Italia. Il Tribunale di Torino afferma la propria competenza sia per la separazione (art. 3 regolamento), sia per i provvedimenti relativi alla responsabilità genitoriale (art. 8 regolamento). La decisione fa un interessante cenno a un giudizio pendente in Belgio, il cui Tribunale ha rinviato la causa "in attesa di conoscere le decisioni assunte dal Tribunale di Torino, in particolare con riferimento all'affidamento delle figlie, questioni che non sono portate all'attenzione del Tribunale di Bruxelles, né avrebbero potuto esserlo".<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Tribunale di Torino, ordinanza del 20 gennaio 2015 (rg 11142/13).

<sup>9</sup> Il Tribunale qui riprende *verbatim* la dottrina. V. R. Clerici, *Giurisdizione e legge applicabile nelle controversie matrimoniali con cittadini extracomunitari*, in *Rivista dell'AlAF*, 3/2009, p. 5.

<sup>10</sup> Tribunale di Torino, ordinanza 18 dicembre 2014 (rg 29464/2014).

<sup>11</sup> Quest'ultima affermazione, che è fatta in termini generali e non con riferimento al caso concreto, sembra non tener conto dell'art. 12 del regolamento, che disciplina la proroga di competenza: le autorità giurisdizionali dello Stato membro competenti per il divorzio, la separazione personale dei coniugi o l'annullamento del matrimonio, possono esercitare altresì la competenza per le domande relative alla responsabilità dei genitori che si ricollegano a tali domande se almeno uno dei coniugi esercita la responsabilità genitoriale sul figlio e la loro competenza è stata accettata espressamente o in qualsiasi altro modo univoco dai coniugi e dai titolari della responsabilità genitoriale.

L'esclusione della possibilità di proroga di competenza fatta dal Tribunale di Torino potrebbe dipendere da un increscioso errore nel testo italiano del regolamento, per cui la proroga di competenza opererebbe a favore delle autorità che sono competenti in virtù dell'art. 5 del regolamento (che riguarda il caso marginale della competenza per la conversione della separazione in divorzio), e non del più generale art. 3.

## JUS CIVILE



Piuttosto approfondita è spesso anche la ricostruzione del quadro normativo che regola la competenza in materia di responsabilità parentale in casi di sottrazione di minori. Ne è un esempio la decisione del Tribunale di Napoli<sup>12</sup> resa relativamente all'affidamento di una bambina che la madre tedesca ha portato con sé in Germania dall'Italia, dove la coppia di genitori era vissuta con la figlia per diversi anni. La decisione dichiara che le autorità italiane conservano la propria competenza in base all'art. 3 del regolamento, escludendo, in base a un dettagliato esame dei fatti, l'applicabilità al caso di specie sia dell'art. 10, che dell'art. 15 del regolamento, sul trasferimento di competenza. Il Tribunale accoglie quindi la domanda di affidamento esclusivo da parte della madre e disciplina il diritto di visita del padre, decisione che andrà eseguita in Germania secondo quanto disposto dal regolamento agli artt. 40 e ss.

Tra le decisioni raccolte, vi sono anche casi in cui, in applicazione del regolamento, i Tribunali chiamati a giudicare hanno declinato la propria competenza. In particolare, una decisione del Tribunale per i Minorenni di Torino<sup>13</sup> risulta essere estremamente interessante.

Il Tribunale, in tema di affidamento di minore, dichiara il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana, stante la competenza dell'autorità giudiziaria tedesca.

In tali circostanze, il giudicante fonda la sua pronuncia sul concetto di "residenza abituale", determinando l'autorità competente a giudicare il merito della disputa ai sensi degli art. 8 e 10 del regolamento.

In mancanza di una definizione puntuale del concetto di residenza nel regolamento, il Tribunale ha ritenuto di dare spazio ad un'interpretazione autonoma ed uniforme al diritto dell'Unione tenendo conto dello scopo perseguito dalla norma di riferimento: l'interesse superiore del minore. Perseguendo tale scopo il Tribunale ha fatto riferimento ai luoghi di integrazione del minore e, soprattutto, a quanto i genitori hanno attuato ed organizzato nell'individuare l'ambiente sociale e familiare nel passato e per il futuro della figlia come medico pediatra, alloggio e asilo nido.

Un altro articolo del regolamento che trova applicazione abbastanza frequente è il 20, relativo ai provvedimenti provvisori e cautelari che, in casi di urgenza, le autorità dello Stato membro possono prendere nei confronti delle persone in esso presenti, nonostante la competenza a conoscere dell'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

Ad esempio, il Tribunale di Torino,<sup>14</sup> in un caso di separazione che riguarda una coppia rumena con figlia minore, richiama l'art. 20 del regolamento per affidare in via esclusiva alla madre la figlia, riconoscendo l'urgenza di provvedere nel fatto che la madre e la figlia si sono dovvute allontanare dall'abitazione familiare per un episodio con risvolti penali, in seguito al quale il Tribunale per i Minorenni ha emesso un decreto limitativo della responsabilità genitoriale. La particolare urgenza della situazione impedisce la sospensione per litispendenza del giudizio ri-

---

<sup>12</sup> Tribunale di Napoli, decreto del 14 marzo 2016 (rg 8214/2014).

<sup>13</sup> Tribunale per i minorenni di Torino, decreto 21 settembre 2011 (rg 1589/11).

<sup>14</sup> Tribunale di Torino, ordinanza 16 gennaio 2015 (rg 30564/2014).

## JUS CIVILE



chiesta dal marito (art. 19 regolamento), in riferimento al procedimento di divorzio instaurato in Romania prima dell'iscrizione della causa di separazione in Italia. Il Tribunale aggiunge che comunque, pur lasciando impregiudicata la determinazione della *giurisdizione* nel corso del giudizio di merito, per l'adozione dei provvedimenti relativi all'esercizio della responsabilità genitoriale, l'art. 8 del regolamento attribuisce valore decisivo alla residenza del minore, che nel caso di specie è in Italia.

Si è detto che, in materia di sottrazione minori, il riferimento al regolamento è spesso formale. Non mancano però casi in cui il quadro normativo è ricostruito nel dettaglio.

La domanda peculiare di un padre che, lamentando la sottrazione internazionale delle figlie minori, chiedeva i provvedimenti cautelari di urgenza ex art. 700 c.p.c., sul fondamento dell'art. 20 del regolamento, costringe il Tribunale di Napoli a chiarire nel dettaglio il complesso delle disposizioni invocate. I componenti della famiglia sono tutti italiani e hanno vissuto per un paio di anni nel Regno Unito, dove la donna e le figlie non fanno ritorno dall'Italia dopo una vacanza. Il Tribunale non ritiene che vi sia sottrazione delle minori perché il trasferimento delle minori era stato concordemente deciso e realizzato dai genitori, entrambi titolari dell'affidamento della prole. Né è provato che le minori siano state trattenute in Italia della madre. Ciò che più rileva è però che il Tribunale ritiene che il Regno Unito non sia il luogo di residenza abituale delle minori. È molto interessante la ricostruzione proposta dal Tribunale delle interpretazioni date dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, che non sempre tiene conto dei principi stabiliti dalla Corte di Cassazione. Secondo tale ricostruzione, due sono le tendenze che emergono: quella che dà rilievo alla volontà dei genitori, e quella che invece tiene conto principalmente della durata del trasferimento all'estero prima della sottrazione. Nel caso di specie, il Tribunale ritiene che la temporaneità dei contratti di lavoro della madre, che in Italia è titolare di un rapporto a tempo indeterminato, l'assenza di attività lavorativa del padre nel Regno Unito, la precarietà abitativa del nucleo familiare e la durata della permanenza all'estero escludano che le bambine abbiano avuto residenza abituale in Inghilterra. Il giudice fa inoltre notare come il padre non abbia richiesto il ritorno delle bambine in Inghilterra e che il richiamo dell'art. 20 del regolamento è inconferente, come ha anche ritenuto la Corte di giustizia, denunciando il rischio di *forum shopping* che ne deriverebbe<sup>15</sup>.

Sempre in materia di sottrazione internazionale di minori, i giudici si diffondono talora sull'articolazione del regolamento con la Convenzione dell'Aja del 1980. Così Tribunale Minori di Napoli, che con il decreto del 26 febbraio 2015 (rg. 12/2014), emette un provvedimento che prescrive il ritorno di un minore in seguito al "riesame" del diniego della istanza di rimpatrio emessa da un tribunale polacco, individua numerose violazioni dell'art. 11 del regolamento da parte dell'autorità giudiziaria straniera. Il Tribunale polacco non trasmette la propria decisione

---

<sup>15</sup> Tribunale di Napoli, decisione del 5 aprile 2016 (rg. 4883/16). Per quanto riguarda il diritto interno, neanche la scelta del rimedio cautelare in via d'urgenza scelto dal ricorrente ha fortuna. Il Tribunale la dichiara inammissibile per l'esistenza di uno diverso specifico rimedio per i provvedimenti di affidamento e mantenimento dei minori.

## JUS CIVILE



(art. 11, n. 6 regolamento), che viene fornita dalle parti; la decisione polacca di non ritorno, assunta in base all'art. 13 della Convenzione, "appare assolutamente priva di qualsiasi motivazione", e in particolare non fa menzione dell'inesistenza nello Stato di origine (Italia) di misure adeguate per assicurare la protezione dopo il suo ritorno, inesistenza che va provata per rifiutare il ritorno (art. 11, n. 4 del regolamento)<sup>16</sup>.

**3.2.** – In alcune decisioni, il giudice fa un'applicazione ultronea del regolamento, che tuttavia, nei casi considerati, non produce inconvenienti.

Per quanto riguarda l'adozione di provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale nei confronti di un minore moldavo residente in Italia, il Tribunale di Torino<sup>17</sup> afferma la propria competenza sulla base dell'art. 20 del regolamento. Tuttavia merita di essere sottolineato che l'art. 20 del regolamento si riferisce, in realtà, esclusivamente ai rapporti tra Stati membri, permettendo di derogare alla competenza generale stabilita dal regolamento (art. 8) in favore dei giudici di un altro Stato membro soltanto per l'adozione di misure provvisorie in via d'urgenza. Alla luce di tali osservazioni si può concludere che il Tribunale non abbia tenuto conto del fatto che la Repubblica di Moldavia è stato terzo rispetto all'Unione e che, in questo caso, la competenza del giudice italiano riposa direttamente sull'art. 8 del regolamento, anch'esso peraltro citato nella decisione.

Talvolta il regolamento è applicato in casi che non riguardano lo spazio giudiziario europeo, o perché coinvolgono Stati terzi, o perché sono puramente italiani.

Il coordinamento tra il regolamento e le Convenzioni internazionali può risultare problematico, e avviene che il giudice affermi la prevalenza del regolamento sulle Convenzioni internazionali anche fuori dal rapporto tra Stati membri.

Così il Tribunale dei Minori di Napoli rigetta la domanda di ritorno presentata dal padre ucraino sulla base "degli artt. 3,12 e 13 della Convenzione de l'Aja del 25 ottobre 1980, come ratificata e *integrata*". Peraltro, nel rifiutare il ritorno della minore in Ucraina dove sarebbe esposta a un rischio fisico o psichico grave, non si preoccupa di verificare l'assenza di misure adeguate per assicurare la protezione del minore dopo il suo ritorno, come sarebbe obbligatorio nei rapporti tra Stati membri (art. 11, n. 4 regolamento).<sup>18</sup>

È infine interessante ricordare una decisione che fa un'applicazione inattesa del regolamento. Più precisamente, il giudice evoca il regolamento, insieme ad altre fonti internazionali o sovranazionali, a semplici fini persuasivi, per rafforzare il proprio ragionamento in un caso che riguarda l'affidamento di una minore nata dalla relazione tra due italiani. Il Tribunale adito declina la propria competenza territoriale richiamando il principio del Giudice di prossimità, per cui, nei procedimenti che riguardano i minori, è competente il giudice del luogo in cui il minore ri-

---

<sup>16</sup> Tribunale dei Minori di Napoli, decreto del 26 febbraio 2015 (rg 12/14).

<sup>17</sup> Tribunale di Torino, ordinanza 13 maggio 2016 (rg 24110/2015).

<sup>18</sup> Tribunale dei Minori di Napoli, decreto del 7 maggio 2015 (rg 710/2014).

## JUS CIVILE



siede o si trova. Accanto al regolamento, cita la giurisprudenza della Corte di cassazione, la legge n. 64/1994 di ratifica ed esecuzione delle Convenzioni di Lussemburgo del 20 maggio 1980 e de L'Aja del 25 ottobre 1980. In particolare il giudice riporta il n. 12 dei considerando al regolamento per cui “è opportuno che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale ... si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza”<sup>19</sup>.

La decisione è, in un certo senso, una testimonianza del successo del regolamento e, allo stesso tempo, fornisce uno spunto interessante sugli usi della terminologia (par. 2). In questo testo l'interprete stabilisce una sostanziale continuità tra la competenza territoriale, di cui sta trattando, e la competenza secondo il regolamento (i.e. *giurisdizione*), in considerazione del principio assorbente dell'interesse del minore, che impone in ogni caso la prevalenza del principio di prossimità.

4. – La raccolta delle decisioni che, pur in presenza di chiari elementi di estraneità che lo richiederebbero, non fanno applicazione del regolamento, cioè non lo menzionano neppure, è complessa e dipende dalla possibilità di un accesso integrale e sistematico dei fascicoli. Come si è detto, a causa delle diverse condizioni di accessibilità nelle varie sedi e della gran quantità di documenti da esaminare, l'operazione non ha coperto interamente il periodo programmato (gennaio-febbraio 2015) ed è stata condotta presso il Tribunale Ordinario di Napoli e il Tribunale dei minorenni di Torino. I risultati, non utilizzabili a fini statistici, sono però interessanti.

Va innanzi tutto osservato che non è stato individuato alcun caso in cui il regolamento venisse completamente ignorato, nel doppio significato che la decisione non solo non facesse menzione del regolamento, ma giungesse anche a conclusioni con esso incompatibili.

È invece significativo il numero di decisioni che non fanno alcuna menzione del regolamento, senza che sia possibile stabilire se l'omissione riguarda soltanto la fase di redazione del testo, o già il ragionamento effettivamente sviluppato dal giudice. Il fenomeno è frequente in particolare relativamente alla verifica della sussistenza della competenza. Nelle decisioni esaminate il giudice italiano sarebbe competente secondo il regolamento, ma avrebbe ugualmente avuto la giurisdizione in applicazione della legge di diritto internazionale privato (l. n. 218 del 1995).

Un po' di luce su quanto verosimilmente avviene può essere gettata dalle interviste e i questionari effettuati con i giudici.

Gli intervistati sono unanimi a dichiarare che il giudice non manca di esprimersi sul punto della competenza/*giurisdizione*, nei casi di litispendenza internazionale, di cui egli è normalmente informato dalle parti, e in generale tutte le volte che queste ultime ne eccepiscono il difetto. Di contro, molti di coloro che hanno risposto ai questionari (66.67 %) ritengono che la mancata applicazione del regolamento dipenda dalla convinzione diffusa che sia inopportuno mette-

---

<sup>19</sup> Tribunale di Napoli, ordinanza del 20 marzo 2015 (rg 6298/2014).

## JUS CIVILE



re in dubbio la propria competenza, a meno che la questione sia sollevata da una delle parti.

Il giudice verifica con attenzione che sussista la propria competenza, e la dichiara espressamente, quando, in base alla propria esperienza, pensa di potersi trovare di fronte al *forum shopping* di una parte. Ma la giustizia italiana non è, almeno in questo settore, particolarmente attrattiva, e dunque il *forum shopping* è improbabile.

Se consideriamo più specificamente le decisioni qui in esame, quelle cioè in cui manca qualsiasi statuizione relativa alla competenza, i questionari e le interviste ne danno numerose possibili spiegazioni.

La grande maggioranza (84,85%) di coloro che hanno risposto al questionario riconosce che la mancata applicazione del regolamento può dipendere dal fatto che i giudici considerino inopportuno andare contro quello che appare l'accordo delle parti sulla competenza. In questo ha certamente un'influenza l'abitudine, sviluppata nell'applicazione del diritto internazionale privato italiano, ad ammettere che la giurisdizione possa fondarsi sulla accettazione delle parti, che può risultare semplicemente dal fatto che il convenuto compaia nel processo senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo (art. 4, n. 1. L. n. 218/1995). Si tratta però di un'abitudine staccata dalla fonte che l'ha prodotta: una chiara maggioranza (57,58 %) esclude infatti che la non applicazione del regolamento possa dipendere dalla (errata) convinzione dei giudici di dover risolvere la questione della competenza sulla base del diritto internazionale privato italiano.

Nelle interviste, se qualcuno ha dichiarato di verificare sistematicamente la sussistenza della propria competenza, e di declinarla, se del caso, altri hanno invece ammesso una tendenza dei giudici a trattenere presso di sé la causa, assecondata "valorizzando i possibili elementi di connessione", fenomeno confermato dai questionari. Anche se molti di coloro che hanno risposto al questionario (66,67 % / 72,73 %) <sup>20</sup> escludono che la mancata applicazione del regolamento possa dipendere dal desiderio di evitare ogni perdita di tempo, uno degli intervistati ha spiegato che a suo parere spesso la competenza non è messa in dubbio, per l'urgenza di risolvere le controversie caratterizzate da un'alta conflittualità, specialmente quando coinvolgono minori, ai quali ogni ritardo nella soluzione potrebbe causare pregiudizio e ulteriori sofferenze.

Tra gli intervistati non manca infine chi spiega i casi di mancata applicazione del regolamento con la limitata familiarità di alcuni colleghi con il diritto internazionale privato, in cui si deve ritenere compreso il diritto europeo. <sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Le due percentuali si riferiscono a due domande distinte: entrambe ipotizzano che la non applicazione del regolamento sia dovuta al desiderio di evitare la perdita di tempo che potrebbe derivare, per la prima domanda, dalla mancanza di strumenti tecnici, per l'altra, dagli imperativi della procedura.

<sup>21</sup> Può essere interessante notare che il diritto internazionale privato è entrato a far parte della lista di materie su cui verte la prova orale del concorso a magistrato soltanto da una decina di anni, con l'art.1 del d. lgs. 160 del 2006, come modificato dalla legge n. 111 del 2007.

## JUS CIVILE



5. – Nel diritto italiano, non necessariamente la separazione e il divorzio sono l'esito di un procedimento davanti al Tribunale. Per alleggerire il carico dei tribunali, il decreto legge 132/14, convertito con modifiche dalla legge 162/2014, ha disposto che si possano ottenere anche attraverso una negoziazione assistita da avvocati (art. 6), o presentando domanda all'ufficiale dello stato civile (art. 12).

Anche per questi nuovi procedimenti si pone il problema dell'applicazione del regolamento.

Nel caso della negoziazione, la convenzione raggiunta dai coniugi assistiti dai rispettivi avvocati è trasmessa al procuratore della Repubblica del tribunale competente che ne controlla la legittimità e la autorizza. La convenzione autorizzata ha il valore del decreto con cui il tribunale omologa l'accordo delle parti nella separazione consensuale o nel divorzio congiunto.

Nel testo delle convenzioni le parti non fanno menzione del regolamento, né della competenza.<sup>22</sup> Soltanto in un caso particolarmente complesso<sup>23</sup>, le parti toccano velocemente la questione: i coniugi, lui cittadino belga e lei italiana, sposati negli USA, risiedono in Cina. La convenzione afferma che il giudice italiano ha giurisdizione e competenza territoriale: in verità la preoccupazione principale delle parti è quella di chiarire, sulla base della legge italiana sul divorzio (art. 4 legge 898/1970 e successive modificazioni), che, non avendo alcuno dei due coniugi residenza o domicilio in Italia, è competente qualunque Tribunale della Repubblica “*e quindi, ai fini del presente atto, qualsivoglia Procura della Repubblica italiana*”. Esse non si preoccupano invece di specificare che la competenza/giurisdizione, non spettando a nessun giudice europeo a norma del regolamento (art. 7), è da determinare seguendo le disposizioni del diritto internazionale privato italiano<sup>24</sup>.

La verifica della competenza a norma del regolamento rientra nella valutazione della legittimità degli accordi affidata al procuratore della Repubblica. Difficile è tuttavia accertare se tale controllo è effettuato in maniera sistematica. E comunque lo è solo sulla base dei certificati di residenza dei coniugi; certificati che molte procure inseriscono tra la documentazione necessaria da produrre<sup>25</sup>. L'esame dei documenti non dà indicazioni conclusive in merito: quando il con-

---

<sup>22</sup> V. ad esempio le convenzioni, raccolte presso la Procura di Napoli, del 17 gennaio 2017 (separazione tra una donna nata in Senegal e un uomo nato a Napoli, entrambi residenti in Italia); del 24 gennaio e 2 febbraio 2015 (scioglimento del matrimonio tra, rispettivamente, un uomo nato in Marocco e una donna nata in Italia, e una moglie nata in Italia e un marito nato in Algeria, entrambe le coppie residenti in Italia); 3 febbraio 2015 (scioglimento del matrimonio tra un marito nato in Italia e una moglie nata a Cuba, entrambi residenti in Italia, con affido condiviso del figlio minore con domicilio privilegiato presso la madre). L'indicazione del luogo di nascita estero delle parti, a cui presumibilmente si collega la loro cittadinanza, viene qui fornita esclusivamente per dare un'idea dei modi in cui si sono selezionati i testi della ricerca tra quelli a cui si è avuto accesso presso i diversi uffici giudiziari.

<sup>23</sup> Napoli, 28 gennaio 2015.

<sup>24</sup> In virtù dell'art. 32 l. n. 218 del 1995, in materia di nullità e di annullamento del matrimonio, di separazione personale e di scioglimento del matrimonio, la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti in via generale dall'art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano.

<sup>25</sup> Ogni Procura pubblica proprie linee guida dirette agli avvocati che contengono, tra l'altro, la lista dei documenti richiesti, tra cui figura il certificato di residenza. Ciò vale in particolare per le Procure di Napoli e Torino, ma anche, a titolo di esempio, per Lodi, Milano, Roma e Padova. Altrove invece sono le parti a dover dichiarare la propria residenza nella convenzione stipulata con l'assistenza degli avvocati: così ad esempio a Bari e Foggia. L'infor-



trollo è positivo, l'autorizzazione non è motivata. D'altra parte, tra i casi di rifiuto di autorizzazione della convenzione reperiti, nessuno fa riferimento al difetto di competenza.

Le interviste sembrano suggerire che raramente il regolamento è preso in considerazione dal pubblico ministero per verificare la sussistenza della competenza.

La presente ricerca è limitata alle decisioni delle autorità giurisdizionali e dunque non ha preso in considerazione le separazioni e i divorzi ottenuti, alle condizioni concordate tra i coniugi, di fronte all'ufficiale dello stato civile (decreto legge 132/2014, art. 12). Anche per questi si pone ovviamente il problema della applicazione del regolamento. I coniugi possono comparire davanti all'ufficiale di stato civile del comune di residenza di uno di loro, oppure di quello presso cui è trascritto o iscritto l'atto di matrimonio. Il primo caso è uno di quelli in cui la competenza delle autorità italiane è stabilita dal regolamento; nel secondo caso, l'ufficiale dello stato civile dovrebbe verificare che nessuna autorità di altro stato membro sia competente a norma del regolamento per poter esercitare la competenza residua. Per accertare se gli ufficiali dello stato civile verificano la sussistenza della propria competenza sotto questo profilo sarebbe necessaria un'indagine apposita.

La questione è importante perché il rispetto delle regole comuni sulla competenza da parte delle autorità dei diversi stati membri è il principio che cementa la fiducia reciproca su cui è edificato lo spazio giuridico europeo. Va tuttavia rilevato che essa non ha una grande rilevanza pratica. Per il contenuto limitatissimo che le convenzioni di fronte all'ufficiale di stato civile possono assumere, è assai improbabile che tali separazioni e divorzi siano destinati a circolare e a essere eseguiti in altri paesi europei. Il procedimento in questione non si applica infatti in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ovvero economicamente non autosufficienti. Inoltre l'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale.

Al contrario, anche in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti non impedisce ai coniugi di utilizzare la negoziazione assistita per ottenere la separazione o il divorzio<sup>26</sup>. In questo caso però l'accordo deve essere trasmesso molto rapidamente (10 giorni) al pubblico ministero, il quale lo autorizza solo se corrisponde all'interesse dei figli.

Il procedimento non solo non richiede, ma neppure consente l'ascolto del minore.<sup>27</sup> Ciò po-

---

mazione, senz'altro utilizzata per la verifica della competenza territoriale, lo è anche verosimilmente per controllare la residenza abituale e quindi la sussistenza della competenza secondo il regolamento.

<sup>26</sup> La possibilità è stata introdotta soltanto dalla legge 162/14, di conversione del decreto legge 132/14: ciò spiega perché in molte delle convenzioni esaminate nel corso della ricerca le parti premettono alle stipulazioni la dichiarazione di non essere genitori di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

<sup>27</sup> Merita qui di essere sottolineato, per inciso, che il tema dell'ascolto del minore è stato trattato da tutti i soggetti intervistati, giudici e avvocati, che vi si sono lungamente soffermati. Tra le criticità emerse, c'è l'estrema diversità tra le pratiche dei Tribunali dei minori e dei Tribunali ordinari. I primi tendono puntualmente a consentire un ascolto approfondito del minore, i secondi raramente vi provvedono, motivando il (frequentissimo) mancato ascolto in base a

## JUS CIVILE



trebbe costituire un ostacolo alla circolazione di questa decisione verso uno stato membro in cui i principi fondamentali di procedura impongono che al minore sia data l'opportunità di essere ascoltato (art. 23, lett. b).<sup>28</sup> Gli avvocati che assistono le parti nella negoziazione dovrebbero avvertirle di questo rischio e consigliare, se le condizioni ne suggeriscono l'opportunità, di rivolgersi direttamente al procedimento di fronte al Tribunale.

Non tutti i paesi membri conoscono forme di separazione o divorzio fuori dal tribunale del tipo di quelle considerate, che potrebbero dunque trovare difficoltà a circolare nei paesi in cui non sono regolate dalla normativa interna. In Italia, prima dell'entrata in vigore del d.l. 132/14, si era resa necessaria una circolare il Dipartimento degli Affari interni e territoriali del Ministero dell'Interno per chiarire che i divorzi consensuali dinanzi agli ufficiali di stato civile e ai notai della Repubblica di Romania possono essere trascritti.

Un'altra difficoltà a cui i procedimenti di separazione e divorzio extra-giudiziari potranno dare luogo è prevedibilmente quella dell'accertamento della litispendenza (art. 19 regolamento), problema di cui non si rinviene però traccia nelle decisioni raccolte per la ricerca.

---

un'interpretazione ampia dell'art. 336 bis c.c.: interesse del minore, che non si vuole ulteriormente turbare se non fondamentale, e manifesta superfluità, riscontrata principalmente in situazioni non conflittuali tra le parti.

<sup>28</sup> Il Parlamento, nel convertire in legge il decreto, non pare avere preso in adeguato conto le conseguenze degli emendamenti introdotti sul rispetto e l'applicazione del diritto europeo.



LAURA MICCOLI

Dottoranda di ricerca – Università Ca' Foscari di Venezia

## TRA *PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT*: IL VALORE PROBATORIO DEI PROVVEDIMENTI DELL'AGCM ALLA LUCE DELLA NUOVA DIRETTIVA 104/14 E DEL D.LGS. 3/2017

SOMMARIO: 1. Alcune premesse metodologiche. – 2. La necessità del cambiamento: alcuni casi pratici. 2.1. Il caso *SKY c. Conto TV S.R.L.*: la netta differenza tra l'attività pubblicistica dell'AGCM e le finalità privatistiche del giudizio risarcitorio civile. – 2.2. *Cartel Damage Claims*: verso la convergenza tra *public* e *private enforcement*. – 3. Il punto di incontro tra *public* and *private enforcement*. L'art. 9 e la disciplina di recepimento, il D.lgs. 3/2017. – 4. Estensibilità delle censure mosse nel caso *Grande Stevens* al procedimento innanzi all'Agcm. – 5. Possibilità di sanatoria dei vizi riscontrabili nelle sanzioni irrogate dall'AGCM e, in caso contrario, rilevanza ai fini dell'applicabilità dell'art. 7 del D.lgs. 3/17.

1. – In via preliminare, per comprendere gli obiettivi che la Direttiva 104/14 si propone di conseguire, è necessario ricordare brevemente la notoria distinzione tra *public and private enforcement*<sup>1</sup>.

Il primo concetto richiamato rievoca l'interesse europeo alla libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali. L'azione delle misure di *public enforcement*, infatti, mira alla massimizzazione del benessere della categoria dei consumatori in sé considerata, nonché alla tutela delle istanze imprenditoriali a competere in un libero mercato. La dimensione coinvolta, dunque, è spiccatamente macroeconomica.

Per quanto concerne, invece, il concetto di *private enforcement*, viene presa in considerazione un'ottica puramente individuale, che pone l'accento sulla regolamentazione della singola operazione commerciale.

La conseguenza pratica della suddetta distinzione è rinvenibile nei rimedi concessi al soggetto danneggiato da una condotta anti-concorrenziale.

Nella eventualità in cui siano lesi interessi afferenti alla sfera macro-economica, è infatti possibile adire l'Autorità antitrust, ferma restando la facoltà di impugnare tali decisioni di fronte all'Autorità giudiziaria in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 c.p.a. comma 1 lettera l.

---

<sup>1</sup> Per un inquadramento generale della materia, ROMANO A., "Private enforcement of competition law in Italy: a brief note" in *Int l. Lis.*, 2008, 2, p. 87 e ss.; SCUFFI M., "Tutela antitrust del consumatore e azione di classe" in *Dir. Industriale*, 2009, 4, p. 341 e ss.; VASQUES L., "Private enforcement della disciplina antitrust in Italia: si può fare?" in *Danno e Resp.*, 2012, 8, 9, p. 824 e ss.; LOPILATO V., "Tutela pubblica e privata della concorrenza" in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 4, pp. 443 e ss.

# JUS CIVILE



Diversamente, se ad essere compromessa è la dimensione micro-economica, il danneggiato ha la facoltà di rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno.

È agevole, tuttavia, comprendere come tale separazione rimediabile non limiti le conseguenze pratiche derivanti dalle diverse azioni esperite: la tutela della concorrenza macroeconomica incide necessariamente sul singolo rapporto di consumo e viceversa, ragionando in termini di economie di scala<sup>2</sup>.

Il rischio concreto insito in tale *distinzione-fictio* è rappresentato dalla possibilità che Autorità differenti per funzioni, attribuzioni e poteri si vedano assegnate vicende unitarie e analoghe, che andrebbero trattate congiuntamente valorizzando i profili di interferenza tra le discipline.

A tal proposito si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'articolo 37 bis<sup>3</sup> del Codice del Consumo.

Il conferimento ivi previsto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato del potere di dichiarare l'abusività delle clausole in favore dei consumatori crea un "doppio binario", interferendo con la competenza assegnata al giudice civile sulla medesima materia. La laconica formula "È fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno" (art. 37 bis IV comma Cod. Cons) non risolve, infatti, il problema della possibile contemporaneità di due procedimenti sul medesimo oggetto.

**2. – 2.1.** – Al fine di comprendere concretamente il portato dell'interferenza tra dimensione macroeconomica e microeconomica, è utile affrontare alcuni casi in cui la discrasia, di obiettivi e metodologie, risulta particolarmente evidente.

La prima vicenda analizzata riguarda una controversia che vedeva protagoniste la multinazionale Sky e l'impresa Conto TV srl<sup>4</sup>.

Una società operante nel settore delle pay-tv, la Conto TV S.r.l., presentava in data 26 maggio 2008 una segnalazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, lamentando la violazione da parte di Sky dell'art. 102 TFUE (*ex* art. 82 del Trattato CE).

Nello specifico, la società ricorrente sosteneva che Sky avesse posto in essere una politica

---

<sup>2</sup> PERA A., "Tutela della concorrenza e protezione del consumatore: quali complementarità?", in AA.VV., Atti del convegno tenuto a Treviso, settembre 2008; "Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario", ed. Bruylant, Milano, 2009, 342; RABITTI-BEDOGNI C., BARUCCI P., "Venti anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", Giappichelli Editore, Torino, 2010.

<sup>3</sup> MAZZAMUTO S., "Il contratto di diritto europeo", 2016, pag. 200 e ss., Giappichelli, Torino; BATTELLI E., "L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori" in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2014, pp. 207 e ss.

<sup>4</sup> A407 – CONTO TV/SKY ITALIA, Provvedimento AGCM n. 21316.

Per un'analisi approfondita della vicenda si veda, IONNIDES G., "Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust", nota a sentenza a Cons. di St., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 2, pp. 252 e ss.; o, ancora, BALESTRA F., TREMOLADA R., "Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa" in *Foro Amministrativo* (II), fasc.3, 2015, pp. 781 e ss.

## JUS CIVILE



ingiustificatamente discriminatoria nei suoi confronti, imponendo condizioni per l'accesso alla propria piattaforma satellitare eccessivamente gravose rispetto a quelle praticate alle società collegate alla multinazionale.

È fondamentale sottolineare come la piattaforma in oggetto rappresenti sostanzialmente l'unica piattaforma utilizzabile nel mercato italiano: sarebbe stato, dunque, sufficiente acclarare in giudizio l'iniquità delle condizioni di accesso per accertare consequenzialmente l'abuso di posizione dominante<sup>5</sup>.

Per i fatti descritti l'Autorità antitrust avviava un'istruttoria, nel corso della quale Sky, per scongiurare un'eventuale pronuncia negativa, avanzava la possibilità di stipulare degli *impegni* ai sensi dell'art. 14-ter l. 287/1990<sup>6</sup>, al fine di escludere i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

L'AGCM, in seguito alla presentazione di alcune osservazioni, accoglieva tale eventualità, ritenendo l'accordo «*idoneo a rimuovere i profili anticoncorrenziali sottesi al presente procedimento*».

Com'è noto, l'accettazione di tali accordi preclude l'accertamento nel merito della violazione della normativa antitrust.

La pronuncia in questione è stata oggetto di una doppia impugnazione<sup>7</sup>.

Per quanto attiene al tema trattato, innanzi al Tar del Lazio i ricorrenti si dolevano a proposito della mancata riparazione dei danni già configuratisi quale diretta conseguenza della condotta illecita, nonché della inidoneità degli accordi a risolvere le criticità riscontrate per il futuro.

Tale impostazione è stata accolta dal Giudice di prima istanza: infatti, secondo il Tribunale, l'incapacità di ripristinare i diritti già lesi riscontrata negli accordi avrebbe dovuto ostare alla possibilità di accettarli, comportando, conseguentemente, il doveroso accertamento della condotta anticoncorrenziale da parte dell'Autorità garante. In particolar modo, è stato evidenziato come il riconoscimento del comportamento anti-doveroso avrebbe senz'altro agevolato, per quanto attiene *all'onus probandi*, la proposizione di un giudizio per ottenere il risarcimento del danno.

La conseguenza più evidente di un siffatto assunto, oltre al restringimento dell'ambito di operatività degli impegni di cui all'art. 14 ter, è l'adozione di una prospettiva meramente privatistica.

La statuizione del giudice di *prime cure* è stata in seguito rivista dal Consiglio di Stato in vir-

---

<sup>5</sup> Da ultimo in materia: GERACI A., "Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante", nota a sentenza Cass. civ., Sez. I, Sent. n. 11564/2015 in *Dir. Industriale*, 2015, 6, p. 537.

OCCELLI F., "Abuso di dipendenza economica come clausola generale", nota a sentenza a App. Milano Sez. I, 15 luglio 2015, in *Giur. It.*, 2015, 12, pp. 2665 e ss.; FILICE M., "Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante", nota a sentenza C.d. S. Sez. VI, 08 aprile 2014, n. 1673, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 1, pp. 87 ss.

<sup>6</sup> MARCANTONIO K., "La decisione con impegni e l'esercizio della funzione antitrust" in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 5, pp. 548; GIURATO D., "La decisione con impegni nel diritto antitrust italiano", in *Obbl. e Contr.*, 2012, 6, pp. 455-462.

<sup>7</sup> T.a.r. Lazio-Roma, Sez. I n. 03964/2011 e Cons. di St., Sez. VI, n. 4773/2014.

## JUS CIVILE



tù della sovrapposizione (impropria) tra gli strumenti di *public enforcement* e quelli di *private enforcement*.

Infatti se si può certamente affermare che le due tipologie di rimedi siano entrambe dirette alla corretta applicazione della normativa antitrust, al contempo, bisogna tenere presente che esse si differenziano sia per quanto concerne la loro *natura*, sia per le specifiche *finalità* perseguite.

L'attività pubblicistica svolta dall'AGCM, infatti, ha una funzione tipicamente “*punitiva*” ed “*afflittiva*”, finalizzata primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati.

Per tale ragione, secondo il Consiglio di Stato, il procedimento innanzi all'Autorità garante non può considerarsi la sede corretta per effettuare l'accertamento del danno causato da una condotta anticoncorrenziale nei confronti dei *singoli* soggetti operanti sul mercato, salvo l'eventualità in cui tale riconoscimento non risponda parimenti ad un interesse pubblicistico.

A titolo esemplificativo, per rafforzare l'affermazione appena fatta, è sufficiente ricordare che, per emettere provvedimenti sanzionatori, l'AGCM deve semplicemente accertare la mera idoneità *potenziale* distorsiva, non l'accertamento di un concreto pregiudizio<sup>8</sup>.

La sentenza in esame consente di effettuare una riflessione anche a proposito della valenza probatoria del provvedimento emesso dall'AGCM<sup>9</sup>.

A tal fine si ricostruirà brevemente il diritto vivente sul punto, così come formatosi prima dell'entrata in vigore della Direttiva.

Secondo i giudici di Palazzo Spada<sup>10</sup>, «*per quanto 'autorevole' argomento di prova, l'accertamento compiuto dell'AGCM avrebbe, infatti, nel giudizio civile, la natura e gli effetti tipici del provvedimento amministrativo in cui tale accertamento è contenuto, il che non esclude, appunto, che il giudice civile possa, nell'esercizio autonomo della funzione giurisdizionale ad esso spettante, opinare diversamente in ordine all'esistenza della infrazione contestata e ritenuta esistente dall'AGCM*».

La Corte di Cassazione, al contrario, definisce, secondo un orientamento costante, le decisioni amministrative dell'Autorità “*prove privilegiate*” nel contesto di azioni civili cc.dd. *follow on*<sup>11</sup>, ritenendole, tuttavia, pur sempre suscettibili di prova contraria.

---

<sup>8</sup> Cons. di St., VI sez., n. 1673/2014 e n. 2301/2014.

<sup>9</sup> Da ultimo. PASQUARELLI F., “*Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE*” in *Dir. Industriale*, 2016, 3, pp. 252 e ss.

<sup>10</sup> Secondo la già citata Cons. di St. Sez. VI, n. 4773/2014.

<sup>11</sup> In tal senso: Cass. civ., sez. III, n. 2305/2007.; Cass. civ., sez. I, n. 3640/2009; Cass. civ., sez. III, n. 13486/2011; Cass. civ., sez. III, nn. 5941 e 5942/2011; Cass. civ., sez. III, n. 13486/2011; Cass. civ., sez. III, n. 11610/2011 e Cass. civ., sez. VI, n. 9116/2014.

In merito è possibile distinguere tra azione cd *follow-on* e *stand-alone*.

Si definisce *follow-on*, l'azione civile esercitata in risposta ad una violazione della disciplina concorrenziale già accertata dall'Autorità garante della concorrenza (sia essa nazionale o comunitaria) tramite un provvedimento definitivo. Le azioni civili *follow-on* sono, dunque, cronologicamente e logicamente susseguenti rispetto al provvedimento emesso dall'Autorità.

L'azione *stand-alone* è definibile in negativo rispetto al precedente strumento: si ricomprendono in tale nozione, infatti, le azioni incardinate in assenza di precedenti accertamenti della violazione delle regole antitrust.



A prescindere, però, dalla qualificazione data, è arduo ritenere che gli accertamenti dell'Autorità siano finalizzati alla precostituzione di prove da spendere in sede risarcitoria civile.

Vedremo nel prosieguo in quali termini questa considerazione verrà messa in discussione dalla Dir. 104/14.

**2.2.** – Il secondo caso rilevante, ai fini del presente lavoro, riguarda le vicende della società *Cartel Damage Claims (CDC)*<sup>12</sup>.

La principale attività intrapresa da tale società consiste nell'acquisire da più soggetti privati il diritto ad intentare l'azione di risarcimento danni per condotte anticoncorrenziali, svincolando tale acquisizione dall'effettivo ottenimento del credito.

Si percepiscono immediatamente le differenze e le affinità con l'istituto della *class action*: nel caso illustrato poc'anzi non vi è l'intervento di una pluralità di attori in giudizio, nonostante la compresenza di una molteplicità di situazioni fattuali di matrice omologa.

È utile svolgere alcune considerazioni in merito alla natura giuridica dell'operazione contrattuale in esame, cercando di comprendere se possa ritenersi compatibile con i principi dell'ordinamento italiano.

Autorevole dottrina<sup>13</sup>, seppur risalente, soleva differenziare il diritto da cui scaturisce l'azione dall'azione stessa, distinguendo tra queste ultime quelle che traggono origine da un diritto soggettivo primario ovvero che ne sono indipendenti.

Appurata tale distinzione, è doveroso ricordare che la cessione del credito comporta normalmente, insieme al trasferimento della posizione attiva, la cessione delle azioni tese ad ottenere l'adempimento<sup>14</sup>.

Si aggiunga che, com'è noto, nell'ordinamento italiano il cedente ai sensi dell'art. 1266 c.c. sarà sempre e comunque tenuto a garantire l'esistenza del credito al tempo della cessione (il c.d. *nomen verum*)<sup>15</sup>.

Nel caso preso in esame, tuttavia, si realizza una cessione del diritto di credito svincolata dalla sussistenza certa, *ab origine*, della pretesa risarcitoria. Quest'ultima è necessariamente subor-

---

<sup>12</sup> DAVOLA A., "Oltre il private enforcement: l'ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno anti-trust" in *Danno e Resp.*, 2015, 7, pp. 677 e ss. L'A. ripercorre i casi europei in cui è stata riconosciuta la legittimità dell'azione della CDS: in Olanda all'Aja (CDC c. Shells Petroleum 2014), a Dusseldorf nel febbraio 2015 e in Finlandia nel gennaio 2015 (Corte Generale dell'Unione Europea, sent. 28 gennaio 2015, causa T-345/12, Commissione c. Azko Nobel et al).

<sup>13</sup> REDENTI, "Sui trasferimenti delle azioni civili", in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo* (Vol. II), 1955, pp. 97-113.

<sup>14</sup> È pacifico che, per effetto della cessione del credito, la pretesa creditoria viene trasferita al cessionario con tutte le azioni dirette ad ottenerne la realizzazione, con esclusione delle azioni attinenti la fonte stessa del credito (Cass. civ., n. 51/2012, in *Giur. it.*, 2012, pp. 2541 e ss; Cass. civ., n. 52/2012, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1120; Cass. civ., n. 16383/2006, in *Notiz. giur. lav.*, 2006, pp. 604 e ss; Cass., civ. n. 9823/1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, pp. 3273 e ss)

<sup>15</sup> Cfr. Cass. civ., n. 51 e 52/2012, già citate, in *Foro it.*, I, 2012, 429, in *Giur. it.*, 2012, 2541 e in *Resp. civ.*, 2012, 1217 con nota di Argine; Cass. civ., n. 11095/2009, in *Arch. circolaz.*, 2011, pp. 936 e ss.

## JUS CIVILE



dinata allo svolgimento di un procedimento di accertamento e quantificazione innanzi ad un'Autorità giudiziaria.

Nel nostro ordinamento, pertanto, risulterebbero problematiche sia le ipotesi di cessione del credito, derivante da un illecito anti-concorrenziale, in cui il giudice successivamente non riconosca in radice il verificarsi della lesione (in termini di danno evento dunque), sia l'eventualità in cui il Tribunale non risarcisca il danno perché non è stato accertato in giudizio il danno-conseguenza.

Parrebbe, dunque, fondato il rischio di incorrere, se le parti decidessero di predisporre in Italia un regolamento contrattuale ispirato a quelli stipulati con la società CDS, in plurime cause di nullità del contratto: ad esempio, per impossibilità giuridica dell'oggetto (non determinato, né determinabile al momento della cessione) o, ancora, per contrarietà a norme imperative, qual è l'art 1266, 1° comma, seconda parte. La garanzia dell'esistenza del credito, infatti, costituisce un effetto naturale del negozio e nelle cessioni onerose è inderogabile, non potendo essere esclusa neppure per volontà delle parti relativamente *ai fatti imputabili allo stesso cedente*<sup>16</sup> (in analogia a quanto dispone l'art. 1487, ultimo comma, del codice civile).

Alla luce di quanto detto, è possibile ricondurre l'istituto in esame ad (almeno) due diverse ricostruzioni.

I. Se l'oggetto della cessione è il *diritto sottostante* (e, solo di conseguenza, l'azione), come poc'anzi detto, si dovrà affrontare il problema del carattere futuro ed incerto del credito ceduto.

In merito, deve rilevarsi preliminarmente che non vi sono divieti espressi alla circolazione del credito *futuro*<sup>17</sup> e nemmeno del credito *sub iudice*; infatti, in tale ultima eventualità non è possibile applicare analogicamente l'art. 1261 c.c. che risponde pur sempre ad una ratio completamente differente.

Si potrebbe ricavare da tale prescrizione, a contrario, la possibilità di ricorrere a tal pratica per i soggetti non compresi nella disciplina. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Inoltre, la Suprema Corte ha già avuto modo di affermare come, in realtà, il credito derivante da fatto illecito abbia i caratteri del credito *attuale*<sup>18</sup>.

Rimane, tuttavia, irrisolto il problema legato all'incertezza del credito.

Nel nostro ordinamento non vi sono ancora pronunce riguardanti la tematica specificatamente esaminata.

È possibile, tuttavia, ravvisare alcune similitudini con il dibattito che ha animato la giuri-

---

<sup>16</sup> Si potrebbe forse discutere sulla nozione di "fatto proprio del cedente".

<sup>17</sup> Sorge spontaneo, per quanto attiene il carattere futuro del credito, ravvisare alcune similitudini con la disciplina del *factoring*, contratto ormai tipizzato (L. 52/91) e consistente nella possibilità per un imprenditore di cedere i crediti derivanti dall'attività di impresa, presenti e futuri. Tale tipo contrattuale, tuttavia, non è d'ausilio alla ricostruzione della fattispecie in esame nel presente contributo. Infatti, ai sensi dell'art. 3, i contratti da cui dipendono i crediti futuri devono essere necessariamente stipulati nei 24 mesi successivi.

<sup>18</sup> Si veda Cass. Civ., n. 21192/2004, ove la bontà del ragionamento trae conferma dalla decorrenza degli interessi dal momento del fatto e non già del relativo accertamento giudiziale.



sprudenza sull'ammissibilità della cessione del diritto al risarcimento del danno da incidente stradale. La Cassazione, in quest'ultima ipotesi, ha ritenuto lecita l'operazione<sup>19</sup>: non trattandosi di credito strettamente personale né sussistendo specifico divieto normativo al riguardo.

Sopraesedendo sulle obiezioni, ormai superate, di coloro<sup>20</sup> i quali ritengono indisponibile *in radice* il diritto al risarcimento del danno, eventuali difficoltà ulteriori all'accettazione dell'istituto in esame potrebbero sorgere in merito alle esigenze di "personalizzazione" del danno, traducibili nelle poste risarcitorie non patrimoniali, non completamente eliminabili.

La necessità di parametrare il risarcimento al pregiudizio effettivamente subito dal danneggiato potrebbe essere, in linea teorica, incompatibile con la dissociazione tra danneggiato e parte attrice in processo.

Di contro si potrebbe obiettare che, al di là di alcuni recenti arresti che consentono la trasmissibilità del credito di natura personale<sup>21</sup>, nelle azioni di risarcimento del danno antitrust il pregiudizio degli attori ha carattere puramente patrimoniale, essendo il danno costituito dalla differenza netta tra quanto il consumatore o l'impresa avrebbero ottenuto in una situazione di concorrenza "genuina" e il rincaro che tali soggetti hanno dovuto sostenere in ragione dell'illecita alterazione delle dinamiche concorrenziali.

Dunque tale particolare obiezione potrebbe essere superata, quantomeno nella specifica tipologia di illecito anti-trust.

Per quanto concerne la questione maggiormente problematica (l'assenza del *nomen verum*), la Cassazione poc'anzi citata afferma che "*Il mancato riconoscimento per inesistenza o nullità non produce effetti sul piano della validità della cessione (così come l'inesistenza della cosa di per sé normalmente non comporta la nullità del contratto), ma comporta esclusivamente il mancato conseguimento da parte del cessionario della titolarità del credito, assumendo rilievo*

---

<sup>19</sup> Cass. Civ. sez. III, sent. n. 52/2012.

<sup>20</sup> ABRAMOWICZ V., "On the Alienability of Legal Claims", in 114 *Yale Law Journal*, 2005, p. 697 e ss.

<sup>21</sup> Di recente la Cassazione ha ammesso, infatti, la cedibilità del credito relativo al danno biologico e morale, operando una valutazione di coerenza con quanto pacificamente ammesso per la trasmissibilità *iure hereditatis* del danno morale e biologico terminale: Cass. Civ. n. 22601/2013, in *Foro it.*, I, 2014, 876 e in *Resp. civ.*, 2014, 539, con nota di ARGINE e in *Corr. giur.*, 2014, 1232 con nota di GENOVESI.

In merito Cass. civ., n. 22601/2013: "*Orbene, atteso che come da tempo chiarito anche in dottrina la natura (patrimoniale o non patrimoniale) del diritto va tenuta distinta dalla natura (patrimoniale o non patrimoniale) del danno; e considerato che da epoca ormai risalente questa Corte ha posta in rilievo come l'obbligazione risarcitoria sia autonoma rispetto al titolo da cui essa scaturisce (v. Cass., 21/4/1986, n. 2812), sicché altro è la natura strettamente personale dell'interesse leso (salute) e altro è il diritto (o anche la mera ragione) di credito al relativo ristoro (nella giurisprudenza di legittimità si è altresì riconosciuto che la transazione in ordine al risarcimento dei danni subiti in conseguenza di lesioni personali, con la relativa quantificazione dell'ammontare, determina la trasformazione del diritto personale alla integrità fisica in un diritto patrimoniale sulla somma: v. Cass., 4/2/1992, n. 1210. Cfr. altresì Cass., 7/5/1963, n. 1123), le suindicate esigenze sottese alla disciplina del credito alimentare invero non sussistono in ordine al diritto (o alla ragione) di credito al risarcimento del danno non patrimoniale, non ponendosi relativamente ad esso la questione della tutela dell'interesse del debitore a non dover soddisfare la pretesa di soggetto diverso da quello accettato come creditore. Ne consegue che ben può allora il diritto (o la ragione) di credito al risarcimento del danno non patrimoniale costituire oggetto di cessione, a titolo oneroso o gratuito, ai sensi e nei limiti dell'art. 1260 c.c.*"

## JUS CIVILE



meramente sul piano dell'inadempimento contrattuale, e venendo se del caso a tradursi nel risarcimento del danno a carico del cedente”.

Tale affermazione permette di comprendere la profonda differenza con le vicende della società CDS: nel caso affrontato dalla Cassazione la validità del credito rimane parte del sinallagma contrattuale, comportando comunque un'ipotesi di responsabilità nel caso in cui tale “precondizione” non sia soddisfatta, in accordo con quanto previsto dall'art. 1266 c.c.

Al contrario, nei casi verificatisi in Europa, la mancata riscossione del credito è un'eventualità insita nell'alea dell'accordo stesso. Invero, è proprio l'incertezza nella riscossione del credito a giustificare la cessione ad un prezzo inferiore.

II. Esaurita la disamina relativa alla prima ricostruzione, la seconda configurazione teorica della fattispecie in esame potrebbe fondarsi sulla circolazione della mera azione. Tale teoria presenta parimenti diversi punti di criticità.

Secondo autorevole dottrina<sup>22</sup> possono distinguersi l'oggetto e il contenuto finale dell'azione dall'oggetto e dal contenuto normale del diritto soggettivo primario. Si pensi all'azione di rivendica (proprietario – detentore), ad esempio, rispetto al diritto di proprietà (proprietario – erga omnes).

In ogni caso, tuttavia, non sarà possibile ritenere le azioni suscettibili di autonoma successione e trasferimento rispetto al diritto primario sottostante, se il nesso che li vincola è indissolubile come pare essere nel caso di specie.

Nella fattispecie in esame non avrebbe, del resto, alcuna utilità pratica l'esercizio dell'azione in giudizio non accompagnata dalla titolarità del diritto di credito sottostante.

Nel nostro ordinamento il dato testuale che osta alla facoltà di cedere la possibilità di intentare un'azione è l'art. 81 c.p.c.: “Fuori dai casi espressamente previsti dalla legge<sup>23</sup>, nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui”.

Al contrario, nel diritto dell'Unione non esiste alcuna norma che espressamente proibisca la compravendita del diritto a proporre azione in giudizio ovvero ne qualifichi espressamente la natura quale diritto indisponibile. Anzi, la Direttiva 2014/104 riconosce esplicitamente tale possibilità.

Il terzo comma dell'art 7 recita: “3. Gli Stati membri provvedono affinché le prove ottenute da una persona fisica o giuridica solo grazie all'accesso al fascicolo di un'autorità garante della concorrenza e che non rientrano nell'ambito di applicazione dei paragrafi 1 e 2, possano essere usate nelle azioni per il risarcimento del danno solo da tale persona o dalla persona fisica o giuridica che le è succeduta nei diritti, inclusa la persona che ha rilevato la sua domanda.”

La Relazione di accompagnamento classifica tale tipologia di azione tra quegli “istituti e

---

<sup>22</sup> REDENTI, *op. cit.* pp. 99-100.

<sup>23</sup> Tra i casi di legittimità straordinaria previsti dalla legge si pensi all'esempio più evidente, ossia l'azione surrogatoria ai sensi dell'art. 2900 c.c. o, ancora, all'art. 1979 c.c. che regola i poteri dei cessionari nella cessione dei beni ai creditori.



*concetti giuridici chiaramente declinati nell'ordinamento giuridico*", così escludendo la possibilità di aggregare claims attraverso strumenti alternativi all'azione di classe come già disciplinata dall'Art. 140-bis, Codice del Consumo.

Il presente contributo tenta di comprendere se, in realtà, sia ipotizzabile una soluzione compatibile con i principi dell'ordinamento interno.

Se si accoglie tale possibilità, è opportuno domandarsi se, allo stato attuale, potrebbe configurarsi una responsabilità dello Stato per inadempimento della Direttiva (da considerarsi self-executive sul punto).

Infatti, obliterando il richiamo all'istituto in esame, si disattende uno dei due strumenti – oltre all'art. 9 di cui si darà conto a breve – necessari a soddisfare l'obiettivo principe della Direttiva: la convergenza tra *public and private enforcement*.

III. Per superare le obiezioni mosse alle prime due tesi, ad avviso della scrivente, è necessario ricorrere ad una terza teorizzazione.

Nello specifico tale istituto potrebbe configurarsi al pari di un'ipotesi di compravendita della chance di conseguire un credito. In tal caso, dunque, l'oggetto del contratto sarebbe assolutamente attuale e calcolabile, almeno secondo un calcolo probabilistico, nella sua possibile entità risarcitoria<sup>24</sup>.

Com'è noto, la chance di conseguire un bene presenta dei contenuti ben distinti dal bene della vita a cui afferisce.

Grazie a tale configurazione si espliciterebbe l'innegabile carattere aleatorio del contratto in esame, frutto della comune volontà dei contraenti e caratterizzante la causa del contratto.

Obbligo accessorio di un accordo di tal fatta consisterebbe nella necessaria messa a disposizione delle prove utili ad intentare il giudizio, eventualmente in possesso del cedente, al fine di consentire al cessionario di esercitare utilmente l'azione.

Atteso, come si affermava poc'anzi, che la causa del contratto in esame è chiaramente speculativa, è necessario, dunque, comprendere se così configurata la funzione economico-individua-

---

<sup>24</sup> Vi sono (almeno) due diverse ricostruzioni del concetto di chance.

Attualmente superata è la concezione *eziologica*, la quale riconduceva tale concetto al mero lucro cessante. In altre parole, s'intendeva per chance il risultato finale favorevole che il soggetto avrebbe potuto conseguire se non vi fosse stato il comportamento illecito o l'inadempimento contrattuale. Lo scopo sotteso ad una ricostruzione siffatta era prettamente legato alla semplificazione degli oneri probatori in punto di nesso causale.

In seguito, è stata riconosciuta alla chance una autonoma consistenza: si tratta di un bene attuale e già presente nel patrimonio del soggetto, pacificamente distinguibile dal conseguimento del bene finale.

Di conseguenza, secondo tale teoria, la perdita della possibilità di conseguire un certo risultato utile comporta la verifica di una lesione risarcibile a titolo di danno emergente.

La Cassazione (Cass. Civ. n. 4400/2004), abbracciando tale orientamento, la ritiene "*concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato [...] una entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione*".

Per giurisprudenza costante, per ritenere esistente la chance è sufficiente dimostrare l'esistenza di una possibilità seria di risultato (anche limitata al 10-20%), mentre per determinarne il quantum si deve considerare l'utile economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito del c.d. coefficiente di riduzione che dipende dal grado di probabilità di conseguire il bene sperato.

# JUS CIVILE



le superiori indenne il giudizio di meritevolezza imposto dall'ordinamento ai sensi dell'art. 1322.

La risposta a tale domanda dev'essere affermativa.

A tal proposito, la meritevolezza dell'operazione discende non solo dall'osservazione del rapporto tra il cedente e il cessionario (la dimensione micro-economica), ma anche dall'ambito macro-economico.

I consumatori, tramite tale tipo contrattuale innovativo, riuscirebbero ad ottenere una compensazione immediata e certa, ricevendo a titolo risarcitorio una somma minore, ma totalmente indipendente dall'andamento dell'azione intentata dal cessionario.

Spesso, infatti, il singolo consumatore non è propenso ad incardinare un giudizio per una molteplicità di fattori. In primo luogo, rileva il costo che si dovrebbe sostenere, sovente sproporzionato rispetto a quanto ottenibile in termini di risarcimento; in secondo luogo, dev'essere considerato il mancato riconoscimento della figura dei danni punitivi<sup>25</sup> nel nostro ordinamento ed, infine, la configurazione dell'istituto della class action<sup>26</sup>, così come previsto nel nostro ordinamento, parrebbe anch'esso fungere da limite, più che da agevolazione.

Di converso, gli ipotetici cessionari presumibilmente saranno soggetti dotati di professionisti altamente specializzati e opereranno principalmente secondo due schemi comportamentali: nello specifico mireranno ad acquisire un numero elevato di azioni omogenee, riducendo i costi, oppure sceglieranno di diversificare le tipologie di azioni acquisite, diminuendo il rischio grazie alla consistenza quantitativa delle azioni rilevate.

In tal modo appare evidente come incentivando le attività di private enforcement (in Europa, le azioni private intentate sono lo 0,1 %), allo stesso tempo, si soddisfino gli obiettivi del public enforcement.

Come abbiamo potuto osservare grazie ai due casi analizzati finora, le metodologie di tutela del private e public enforcement rimangono nettamente distinte, ma ciò nonostante si stanno perfezionando nuovi strumenti tesi a far convergere le due dimensioni.

In tale ottica si pone la Direttiva in commento: l'obiettivo dichiarato è quello di favorire le azioni private, che indirettamente influiscono sulla dimensione pubblica, semplificando l'accesso dell'attore alla prova dell'illecito e colmando così eventuali asimmetrie informative.

---

<sup>25</sup> L'art. 1 comma 2 del D.lgs 3/2017 esclude chiaramente che il risarcimento della violazione di una norma anti-concorrenziale determini sovracompenzazioni (in conformità all'art. 3 della Direttiva).

In materia, con ordinanza 16 maggio 2016 n. 9978 la Prima Sezione ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione, ritenuta di massima di particolare importanza, della riconoscibilità, o meno (per contrasto con l'ordine pubblico), delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. In tema SCIARRATTA N., "La Cassazione su astreinte, danni punitivi e (funzione della) responsabilità civile", in *Dir. civ. cont.*, 7 luglio 2015, reperibile in <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2015/07/la-cassazione-verso-una-nuova-visualizzazione-della-responsabilita-civile-o-forse-no/>.

<sup>26</sup> Da ultimo: DI LANDRO A.C. "La nuova azione di classe. Linee di riforma e riflessioni critiche" in *Contratti*, 2016, 1, pp. 64 e ss.; SPADAFORA A., "La nuova azione di classe: da strumento protettivo settoriale a rimedio di diritto comune" in *Contratti*, 2016, 1, pp. 73 e ss.; DONZELLI R., "Sul ricordo straordinario in Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe" in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 2, pp. 412 e ss.



Si vedano, in tal senso, gli artt. 5 –8 della Direttiva (artt. 3 –6 del D.lgs. 3/2017) che riconoscono al giudice civile il potere di disporre l'accesso agli atti in possesso delle Autorità garanti della concorrenza e alle informazioni detenute dalla parte o da un terzo<sup>27</sup>.

3. – Dopo aver ripercorso le diverse prospettive che coinvolgono i modelli di public e private enforcement e i punti di convergenza tra i due strumenti rimediali, è necessario indagare la disciplina dettata dall'art. 9<sup>28</sup> della Direttiva 104/14.

Tale disposizione s'inserisce in un percorso logico che ha origine dal valore probatorio attribuito ai provvedimenti dell'AGCM, di cui si sono riportati in precedenza, seppur brevemente, gli esiti del dibattito nazionale e approda in una dimensione sovranazionale dalla quale emerge il contrasto potenziale della disciplina italiana rispetto ai protocolli CEDU.

L'art. 9 descrive, come afferma la rubrica stessa, gli “*Effetti della decisione dell'autorità anti-trust nel giudizio civile di risarcimento del danno*”.

In particolare, dopo aver chiarito che l'ambito di applicazione della normativa si estende anche nei “*casi in cui le norme del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale sono applicate nello stesso caso e in parallelo*” (considerando 34), la disposizione in esame effettua una distinzione.

Se viene constatata una violazione del diritto della concorrenza in una decisione *definitiva*<sup>29</sup> di un'Autorità nazionale garante della concorrenza oppure nella pronuncia di un giudice del ricorso, essa deve ritenersi *definitivamente accertata*, in sede di giurisdizione civile, ai fini dell'azione per il risarcimento del danno.

---

<sup>27</sup> In dottrina: AREZZO E., “*Le sanzioni dell'ingiunzione di divulgazione*”, in *AIDA*, 2015, 1 pp. 221 e ss; ancora, TRIMARCHI M., “*La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (dir. 2014/104/UE)*”, in *AIDA*, 2015, 1, pp. 204 e ss.; FINOCCHIARO G., “*La divulgazione delle prove nella direttiva antitrust private enforcement – il commento*” in *Dir. Industriale*, 2016, 3, 221 e ss.

<sup>28</sup> Testualmente: “*Effetto delle decisioni nazionali*”.

1. *Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza.*

2. *Gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova prima facie, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti.* 3. *Il presente articolo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi delle giurisdizioni nazionali di cui all'articolo 267 TFUE”.*

In dottrina GILIBERTI B., “*Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014*”, in *AIDA*, 2015, 1, pp. 154 e ss.; CHIEPPA R., “*L'impatto delle nuove regole sull'accesso al fascicolo dell'Autorità*”, in *Conc. e mercato*, 2014, pp. 279 e ss.; SIRAGUSA A., “*L'effetto delle decisioni delle Autorità nazionali della concorrenza e del mercato nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*”, in *Conc. e mercato*, 2014, pp. 313 e ss.

In generale sul recepimento della Direttiva: BRUZZONE M.G., SAIJA R., “*Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*”, in *Conc. e mercato*, 2014, p. 257; NEGRI M., “*In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni per il risarcimento del danno antitrust*”, in *Int'l Lis*, 2014, 2, p. 73.

<sup>29</sup> Una decisione “*definitiva*”, a norma dell'art. 2, n. 12 della Direttiva, è una “*decisione relativa ad una violazione che non può o non può più essere impugnata con i mezzi ordinari*”.

## JUS CIVILE



Nell'eventualità in cui, invece, la decisione definitiva di cui poc'anzi sia stata adottata in un altro Stato membro, la stessa potrà essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali “*almeno a titolo di prova prima facie*”<sup>30</sup>.

Viene, dunque, sancita in maniera inequivocabile l'incidenza del provvedimento dell'Autorità antitrust rispetto ad una causa di risarcimento danni follow on.

A dispetto dell'importanza del tema trattato, diverse perplessità emergono in merito alla normativa in esame<sup>31</sup>, in parte sanate grazie all'atto di recepimento, in parte aggravate dallo stesso.

In primo luogo, parte della dottrina<sup>32</sup> ha sostenuto che vi siano difficoltà applicative della disposizione in esame a causa del contrasto sia con l'art. 101, II comma per la limitazione al potere giudiziario che determinerebbe il rispetto di un provvedimento amministrativo, sia con l'art. 102 Cost. poiché sostanzialmente si riconoscerebbe ingiustificatamente autorità di giudicato ad una decisione amministrativa.

Alcuni Autori<sup>33</sup> ritengono che tale deficit fondativo sia superabile attraverso il ricorso “*mediato*” agli atti del legislatore nazionale. Secondo tale teoria l'atto di recepimento della Direttiva fungerà da norma in bianco, istitutiva del potere in questione, conferendo carattere vincolante alle decisioni dell'AGCM.

In secondo luogo, infatti, è necessario interrogarsi in merito ai confini di effettiva vincolatività dell'illecito accertato dall'Agcm.

In via preliminare, è doveroso considerare che, atteso il tenore letterale della norma, secondo la dottrina maggioritaria<sup>34</sup>, dovrà ritenersi vincolante esclusivamente l'accertamento positivo del fatto anticoncorrenziale e non l'eventuale acclarata insussistenza dello stesso.

In merito uno dei problemi maggiormente rilevanti (di cui si è già trattato, analizzando il caso ContoTv c. Sky) attiene all'accertamento, limitatamente ai profili *pubblicistici*, effettuato dell'AGCOM.

Per ovviare alle problematiche poc'anzi esposte, il legislatore all'art. 7 del D.lgs. 3/17 ha stabilito che debba essere considerata definitivamente accertata “*la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale*”.

Al contrario “*il nesso di causalità e l'esistenza del danno*” dovranno essere provati dall'attore e accertati in sede civile.

Peraltro, anche se è senz'altro opportuna la delimitazione del legislatore dell'area dell'accer-

---

<sup>30</sup> FINOCCHIARO G., *op. cit.*, p. 223.

<sup>31</sup> Una prima ricostruzione dei profili problematici è stata effettuata da VINCRE S., “*La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*”, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 4-5, pp. 1153 e ss., a cui si deve la ricostruzione dei punti 1-2 delle critiche mosse all'art. 9.

<sup>32</sup> RORDOF, “*Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*”, in *Le società* 2014, 7, pp. 784 e ss.;

<sup>33</sup> In verità tali Autori si riferiscono alle decisioni della Commissione in materia di rispetto del diritto antitrust europeo: FATTORI G., in *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 4<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2007, sub art. 16 – Regolamento n. 1/2003; PACE L., *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano 2005, p. 309.

<sup>34</sup> VINCRE S., *op. cit.*



tamento effettivamente vincolante, permangono— come si è già detto — le criticità, probabilmente insanabili, derivanti dalle diversità strutturali proprie del giudizio antitrust rispetto all'accertamento in sede civile.

È stato evidenziato, ad esempio, come sovente elementi non necessari per la contestazione dell'illecito da parte di un'Autorità garante (si pensi agli effetti delle restrizioni per i cd "cartelli"), viceversa, assumano primaria importanza in un'azione di danno antitrust innanzi al giudice civile.

In terzo luogo, ulteriori riflessioni sono state sviluppate in merito ai rapporti, dal punto di vista processuale, tra l'azione risarcitoria incardinata presso il giudice ordinario ed il procedimento innanzi all'AGCM ovvero il ricorso avverso tale statuizione.

*Ictu oculi* è possibile escludere che i due giudizi siano avvinti da un rapporto di pregiudizialità<sup>35</sup>.

Un orientamento dottrinale prospetta un'ipotesi di sospensione c.d. facoltativa<sup>36</sup>; altri Autori lo qualificano come un mero "differimento", similmente a quanto previsto prima della sua modifica dall'art. 140 bis del codice del consumo<sup>37</sup>, oppure, secondo un'altra interpretazione dottrinale, si tratterebbe di un'applicazione estensiva di quanto dispone l'art. 337, c.p.c.<sup>38</sup>.

Si aggiunga che non sono sanzionate d'improcedibilità le cause di risarcimento del danno c.dd. *stand alone*. Quest'ultime, al contrario, sono incentivate grazie al disposto degli articoli 3-6 del D.lgs. 3/2017 in materia di divulgazione delle prove.

L'atto di recepimento non qualifica con chiarezza il rapporto tra azioni.

L'ultima potenziale criticità attiene alla rispondenza della decisione emessa dall'Autorità garante nazionale ai canoni del giusto processo secondo quanto prescritto dall'art. 6 della Convenzione dei Diritti dell'Uomo<sup>39</sup>.

Per quanto riguarda quest'ultimo profilo, dev'essere tenuta in considerazione l'eventualità in cui divenga vincolante per il giudice civile la decisione dell'Autorità garante nazionale divenuta definitiva *a prescindere* dalla sussistenza di un controllo successivo di tipo giurisdizionale.

A tal fine, è necessario considerare due notorie statuizioni della Corte Europea dei Diritti

---

<sup>35</sup> RORDORF R., "Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno "antitrust". Relazione per il Convegno su "Il risarcimento del danno antitrust", Roma 18 marzo 2014, in *Le Società*, 2014, 7, pp. 784 e ss.; BIAVATI P., "Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza" in *Riv. Trim. di dir. e proc. Civ.*, 2007, 1, pp. 97 e ss.; SCARSELLI G., *La tutela dei diritti davanti alle autorità garanti. Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 2000, p. 232 ss.

<sup>36</sup> Sulla sospensione c.d. facoltativa, *ex multis* GIUSSANI A., voce *Sospensione del processo*, in *Digesto civ.*, XVIII, Torino, 1998, P. 604; MENCHINI S., voce *Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990; ZUMPARO M. A., "Sospensione facoltativa del processo civile per pendente impugnazione di un atto amministrativo" (Nota a ord. Trib. di Larino 14 marzo 2001) in *Giust. Civ.*, 2002, 1, pp. 217 e ss.

Contraria all'ipotesi di sospensione: Cass. (ord.), n. 23906/2010.

Recentemente in merito alla sospensione nel giudizio amministrativo Cons. di St., n. 806/2015.

<sup>37</sup> Con riguardo specifico alla proposta di Direttiva: MARCANTONIO K., "Il danno "antitrust" dopo l'introduzione della "class action": "back and forth interaction" tra il giudice e l'"antitrust"?", in *Conc. e merc.*, 2014, pp. 235 e ss.

<sup>38</sup> NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino 2006, p. 214.

<sup>39</sup> In generale, sull'argomento: ZANNINO S. D., "I diritti fondamentali quali misura di legittimità delle norme antitrust europee", in *Contratto e Impr.*, 2016, 1, pp. 159 e ss.

# JUS CIVILE



dell'Uomo: il caso Menarini<sup>40</sup>, riguardante i procedimenti anti-trust svolti innanzi all'AGCM, ed il caso Grande Stevens<sup>41</sup> concernente il procedimento della CONSOB in materia di abusi di mercato ex art. 187 ter del D.lgs. n. 58 del 1998.

Entrambi i precedenti ricordati qualificano, utilizzando i famosi criteri di Engel<sup>42</sup>, i procedimenti svolti innanzi alle rispettive Autorità Amministrative indipendenti, in materia di illeciti anticoncorrenziali, come veri e propri procedimenti penali, sottoposti pertanto allo scrutinio ex art. 6, par. 1, CEDU.

La sentenza Menarini, tuttavia, non esprime puntualmente le perplessità in merito alla mancata rispondenza al modello CEDU, ritenendo sanate le divergenze rilevate grazie al rispetto del principio di full jurisdiction cui i provvedimenti dell'AGCM sono soggetti, garantito dalla possibile impugnazione innanzi ad un'autorità giudiziaria.

Particolarmente pregnante è stato, invece, il giudizio attuato dalla Corte EDU rispetto al regolamento della CONSOB (cfr. Reg. CONSOB 21 giugno 2005, n. 15086, poi sostituito dal Reg. CONSOB 19 dicembre 2013, n. 18750) in materia di *sanzioni per market abuse*.

Si approfondirà il tema per comprendere se le censure mosse nei confronti del regolamento CONSOB possano essere estese anche alle sanzioni amministrative irrogate dall'Agcm ed al fine di ipotizzare quali sarebbero le conseguenze, ai fini del tema trattato, di una siffatta equiparazione.

Nello specifico, il procedimento di irrogazione delle sanzioni CONSOB è stato ritenuto dalla Corte di Strasburgo contrario all'art. 6 CEDU<sup>43</sup> e all'art. 4 del Protocollo Aggiuntivo n. 7 alla CEDU<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> C. dir. uomo 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics c. Repubblica italiana

<sup>41</sup> C. dir. uomo 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Repubblica italiana, in *Corr. giur.* 2014, con nota di G. GUIZZI G., "La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle Autorità indipendenti: sensazioni di un civilista"; sul punto anche BINDI E., "L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti", in *Giur. cost.* 2014, pp. 3007 ss.; FLICK G.M., NAPOLEONI V., "A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?" in *Rivista delle Società*, fasc.5, 2015, pag. 868; FLICK G.,M., "Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?" in *Rivista delle Società*, fasc.5, 2014, pag. 953 e ss; VENTORUZZO M., "Abusi di mercato, sanzioni CONSOB e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia" in *Rivista delle Società*, fasc.4, 2014, pag. 693 e ss;

<sup>42</sup> Corte europea dei diritti umani, Engel c. Paesi Bassi, sent. n. 5100/71 dell'8.6.1976. I criteri di Engel, alternativi e non cumulativi, sono i seguenti: 1) la qualificazione giuridica della misura; 2) la natura della misura; 3) il grado di severità della sanzione.

A titolo esemplificativo, uno degli indicatori relativi alla severità della sanzione irrogata è rinvenibile nella facoltà di comminare una sanzione ulteriore rispetto a quella meramente patrimoniale, prevedendo la perdita temporanea dei requisiti di onorabilità o, ancora, della capacità di assumere incarichi di amministrazione, direzione e controllo di enti societari.

In linea con le argomentazioni della Corte EDU, Cons. di St., sez. VI, n. 4492/2014, Tar Lazio-Roma, 27 novembre 2014 n. 11887; Cons. di St., sez. VI, n. 1595/2015.

<sup>43</sup> L'articolo 6 della Convenzione, nelle sue parti pertinenti, recita:

«1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente (...), da un tribunale indipendente e imparziale (...), il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quan-

# JUS CIVILE



Sono state rilevate le seguenti criticità (par. 116 e s.s.):

L'assenza di contraddittorio (nello specifico la sanzione viene inflitta sulla base di un rapporto non comunicato ai ricorrenti).

L'assenza di un'udienza pubblica nel procedimento di opposizione innanzi alla Corte d'Appello, conseguente alla natura cartolare del procedimento<sup>45</sup>.

L'affidamento dei poteri di indagine e di giudizio ad organi che, sebbene formalmente diversi, dipendono comunque dallo stesso soggetto (il Presidente CONSOB).

Ed, infine, la violazione del principio del *ne bis in idem*: nel caso di specie, la violazione dipendeva dalla compresenza di un procedimento *definito*, scaturito dalla contestazione dell'illecito penale-amministrativo di cui all'art.187 ter T.U.F. e di un procedimento *pendente* "penale-criminale" avente alla base l'accusa dell'omologo delitto di manipolazione del mercato di cui all'art. 185 T.U.F.<sup>46</sup>

È necessario domandarsi quali ricadute abbia nel nostro ordinamento l'affermazione di tali principi.

---

*do lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.*

2. *Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.*

3. *In particolare, ogni accusato ha diritto di:*

a) *essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;*

b) *disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;*

c) *difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;*

d) *esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (...).*»

<sup>44</sup> L'articolo 4 dispone: **Diritto di non essere giudicato o punito due volte** "1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione".

<sup>45</sup> La Corte costituzionale con la sentenza n. 162, depositata in cancelleria il 27 giugno 2012, ha sancito l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del nuovo Codice del processo amministrativo (nello specifico, l'art. 133 comma 1 lettera l) del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 – Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo) "nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva amministrativa in generale, e del T.A.R. Lazio – sede di Roma in specie" le controversie relative alle sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB.

La declaratoria di incostituzionalità è stata dettata dal mancato rispetto della delega da parte del legislatore delegato, tramite l'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente, senza fondamento alcuno nell'atto delegante. Il legislatore delegante non ha considerato, infatti, gli approdi raggiunti con Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 22 luglio 2004, n. 13703 e dal Consiglio di Stato, sezione VI, 6 novembre 2007, n. 6474.

<sup>46</sup> In merito si veda la recentissima Corte cost. 206/16, reperibile in <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=206>.



Com'è noto, i giudici nazionali hanno l'obbligo di rispettare (tramite il meccanismo della *cd interpretazione conforme*) le sentenze definitive della Corte EDU, se sussistono le medesime condizioni, anche nei confronti dei cittadini che non hanno presentato ricorso individuale all'organo sovranazionale e anche se non si tratta delle *cd "sentenze pilota"* ovvero non sia stato esplicitato espressamente il doveroso ricorso all'adozione di misure generali<sup>47</sup>.

In materia la giurisprudenza si è ulteriormente interrogata sulla possibilità che tale obbligo sussista anche "a monte" per il legislatore interno, esortato ad adeguarsi alle pronunce suddette anche *a prescindere dalla lesione di un singolo caso concreto*<sup>48</sup>, in modo tale da scongiurare eventuali future condanne ai danni dello Stato.

---

<sup>47</sup> I termini di vincolatività delle decisioni della Corte EDU sono influenzati anche dal dibattito inerente alla c.d. comunitarizzazione della CEDU. È noto, in tale ambito, l'orientamento espresso della Corte costituzionale italiana a partire dalle sentenze "gemelle" del 2007 (Corte cost., 24 ottobre 2007 nn. 348 e 349). Gli eventuali contrasti tra norme CEDU e leggi ordinarie successive "*non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale*",

Infatti, la CEDU (*rectius* la legge di autorizzazione alla ratifica della Convenzione) ha esclusivamente la valenza di parametro di costituzionalità interposto tra la norma nazionale contrastante con essa e l'art. 117, co. 1, Cost.

In tal modo, si pone il giudice di fronte ad una netta alternativa: interpretare le norme interne in maniera costituzionalmente conforme e alla luce della normativa sovranazionale oppure sollevare questione di costituzionalità per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. nella parte in cui afferma che "*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto degli obblighi internazionali*".

Per contro, il giudice ordinario non avrà il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria.

In tal senso, da ultimo, Cons. St. A.P. ord. 4 marzo 2015 n. 2.

Al Contrario, secondo un orientamento minoritario (ad es., TAR Lazio, Roma, sez II bis, 18 maggio 2010 n. 11984; Cons. St. sez. IV. 2 marzo 2010. n. 1220) l'emanazione del Trattato di Lisbona avrebbe comportato l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU; tale orientamento valorizza la nuova formulazione dell'art. 6 TFUE, nella quale si prevede espressamente, infatti, che "*L'unione Europea aderisce alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*" (comma II) e che "*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e dalle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*" (comma III).

In realtà, la giurisprudenza maggioritaria (Corte cost. 11 marzo 2011. n. 80; Corte giust. UE. Grande Sezione, 24 aprile 2012 C-571/10 Servet Kaberaj) ritiene che il Trattato di Lisbona abbia solo consentito *in astratto* la possibilità di adesione dell'Unione Europea, in quanto entità complessa e unica, alla CEDU, atteso che aderendo alla tesi contraria tale previsione non rispetterebbe le procedure richieste dal trattato.

<sup>48</sup> Cons. St. sez. VI ord. 2 ottobre 2014, n. 4492 ha disposto in via cautelare l'obbligo della CONSOB di adeguare il proprio regolamento sanzionatorio alla sentenza della Corte EDU del 4 marzo 2014. Non è stata ritenuta dirimente la circostanza per cui non vi fossero ancora sanzioni comminate nei confronti del ricorrente poiché "*al fine della effettività della tutela giurisdizionale cautelare, non è necessario attendere la piena vulnerazione con la eventuale emanazione di sanzioni, per ipotesi viziate perché adottate sulla base di regolamento illegittimo, anche nell'interesse della stessa Autorità emanante*".

Diversamente Tar Lazio Roma n. 11887/2014 per cui la violazione dei principi richiamati in narrativa è circoscrivibile esclusivamente al caso di specie, in quanto "*si desume chiaramente che il sistema di irrogazione e impugnazione delle sanzioni relative agli illeciti di cui all'art. 187-tet del TUE ha superato indenne lo scrutinio operato dalla Corte EDU*".

Tale affermazione viene giustificata, sulla falsariga della sentenza Menarini della Corte Edu, poiché si considera il procedimento amministrativo come una prima fase, affidata alla CONSOB, di un procedimento *unitario*.

Le successive fasi di natura giurisdizionale (il giudizio di opposizione e da quello innanzi alla Corte di Cassazione) hanno il compito di "ripristinare" le garanzie procedurali di cui all'art. 6 CEDU, atteso la possibilità di riformare il giudizio completamente.

Sulla questione, in appello, è intervenuto in maniera conforme il Cons. St. sez. VI, n. 1595/2015.

Al riguardo la sesta sezione ha aggiunto che "*nonostante la crescente importanza assunta, sia a livello nazionale che sovranazionale, dal principio del giusto procedimento, deve, tuttavia, escludersi che la pretesa al giusto proce-*

## JUS CIVILE



4. – Come ricordato poc’anzi, è necessario verificare la rispondenza al principio del contraddittorio, della parità delle parti, di pubblicità delle udienze e di terzietà-imparzialità dell’organo giudicante anche rispetto ai giudizi innanzi alla AGCM<sup>49</sup>.

Per quanto riguarda le interferenze con il principio del contraddittorio, la sentenza Grande Stevens afferma: “*il rapporto che conteneva le conclusioni dell’Ufficio sanzioni, destinato a servire a base della decisione della Commissione, non è stato comunicato ai ricorrenti che non hanno dunque avuto la possibilità di difendersi rispetto al documento alla fine sottoposto dagli organi investigativi della Consob all’organo incaricato di decidere sulla fondatezza delle accuse*” (par. 117).

Tale vizio non può dirsi riprodotto nel regolamento dell’AGCM in quanto gli uffici istruttori sono tutti coordinati dal Segretario generale (art. 11, comma 5, l. 10 ottobre 1990, n. 287), che ne assicura la coerenza e l’omogeneità nelle risultanze.

In particolare la chiusura dell’istruttoria è siglata da un atto, la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, sottoscritto dal Segretario generale e comunicato alle parti per consentire di esercitare il proprio diritto di difesa (art. 14 del *Regolamento in materia di procedure istruttorie di competenza dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, di cui al d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217).

Un primo profilo problematico è, invece, da rinvenirsi nella circostanza per cui “*gli interessati non hanno avuto la possibilità di interrogare o di far interrogare le persone eventualmente sentite*” (par. 117 della sentenza).

Sebbene l’attività dell’Autorità garante della concorrenza sia sempre ispirata ai principi della pienezza del contraddittorio e della completezza dell’istruttoria, le disposizioni che si occupano della materia sono abbastanza scarse (art. 7 – 8 – 9 d.P.R. n. 217 del 1998) e non sono paragonabili a quanto è stato concepito dall’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di cross examination<sup>50</sup>.

Si denota, inoltre, una disposizione ulteriore particolarmente problematica in contrasto con il

---

*dimento sia una pretesa giuridicamente rilevante e autonomamente azionabile in giudizio a prescindere e ancor prima dell’emanazione del provvedimento sanzionatorio*”, in quanto “*la lesione che radica l’interesse al ricorso deve essere attuale e non può discendere da un pregiudizio allo stato meramente eventuale ed incerto*”.

<sup>49</sup> CINTOLI F., “Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust”, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, pag. 507 e ss. L’Autore effettua una puntuale disamina della comparazione tra i due procedimenti a cui si deve, pertanto, l’individuazione dei profili problematici riassunti nel presente articolo. GUZZI F.F., “Il procedimento sanzionatorio dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato” in Paper N. 15/2013 “Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti”, presente all’indirizzo internet [https://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/afd72d7e-874d-4124-a4af-fbeb1106eec1/WP+15+Allena\\_Cimini.pdf?MOD=AJPERES](https://www.unibocconi.it/wps/wcm/connect/afd72d7e-874d-4124-a4af-fbeb1106eec1/WP+15+Allena_Cimini.pdf?MOD=AJPERES).

<sup>50</sup> Senza alcuna pretesta di esaustività si pensi, ad esempio al tema della rinnovazione della prova dibattimentale in appello: Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Pres. Canzio, Rel. Conti, Ric. Dasgupta, in [http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/-/4684-le\\_sezioni\\_unite\\_sulle\\_condizioni\\_per\\_la\\_reformatio\\_in\\_peius\\_in\\_appello\\_della\\_sentenza\\_assolutoria\\_fondata\\_sulla\\_prova\\_dichiarativa/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/16-/-/4684-le_sezioni_unite_sulle_condizioni_per_la_reformatio_in_peius_in_appello_della_sentenza_assolutoria_fondata_sulla_prova_dichiarativa/)

## JUS CIVILE



principio del contraddittorio: l'art. 13, comma 5 del Regolamento in materia di procedure istruttorie innanzi all'AGCM (D.P.R. 217/98) secondo cui “*sono sottratti all'accesso le note, le proposte ed ogni altra elaborazione degli uffici con funzione di studio e di preparazione del contenuto degli atti*”.

In verità, sovente non sono note strettamente interne e preparatorie, bensì atti in cui si esprimono valutazioni su dati probatori e su elementi di fatto, circostanze che dovrebbero formarsi nel pieno rispetto del contraddittorio.

Certamente tali dati saranno presenti, *ex post*, nella CRI, ma ragionevolmente, considerata la durata e la complessità di una istruttoria *antitrust*, dovrebbero poter essere contraddetti nell'iter procedimentale e non esclusivamente dopo la sua conclusione.

Spesso tali note, infatti, sono rilevanti nella determinazione del concetto di *mercato rilevante* o nell'accertamento di una condotta in termini di *posizione dominante*.

Oltretutto, nel corso del procedimento e ben prima della CRI, maturano una serie di fatti giuridicamente rilevanti: scade il termine per proporre gli impegni e, in caso di loro presentazione, si apre il *sub* procedimento relativo (v. l'art. 14 *ter* della l. n. 287 del 1990); si decide sulla eventuale richiesta di misure cautelari (v. l'art. 14 *bis* della medesima legge 287), sull'ammissione a programmi di clemenza e sull'eventuale estensione oggettiva e/o soggettiva del procedimento.

Inoltre, si rileva come il provvedimento sanzionatorio finale potrebbe contenere elementi e valutazioni, in fatto e/o in diritto, che non corrispondono esattamente a quanto riportato nella CRI, in risposta alle ulteriori difese finali svolte dagli interessati.

In tal modo si viola ancora una volta il principio di difesa, non consentendo di formulare pienamente tutte le controdeduzioni necessarie alla propria strategia difensiva.

Infine, in termini generali, tra le irregolarità riscontrate scaturenti dalle tensioni con il principio del contraddittorio, deve segnalarsi che potrebbe non esserci piena coincidenza tra le parti presenti nel procedimento civile e quelle che hanno avuto la possibilità di presentare osservazioni nel corso del giudizio innanzi all'Autorità garante.

Il secondo ordine di problemi riscontrati nella sentenza Grande Stevens riguarda la pubblicità delle udienze; le parti del procedimento innanzi alla CONSOB “*non [avevano] avuto la possibilità di partecipare all'unica riunione tenuta dalla Commissione, alla quale non erano ammessi*” (par. 118 della sentenza). Tale problematica non si ripresenta nell'ambito del procedimento AGCM, in quanto ai sensi dell'art. 7 della Regolamento in materia di procedure istruttorie innanzi all'AGCM (D.P.R. 217/98) è sempre consentita un'audizione pubblica davanti al Collegio.

Ancora, un ulteriore profilo critico di significativa rilevanza può essere riscontrato nell'assenza di imparzialità e terzietà dell'istituzione chiamata ad applicare la sanzione.

A proposito del procedimento sanzionatorio CONSOB, la Corte ha affermato che “*l'Ufficio*

# JUS CIVILE



*sanzioni e la Commissione non sono che suddivisioni dello stesso organo amministrativo, che agiscono sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente*", il che determina il "consecutivo esercizio di funzioni di indagine e di giudizio in seno ad una stessa istituzione; ora — ha proseguito la Corte — *tale cumulo non è compatibile con le esigenze di imparzialità richiesta dall'art. 6, par. 1, della Convenzione*" (par. 137).

Anche l'AGCM opera sotto l'autorità e la supervisione di uno stesso presidente (e/o di un unico Collegio decidente) e ciò comporta necessariamente una sostanziale unitarietà organizzativa.

Nello specifico, al Collegio compete in via esclusiva l'avvio dell'attività, la verifica del regolare svolgimento dell'istruttoria degli uffici (garantita grazie all'adempimento di obblighi di informazione cui sono sottoposti gli uffici di cui all'art. 8, comma 3, del regolamento) ed, inoltre, il vaglio della stessa CRI, prima della comunicazione alle parti (art. 14, comma 1, del regolamento).

Si può ben comprendere, dunque, come manchi quella necessaria separazione che invece fonda il nostro processo penale tra organo accusatorio e giudicante.

5. – In realtà, i vizi riscontrati potrebbero essere sanati attraverso il successivo procedimento giurisdizionale di impugnazione della decisione dell'AGCM, se esperito.

Difatti, come già affermato in precedenza, la Corte di Strasburgo, nella citata sentenza Menarini per escludere la violazione dell'art. 6 CEDU, ha richiesto la sussistenza di un meccanismo di riesame da parte di un giudice con piena giurisdizione (in grado, cioè, di rivalutare ogni "questione di fatto e di diritto") rispetto a provvedimenti che applicano sanzioni "penali".

Sull'effettiva estensione del sindacato giurisdizionale, le opinioni giurisprudenziali e dottrinali divergono.

Sebbene la materia rientri tra quelle in cui il giudice amministrativo ha la facoltà di esercitare una giurisdizione di *merito*, ai sensi dell'art. 134 c.p.a., permangono tuttavia alcune perplessità.

In particolar modo, in passato, si è a lungo dibattuto<sup>51</sup> sulla necessità di qualificare il giudizio condotto dal giudice amministrativo sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti come sindacato "forte" oppure "debole" o, ancora, sulla natura della discrezionalità esercitata da tali Autorità (*pura o tecnica*) ed, infine, in maniera strettamente connessa con i temi poc'anzi affrontati, sulla natura di quest'ultime, qualificabili come enti paragiurisdizionali o di amministrazione attiva<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup>Tra gli altri, PRETO A., CAROTTI B., "Il sindacato giurisdizionale sulle Autorità indipendenti: il caso DELL'AGCOM", in *Riv. Trim. di Dir. Pub.*, fasc.1, 2016, pp. 123 e ss; SIGISMONDI G., "Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle Corti", in *Riv. Trim. di Dir. Pub.*, fasc.2, 2015, pp. 705 e ss.

<sup>52</sup>In merito, FILICE M., "Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti" in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 4, pp. 559 e ss..



A porre fine a tale *querelle*, è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite<sup>53</sup>.

Nello specifico, la pronuncia suddetta qualifica quale *pieno* il sindacato effettuato dalle Autorità amministrative indipendenti<sup>54</sup>; ciò nonostante, si ritiene comunque che permanga un margine di discrezionalità, rappresentato dall'impossibilità per il giudice amministrativo di sindacare l'opera di concretizzazione dei c.d. *concetti giuridici indeterminati*, quali la nozione di mercato rilevante o, ancora, il concetto di posizione dominante.

Del resto, tale considerazione appare coerente con l'elevata conoscenza tecnico-scientifica richiesta ai funzionari delle Autorità amministrative indipendenti<sup>55</sup>.

In queste ipotesi, infatti, il giudice deve limitarsi a «*vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto*».

Alla luce di quanto affermato finora risulta evidente che il giudizio anti-trust pubblicistico, così come attualmente disciplinato, presenta alcune insanabili discrasie rispetto al processo sarcitorio civile e al processo penale.

Oltre al mancato esercizio del principio della *full jurisdiction* rispetto ai concetti giuridici in-

---

<sup>53</sup> Cass., Sez. Un., n. 1013/2014. Nello stesso senso Cons. di St., n. 4629/2014; Cons. di St., 27 dicembre 2011. Così le sentenze gemelle Cons. di St., sez. VI, n. 1794/2009 (Soc. Ataf c. Autorità garante concorrenza e mercato e altro) in *Foro amm. CDS*, 2009, 843 e Cons. di St., sez. VI, n. 2201/2009 (Trambus s.p.a. c. Autorità garante concorrenza e mercato e altro) in *Foro amm. CDS*, 2009, 1012, ove si afferma che «*nell'ambito dei procedimenti antitrust, dove vengono in gioco leggi economiche, ed anche massime di esperienza, il criterio guida per prestare il consenso all'ipotesi ricostruttiva formulata dall'Autorità è quello della cd. congruenza narrativa, in virtù del quale l'ipotesi sorretta da plurimi indizi concordanti può essere fatta propria nella decisione giudiziale quando sia l'unica a dare un senso accettabile alla "storia" che si propone per la ricostruzione della intesa illecita*».

In prospettiva europea: sul punto si veda la sentenza della C. Giust. UE 6 ottobre 2009, nn. 501/5013/5015/519/06 P, Glaxo c. SmithKline.

<sup>54</sup> Testualmente: «*l'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sé solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica.*»

<sup>55</sup> GUIZZI G., «*La sentenza CEDU 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità amministrative indipendenti: sensazioni di un civilista*» in *Corriere Giur.*, 2014, 11, pp. 1321 e ss.

In altri termini, le Sezioni Unite della Suprema Corte, statuiscano che «*il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini*».

## JUS CIVILE



determinati di cui poc' anzi, si pensi all'accertamento necessariamente limitato ai profili pubblicistici e alla astratta non conformità delle sanzioni erogate ai principi del giusto processo e del *ne bis in idem*, così come previsti dalla Convenzione EDU.

Tali criticità sono enfatizzate dalla nuova disciplina dell'art. 7 del D.lgs. 3/17.

L'instabilità delle sanzioni dell'Autorità antitrust, infatti, condiziona la possibilità per le stesse di erigersi a vincolo per il giudice civile nei procedimenti per il risarcimento del danno (pur con le precisazioni di cui si è detto), legando così a doppio filo ben tre tipologie di processi.

In conclusione, la nuova disciplina italiana non riesce a dissipare le perplessità emerse tra gli interpreti in occasione della emanazione della Direttiva 104/14 e, al contempo, sceglie di non recepire uno strumento che avrebbe potuto valorizzare le peculiarità dell'accertamento "*private/public*" in positivo (le cd "azioni rilevate").

Si aggiunga, inoltre, che gli effetti di una norma che dovrebbe mirare a snellire i tempi processuali civili si tradurranno in una doppia impugnazione "necessitata" innanzi al giudice amministrativo.



MARCELLO MAGGIOLO

*Professore ordinario di diritto privato – Università di Padova*

## LA SCUOLA PATAVINA DI LUIGI CARRARO\*

1. – Tutta la civilistica patavina, dal dopoguerra ad oggi, si ripartisce tra due scuole. L'una scuola è quella riconducibile a Luigi Carraro, l'altra quella ascrivibile ad Alberto Trabucchi. E tra le due scuole, in un certo torno di tempo passato, la civilistica patavina si è addirittura divisa.

Queste pagine sono dedicate, per ragioni di appartenenza, alla sola scuola di Luigi Carraro: alle sue origini, alle sue ramificazioni, alle sue caratteristiche scientifiche.

2. – Origini e, in parte, caratteristiche scientifiche sono peraltro facilmente identificabili. Francesco Santoro – Passarelli insegnò a Padova negli anni '30 del secolo scorso, per un non breve torno di tempo. I suoi allievi padovani furono due. Il primo fu il suo primo allievo in assoluto. Santoro – Passarelli lo ricorda nella prefazione delle *Dottrine Generali*, dove scrive che la prima edizione del 1944 era dedicata ai suoi allievi, a capo dei quali immaginava “*il primo di tutti*”, Luigi Cosattini, allora ancora vivo. Ma Cosattini, partigiano, fu catturato dai nazisti e morì in campo di concentramento poco prima che la guerra finisse. E Santoro – Passarelli giunse a scrivere, nella Prefazione alla nona edizione, che ricomprendeva nel ricordo e nell'affetto tutti i suoi allievi, ma lo faceva “*mantenendo la dedica a lui, al mio allievo tragicamente scomparso per la libertà*”<sup>1</sup>

3. – L'altro allievo patavino di Santoro – Passarelli fu Luigi Carraro, che di Cosattini si definì il fratello minore<sup>2</sup>.

Tutti hanno letto Santoro – Passarelli e tutti hanno letto Carraro. Dico quindi l'ovvio rimarcando come, nel Carraro civilista, l'impronta di un maestro come Santoro – Passarelli è fortissima: sinanco nel modo di scrivere, nel periodare sobrio e limpido.

Del resto, non va dimenticato che uno dei maestri di Santoro – Passarelli fu un altro insigne

---

\* Intervento svolto dall'Autore nell'ambito del Convegno organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani presso l'Università di Roma La Sapienza il 21-22 ottobre 2016 sul tema “*Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi e tematiche*”.

<sup>1</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Milano, 1977 (rist.), p. 20.

<sup>2</sup> La dedica a Luigi Cosattini, “*fratello maggiore*”, è in L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947.

# JUS CIVILE



civilista a sua volta patavino, Vittorio Polacco, nato a Padova, laureato a Padova, ed a Padova professore di diritto civile per trent'anni, dopo Modena e prima della Sapienza romana. E, come scrive Pietro Rescigno nella sua bella introduzione ai volumi di scritti in onore di Francesco Santoro – Passarelli, “ricevuta da Vittorio Polacco, la lezione di metodo è stata da Santoro – Passarelli trasmessa agli allievi, ed ha conservato chiarezza, forza di convinzione ed onestà”<sup>3</sup>. È proprio così, anche per l'allievo Luigi Carraro e per la sua scuola. I tratti che più appaiono debitori dell'insegnamento di Santoro – Passarelli sono infatti proprio il rigore del metodo e della elaborazione concettuale.

4. – Ma sarebbe riduttivo, e lo sarebbe in modo imperdonabile, considerare Luigi Carraro (e poi la sua scuola) in questi soli termini.

Intendo dire che Carraro ha una propria originalità che lo rende diverso da Santoro – Passarelli, una originalità che si manifesta nella sua particolare sensibilità per la dimensione fattuale, sociale, o comportamentale che dir si voglia, delle vicende giuridicamente rilevanti.

Pensiamo all'idea della mediazione tipica come rapporto di fatto<sup>4</sup>, con il che la mediazione contrattuale viene confinata nell'area dell'atipicità in una ricostruzione che apre alla discussione con Gustavo Minervini<sup>5</sup>. Pensiamo soprattutto all'attenzione per la correttezza e per la lealtà dei comportamenti umani, nel lavoro sul negozio in frode alla legge non meno che nella prolusione patavina intitolata al valore attuale della massima *fraus omnia corrumpit*<sup>6</sup>. Ma pensiamo anche al diritto di famiglia, alle (notevoli, data l'epoca) aperture di Carraro verso la famiglia di fatto, che riteneva implicitamente riconosciuta – ancorché non tutelata – dalla Costituzione come società naturale da qualificarsi quale famiglia<sup>7</sup>; o anche all'impresa familiare, che nasce dove non ci sono altri rapporti lavorativi formalizzati<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> P. RESCIGNO, *L'opera di Francesco Santoro – Passarelli*, in *Studi in onore di F. Santoro – Passarelli*, I, Napoli, 1972, p. XI ss., *ivi* a p. XVII.

<sup>4</sup> L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1952, p. 26 ss.; 57 ss.

<sup>5</sup> E. MINERVINI, *Recensione*, in *Riv. trim.*, 1953, p. 837 ss.; L. CARRARO, *La mediazione*<sup>2</sup>, Padova, 1960, p. 31 ss., 79 ss.

<sup>6</sup> L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; L. CARRARO, *Valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 782 ss.

<sup>7</sup> La prospettiva era fondamentalmente quella della filiazione: v. soprattutto L. CARRARO, *Note introduttive agli artt. 100 – 112 Nov.*, in *Commentario alla Riforma del Diritto di Famiglia* a cura di L. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi, I, 2, Padova, 1977, p. 645 ss., *ivi* a p. 654.

<sup>8</sup> La introduzione e la disciplina dell'impresa familiare sono dovute proprio a Luigi Carraro: il quale partecipò al dibattito dottrinale sollevato dall'art. 55 del disegno di legge sulla riforma del diritto di famiglia (nel testo approvato alla Camera dei Deputati il 1 dicembre 1971), dove era prevista una forma embrionale di tutela del lavoro familiare; e il quale formulò come parlamentare – e grazie al suo peso politico contribuì a far approvare – la proposta di separare la disciplina del lavoro dei familiari da quella della comunione legale tra coniugi, distinguendo la fattispecie dell'azienda coniugale (per la quale l'art. 177, comma 1°, lett. d e comma 2°, c.c. risolve una questione di appartenenza) da quella dell'impresa familiare, ove l'accento è posto sul lavoro, sulla gestione, sulla partecipazione ai risultati dell'im-

## JUS CIVILE



5. – C'è allora da chiedersi come si possano coniugare, nel pensiero e nell'opera di Luigi Carraro, da un lato l'eredità di Santoro – Passarelli, la cura cioè per la dimensione astratta e normativa, e dall'altro lato la sensibilità per la dimensione sociale e comportamentale, o in altri termini per la giustizia concreta.

La risposta all'interrogativo si trova nella sua prolusione. Si potrebbe dire che è naturale trovare lì la risposta, dato il valore programmatico che caratterizzava le prolusioni. Nel lavoro sulla massima *fraus omnia corrumpit* si può infatti leggere “che il formalismo giuridico ... è esso stesso una creazione della buona fede perché è la migliore garanzia della certezza del diritto: che, insomma, l'idea della buona fede ispira altrettanto bene il formalismo giuridico di quanto ispira il movimento che lotta contro l'abuso delle forme poste dal diritto a disposizione dei privati”<sup>9</sup>. L'idea di buona fede ispira dunque altrettanto bene il formalismo giuridico di quanto ispira il movimento che lotta contro l'abuso delle forme poste dal diritto a disposizione dei privati. E quindi la giustizia concreta, di cui la buona fede è strumento, si deve cercare: ma – ci insegna Carraro – si deve cercare prima di tutto all'interno di schemi formali, quegli schemi che, essi sì, sono studiati e appresi secondo i metodi di Santoro – Passarelli.

6. – Questo atteggiamento di Carraro viene poi coltivato dalla sua scuola. Anzi, è in certa misura rafforzato dal suo primo allievo, Vittorino Pietrobon, che dedica tutta la prima parte del suo volume sul negozio giuridico ad analizzare il concetto di dogma e di pensiero dogmatico, giungendo a una definizione che gli consente di constatare come il legislatore delle invalidità contrattuali sia un legislatore non dogmatico, ma eclettico, che ripudia così il dogma della volontà come il dogma della dichiarazione, per creare un sistema nel quale norme e regole sono via via riconducibili all'uno o all'altro principio, alla volontà, alla dichiarazione o all'affidamento, il tutto nella ricerca del più giusto equilibrio<sup>10</sup>. Riecco Carraro: la giustizia all'interno degli schemi formali.

La ricostruzione di Pietrobon influenza poi fortemente gli altri allievi di Carraro, i quali accolgono quell'idea di negozio, e si muovono indagando fenomeni diversi, ma collocati intorno ad essa<sup>11</sup>: Mario Segni nel suo lavoro sul rapporto tra autonomia privata (e quindi sull'attività negoziale) e compramenti umani valutati tipicamente dalla legge<sup>12</sup>; Adriana D'Antonio nel volume sugli interventi legislativi integrativi o modificativi delle regole pattizie, con una riflessio-

---

presa. Sull'iter legislativo cfr. V. COLUSSI, voce *Impresa familiare*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, Torino, 1980, p. 47 ss., *ivi* a p. 52 s.

<sup>9</sup> L. CARRARO, *Valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, cit., p. 782 s.

<sup>10</sup> V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, p. 33 ss., p. 69 ss. (poi *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova 1990).

<sup>11</sup> Si collocano invece altrove gli interessi scientifici di Paolo Zatti.

<sup>12</sup> M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, spec. p. 113 ss.

## JUS CIVILE



ne che muove anch'essa sul piano del rapporto tra legge e atti di autonomia<sup>13</sup>; Aldo Checchini nella sua monografia su rapporti non vincolanti e regola di correttezza, dove si studiano le relazioni sociali che circondano ed esistono accanto ai rapporti del traffico giuridico, finendo dove cominciano questi ultimi<sup>14</sup>.

7. – Rodolfo Sacco definirà gli epigoni di Carraro come i neovolontaristi patavini. La definizione non è priva del tono canzonatorio che ci si può aspettare da Rodolfo Sacco; ma certo è che nella sua sostanza è calzante. E tuttavia la definizione coglie soltanto una dimensione della scuola, e cioè la dimensione per così dire negoziale. Perde invece di vista un atteggiamento generale, un atteggiamento che è la prosecuzione del percorso indicato da Luigi Carraro, un atteggiamento che tutti noi poi abbiamo seguito: si cerca la giustizia dentro la norma, dentro il dato positivo, non sovvertendo la norma.

Tutti sanno che le rivoluzioni non possono avere successo se partono dal di fuori del sistema. Funzionano davvero solo le rivoluzioni che provengono dall'interno, dal di dentro del sistema. Possiamo allora forse dire che, dietro un'apparenza tradizionalista, in questa nostra scuola patavina siamo almeno un po' rivoluzionari.

---

<sup>13</sup> A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 7 ss.

<sup>14</sup> A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, p. 41 ss.



NUNZIO DE SALVO

Magistrato

## COMPOSSESSO DI BENE CONDOMINIALE ED ONERE DELLE PROVA

*SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il compossesso tra comunione e possesso. – 3. Il compossesso come concorso di plurimi possessi sul medesimo bene. – 4. La tutela possessoria nell'ambito del compossesso titolato. – 5. L'apparente alterazione dell'onere probatorio da parte della Cassazione per il possesso di bene condominiale che fornisce un'utilità oggettiva.*

1. – Il caso di specie vede la Cassazione confermare la sentenza della Corte di Appello di Bologna, che aveva accolto la domanda di manutenzione del possesso, avanzata dai condomini B. e C. avverso Immobiliare Abitare Bologna Due s.r.l., la quale aveva apposto una canna fumaria, di non trascurabili dimensioni, sul muro comune, nell'ambito di una corte di un palazzo, oggetto di vincolo per interesse storico-artistico ed architettonico. Secondo la valutazione del giudice di merito, l'apposizione di tale canna fumaria integrava una turbativa del possesso della facciata, alterando notevolmente l'estetica dell'edificio ed impedendo ai condomini B. e C. il godimento della luce proveniente dalla finestra collocata proprio al di sotto della canna fumaria.

Nel confermare la sentenza del giudice di merito, la Cassazione distingue, nell'ambito della disciplina del condominio negli edifici, due tipologie di beni comuni, rispetto ai quali il compossesso pro indiviso dei condomini si esercita diversamente “a seconda che le cose siano oggettivamente utili alle singole unità immobiliari cui siano collegate materialmente o per destinazione funzionale (suolo, fondazioni, muri maestri, oggettivamente utili per la statica) oppure siano soggettivamente utili nel senso che la loro unione materiale o la destinazione funzionale ai piani o porzioni di piano dipende dall'attività dei rispettivi proprietari (portone, anditi, scale, ascensore, ecc.); nel primo caso l'esercizio del possesso consiste nel beneficio che il piano o la porzione di piano (e, per traslato, il proprietario) trae da tali utilità, nel secondo caso si risolve nell'espletamento della predetta attività da parte del proprietario”<sup>1</sup>.

Posta tale distinzione, in caso di condotte poste in essere da uno dei condomini che impediscano o violino l'esercizio del possesso da parte degli altri, questi possono agire in reintegrazione per la riduzione della cosa in pristino stato, “senza che sia necessaria la specifica prova del possesso di detta parte quando risulti che essa consista in una porzione immobiliare in cui l'edificio si articola”<sup>2</sup>. Nel caso di beni che forniscono un'utilità oggettiva, la Cassazione pre-

<sup>1</sup> Cfr. Cass. civ., sez II, n. 17072/2015.

<sup>2</sup> V. Cass. civ., sez II, n. 17072/2015.



vede, dunque, a favore dell'attore, una presunzione di compossesso su quel bene, senza necessità di una prova specifica di esso.

Prima di valutare se tale orientamento implichi un'alterazione della regola di cui all'art. 2697, comma 1, c.c. in tema di riparto dell'onere della prova, per la quale "chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento", è opportuno soffermarsi in ordine alla natura giuridica del compossesso.

2. – Il codice civile non detta una regolamentazione specifica né mai menziona l'istituto del compossesso<sup>3</sup>. Ciò nondimeno, oltre che preso in considerazione dalla giurisprudenza, il compossesso è stato oggetto di studio da parte della dottrina, che ha tentato di definirlo, non senza incontrare difficoltà. Queste, invero, derivano, dalla natura ambivalente dell'istituto, che si colloca, presentando affinità ma anche differenze, tra quelli della contitolarità di diritti e del possesso, la prima situazione di diritto, il secondo situazione di fatto<sup>4</sup>. Le tesi elaborate tentano, in particolare, di superare la contraddizione, conosciuta sin dalle fonti del diritto romano, insita nella circostanza che una pluralità di soggetti sia contemporaneamente titolare di una stessa situazione di fatto<sup>5</sup>.

Visto quale proiezione in fatto della comunione di diritti reali, una parte della dottrina, per definirne la natura giuridica, ha mutuato per il compossesso le teorie coniate in tema di proprietà o contitolarità di diritti reali. Nota, al riguardo, è la tesi, facente capo al Savigny, che configura in capo a ciascuno dei compossessori della cosa un possesso pro quota del bene, così sostanzialmente ammettendo la possibilità di un possesso della quota, ovvero di un'entità astratta ed ideale<sup>6</sup>. Tale ricostruzione tenta di mediare all'altrimenti insolubile contraddizione insita nella riconducibilità della medesima situazione di fatto in capo ad una pluralità di soggetti. Tuttavia, proprio la natura in sé della quota, quale bene non reale, bensì immateriale, non suscettibile di possesso, sembra ostare ad una siffatta definizione dell'istituto<sup>7</sup>.

Altra dottrina, piuttosto che affiancare alla pluralità dei soggetti una pluralità di oggetti mercé il ricorso ad una entità fittizia, quale la quota, oblitera il dato della pluralità dei soggetti, così configurando il compossesso quale possesso unico di un bene materiale da parte del gruppo dei

---

<sup>3</sup> V. P. POLLICE, *Contributo allo studio del compossesso*, Napoli, 1993, p. 5; S. MARTUCCELLI, *Situazioni di fatto e contitolarità del diritto*, Milano, 2000, p. 143; M. TOMMASINI, *La quota di possesso a non domino. Alla radice della giuridicità del compossesso*, Milano, 2012, p. 97.

<sup>4</sup> V. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 9; P. POLLICE, *op. cit.*, p. 3 e p. 60 e ss.; M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 87 e *passim*.

<sup>5</sup> Cfr. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 137 e *passim*; P. POLLICE, *op. cit.*, p. 6; M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 95. Noti al riguardo sono i brocardi risalenti alle fonti del diritto romano, i quali sottolineano l'impossibilità fisica di un possesso congiunto: "*Plures eandem rem in solidum possidere non possunt*" ed inoltre, "*Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*".

<sup>6</sup> Cfr. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 22-23; P. POLLICE, *op. cit.*, p. 64; M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 95.

<sup>7</sup> Cfr. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 40 e p. 114 ss.; P. POLLICE, *op. cit.*, p. 65 ss. e p. 78; M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 95; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, in *Scritti giuridici vol. III*, Milano, 2011, p. 1011.

# JUS CIVILE



compossessori, che così assurge al rango di soggetto di diritto<sup>8</sup>. In sostanza, un unico possesso da parte di un unico soggetto.

Tale tesi non può però trovare seguito, poiché considera come nuovo soggetto di diritto il gruppo dei compossessori. Questi ultimi, invero, pur potendo, in base ad un accordo comune, regolare tra loro il godimento della cosa e nominare financo un amministratore che si occupi della gestione della cosa nell'interesse del gruppo, non costituiscono un nuovo soggetto giuridico<sup>9</sup>. Oltre che una stabile struttura organizzativa, presente soltanto nell'ambito di quella particolare disciplina che il codice civile detta in tema di condominio negli edifici, non è dato riscontrare, sotteso al gruppo dei compossessori, quell'interesse superindividuale che costituisce la sintesi degli interessi dei soggetti che rappresentano il sostrato materiale dell'ente collettivo<sup>10</sup>. Invero, anche nell'ambito della comunione vi è una pluralità di interessi individuali orientati a trarre utilità dalla *res*, e a cui l'ordinamento giuridico appresta la disciplina idonea a porre un reciproco contemperamento<sup>11</sup>. Tale è, d'altronde, la ratio sottesa agli artt. 1117 e ss. c.c. in tema di condominio negli edifici, ove gli organismi dell'assemblea e dell'amministratore, lungi dal costituire organi di un ente collettivo, altro non sono che strumenti posti dal legislatore per comporre la situazione di confliggenza tra interessi individuali in ordine al godimento dei beni comuni<sup>12</sup>.

Superati dunque i tentativi di definire il compossesso mutuando le teorie relative alla natura giuridica della comunione, è opportuno muovere dal dato pressoché acquisito in base al quale anche il compossesso, in quanto peculiare situazione possessoria<sup>13</sup>, è una situazione di fatto, che

---

<sup>8</sup> Cfr. S. MARTUCELLI, *op. cit.*, p. 22 ss.; P. POLLICE, *op. cit.*, p. 79; M. TOMMASINI, *op. cit.*, p.95 e p.163 e ss., la quale sembra optare per una ricostruzione sui generis del compossesso, individuando elementi, in primo luogo il potere organizzativo interno del gruppo dei compossessori, che inducono a ravvisare in esso un nuovo ente collettivo.

<sup>9</sup> Cfr. S. MARTUCELLI, *op. cit.*, p. 22 ss.; P. POLLICE, *op. cit.*, p. 80; cfr. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p.1023, il quale, riguardo alla comunione, parla piuttosto di proprietà collettiva.

<sup>10</sup> Cfr. P. POLLICE, *op. cit.*, p. 81; cfr. V. SCALISI, *Categorie ed istituti del diritto civile nella transazione al post-moderno*, Milano, 2005, p. 133, il quale rileva “è l'esistenza di siffatto interesse collettivo e superindividuale che determina in fatto sul piano pratico la nascita dell'ente collettivo come soggetto autonomo e distinto sia dai singoli membri (associazione) sia dai destinatari delle sue prestazioni (fondazione); cfr. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 174, il quale scrive “la comunione è una semplice fattispecie oggettiva, e come tale, non assume mai la veste di soggetto giuridico”; cfr. S. PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 1023 ss.

<sup>11</sup> Cfr. P. POLLICE, *op. cit.*, pp.74 e 77, il quale osserva che “la disciplina della comunione non evidenzia profili di interesse comune, se non nei termini di concorso nell'amministrazione, e interviene per comporre potenziali conflitti fra una pluralità di soggetti posti in posizione di reciproca indipendenza e signoria in ordine all'utilizzazione del bene comune”; DOGLIOTTI, *I diritti reali. Comunione e Condominio*, Torino, 2006, pp. 161-162.

<sup>12</sup> Cfr. P. POLLICE, *op. cit.*, pp. 91-93; DOGLIOTTI, *op. cit.*, pp. 161-162.

<sup>13</sup> In generale sull'istituto del possesso, sui caratteri distintivi della figura, nonché sulla distinzione tra possesso e detenzione si rinvia al saggio di S. PATTI, *Una nuova lettura degli articoli 1140 e ss. C.c.*, in *Scienza e Insegnamento del Diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 691 ss., il quale evidenzia che il possesso, in quanto tale, rileva come situazione di fatto che prescinde dall'esistenza di un titolo, a differenza della detenzione che, viceversa, presuppone un titolo giuridico.



si atteggia in un'attività corrispondente all'esercizio di un diritto reale<sup>14</sup>. Il diritto reale di cui trattasi è il diritto di proprietà o altro diritto reale<sup>15</sup>. Deve quindi il compossesso estrinsecarsi in un insieme di condotte positive, contemporanee o successive nel tempo, poste in essere dai comunisti che tendono a trarre dalla cosa l'utilità che essa è in grado di fornire in base alla sua destinazione economica. Questo dato ha indotto la dottrina ad osservare che il compossesso altro non è che "una pluralità di autonome signorie di fatto corrispondente alla molteplicità dei soggetti ciascuno dei quali è possessore del tutto"<sup>16</sup>.

3. – L'impossibilità logica che più soggetti possano essere contemporaneamente titolari di una stessa situazione di fatto possessoria, che, come evidenziato, per i giuristi romani costituiva l'ostacolo principale per la configurazione di un possesso congiunto in capo a più soggetti, non sussiste. Essa, invero, deriva da una insufficiente caratterizzazione degli elementi costitutivi del possesso, in particolare del *corpus*, che, in maniera empirica ed approssimativa, viene inteso da parte della dottrina come relazione materiale fisica corporale tra il soggetto e la cosa<sup>17</sup>. Proprio da tale modo d'intendere il *corpus possessionis* sorgono diversi problemi pratici e teorici intorno alle varie modalità di atteggiarsi dell'istituto del possesso<sup>18</sup>, e, per quel che qui interessa, in relazione al tema specifico della configurabilità di un possesso esercitato da più soggetti sullo stesso bene.

Il possesso non si identifica nella concreta, effettiva e perdurante ricorrenza di forme di fruizione della cosa, bensì nella possibilità materiale (l'art. 1140 c.c. parla appunto di potere) che un soggetto ha di fruire, trarre le utilità dalla cosa, garantita dall'astensione dei terzi<sup>19</sup>. Cosicché può aversi possesso anche se il bene non è concretamente fruito, ovvero aversi un possesso inoperoso, poiché esso non va colto sul piano del singolo effettivo atto di godimento del bene, ben-

---

<sup>14</sup> Cfr. S. MARTUCELLI, *op. cit.*, pp. 62-63 e passim; P. POLLICE, *op. cit.*, pp. 97-98.

<sup>15</sup> Cfr. R. SACCO, *Il Possesso, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, 2014, p. 110 ss. in ordine alle varie figure di diritti reali suscettibili di possesso.

<sup>16</sup> V. P. POLLICE, *op. cit.*, p. 98.

<sup>17</sup> La dottrina non esclude del tutto che due o più compossessori possano esercitare contemporaneamente un'attività di godimento o di utilizzazione della cosa. Ciò però fa dipendere essenzialmente, oltre che da un accordo tra i compossessori, dalla natura della res composseduta, la quale si presti ad una forma di godimento che può essere esercitata separatamente da ciascun compossessore su una parte della cosa. "In questo senso, se non presenta difficoltà l'esercizio del compossesso di un fondo rustico, può, invece, presentarne il compossesso di una cosa mobile". Cfr. M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 98; v. altresì P. POLLICE, *op. cit.*, p. 13 che distingue tre modi di essere dei limiti di uso della res composseduta: un uso per parti o porzioni, un uso per divisione spaziale, un uso per divisione temporale. V. inoltre, S. MARTUCELLI, *op. cit.*, p. 99 ss., p. 105 e p. 108.

<sup>18</sup> Cfr. sul punto A. FALZEA, *Comportamento*, in *Ricerche di Teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, pp. 686-688; cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 66 e p. 75 il quale rileva "la concezione attivistica del possesso, se presa sul serio, è incompatibile con le esigenze di una gestione normale dei beni. I soggetti di norma non realizzano continui atti di godimento dei propri beni".

<sup>19</sup> V. R. SACCO, *op. cit.*, pp. 68-70 e 73-74.

# JUS CIVILE



si si atteggia alla stregua di un comportamento, cioè di un'attività complessiva costituita da una pluralità di momenti (operosi e non operosi)<sup>20</sup>. I singoli episodi di utilizzazione della cosa, unitariamente considerati, formano un comportamento complessivo del soggetto, che denuncia l'interesse alla fruizione della cosa, la quale è stata assunta a fonte stabile di utilità per il futuro<sup>21</sup>. Ferma la considerazione unitaria dei momenti operosi di utilizzazione della cosa, possono ben darsi intervalli di inerzia in cui il possessore non gode della cosa, ma pur continua a mantenere il possesso<sup>22</sup>.

Alla luce di ciò, non c'è alcuna ragione per negare che il possesso possa aversi in capo a più soggetti in contemporanea, in quanto l'inerzia dei compossessori, a fronte dell'effettiva, attuale utilizzazione del bene da parte di uno di essi, è da intendere come esplicazione stessa del potere di fatto sulla cosa<sup>23</sup>.

Posta l'ammissibilità dell'istituto del compossesso, esso si atteggia diversamente secondo che a monte sussista un titolo o meno. Parte della dottrina distingue, nell'ambito del possesso esercitato da parte di più soggetti, tra compossesso titolato e compossesso non titolato<sup>24</sup>. In entrambi i casi più soggetti esercitano un potere di fatto su un medesimo bene: nell'ambito del compossesso titolato, il possesso esercitato da un compossessore non è in conflitto, ma è concorrente con il possesso degli altri; nell'ambito del compossesso non titolato, il possesso esercitato dai compossessori tende a porsi come esclusivo e si pone in conflitto con quello degli altri<sup>25</sup>.

Nel primo caso sussiste a monte un titolo, ovvero una situazione di diritto, che detta la regolamentazione giuridica dei rapporti tra i compossessori, attribuendo ad ognuno di essi una quota, che sancisce il riparto dei vantaggi e degli oneri sulla cosa comune. Le modalità di esplicazione del possesso sono predeterminate in base al titolo, che getta luce e qualifica l'attività dei singoli compartecipi<sup>26</sup>. Esempio classico di compossesso titolato è quello dei condomini sui beni comuni che forniscono utilità ai piani o porzioni di piano di un edificio. Nel secondo caso (com-

---

<sup>20</sup> Cfr. A. FALZEA, *op. cit.*, 1997, p. 689-690 e *passim* sulla nozione generale di comportamento, inteso, in senso oggettivo, come attività libera dell'uomo volta al perseguimento di un dato scopo; v. cfr. R. SACCO, *op. cit.*, pp. 66 e 73-76.

<sup>21</sup> Cfr. A. FALZEA, *op. cit.*, pp. 689-690.

<sup>22</sup> Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 75, per il quale l'inerzia del possessore non è incompatibile col possesso.

<sup>23</sup> V. S. MARTUCELLI, *op. cit.*, p. 99 ss., pp. 105 e 108.

<sup>24</sup> V. S. MARTUCELLI, *op. cit.*, p. 65 e ss.; M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 105-107.

<sup>25</sup> V. S. MARTUCELLI, *op. cit.*, pp. 92 e 109; M. TOMMASINI, *op. cit.*, pp. 89-90 e 107.

<sup>26</sup> V. S. MARTUCELLI, *op. cit.*, pp. 107-108 e p. 179; M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 106. Che la relazione materiale con la cosa non possa essere indice univoco della situazione giuridica correlativa cfr. A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, pp. 291-292 e F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 229, il quale scrive: "...se passando accanto ad un campo, si vede un soggetto arare, non si può di certo immediatamente sapere quale sia la condizione giuridica che legittima tale comportamento: egli infatti può essere proprietario oppure solo possessore, se semplice usufruttuario, ma potrebbe anche possedere senza titolo alcuno così come, infine, potrebbe essere detentore qualificato o non, se, rispettivamente coltiva il campo in quanto affittuario o lavoratore dipendente del proprietario".

# JUS CIVILE



possesso non titolato), non vi è una previa ripartizione dei vantaggi e degli oneri in ordine alla fruizione della cosa, sicché l'attività dei compossessori non incontra preventivamente alcun limite giuridico, che potrà costituirsi successivamente allorché la fluida situazione di fatto sarà cristallizzata entro un titolo (contratto, sentenza) di formazione successiva che compone il conflitto attuale<sup>27</sup>.

Tuttavia, anche nel compossesso titolato, un conflitto tra i compossessori, composto *prima facie* dal titolo, è sempre latente e può emergere successivamente nelle dinamiche di fruizione collettiva del bene comune, quando uno dei compossessori viola i limiti del proprio possesso stabiliti dal titolo. È in tale contesto che assume rilievo la disposizione dell'art. 1102 c.c., che parte della dottrina ritiene applicabile soltanto alle ipotesi di compossesso titolato<sup>28</sup>. La norma pone due limiti all'uso della cosa comune da parte dei compossessori: uno è il divieto di alterazione della destinazione economica della res, e il secondo è il divieto di impedire agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. Sia la destinazione economica della cosa sia il contenuto del diritto degli altri partecipanti sono fissate dal titolo<sup>29</sup>.

La distinzione tra compossesso titolato e non titolato si riflette altresì in tema di presupposti per l'acquisto per usucapione della proprietà o di altro diritto reale sull'intera cosa comune e quindi in tema di presupposti per l'esercizio dell'azione di reintegrazione e manutenzione da parte di uno dei compossessori a tutela del possesso.

4. – Dottrina e giurisprudenza pacificamente ammettono l'esperibilità delle azioni possessorie, di reintegrazione, manutenzione e nunciatorie, da parte di un compossessore verso un altro compossessore, oltre che nei riguardi di terzi<sup>30</sup>.

Presupposto per l'esercizio di tali azioni avverso uno dei compossessori è la lesione del possesso da parte di questi. Ciò avviene, nell'ambito del compossesso titolato, ai sensi dell'art. 1102 comma 1 c.c., allorché uno dei compossessori alteri la destinazione economica della cosa comune o impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso, attraverso una condotta che, senza il consenso degli altri compartecipi, travalichi i limiti sanciti dal titolo del possesso. Tale condotta ha una doppia valenza: costituisce presupposto per l'usucapione dell'intera res e legittima gli altri compossessori ad esperire le azioni a tutela del possesso.

Per aversi lesione del compossesso, non sono però sufficienti atti singoli e sporadici, o atti di mera gestione, pur eccedenti i limiti di utilizzazione della cosa comune (ad esempio la raccolta

---

<sup>27</sup> V. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, pp. 183-185, il quale, tuttavia, esclude che possa parlarsi di compossesso in senso proprio in assenza di un titolo di legittimazione formale a monte.

<sup>28</sup> Cfr. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 167 ss.

<sup>29</sup> V. M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 100.

<sup>30</sup> Cfr. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 204 ss.; P. POLLICE, *op. cit.*, p. 95 e v. anche p. 10; M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 101 ss.

## JUS CIVILE



di tutti i prodotti del fondo, o la percezione dell'intero reddito di esso), occorrendo un comportamento ben più pregnante e continuativo nel tempo<sup>31</sup>. Il compossessore deve iniziare a possedere la cosa come possessore esclusivo, ponendo in essere un comportamento che manifesti inequivocamente la volontà di escludere gli altri compossessori dall'esercizio del possesso<sup>32</sup>. Ciò è implicitamente riconosciuto dall'art. 1102 comma 2 c.c., in base al quale "il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso". A tal fine, si ritiene in dottrina che il compartecipe debba operare un'interversione di fatto, senza che sia necessaria una formale intervensione del titolo, come quella cui si riferiscono gli artt. 1141, comma 2, c.c. e 1164 c.c.<sup>33</sup>. È sufficiente un mutamento del comportamento del compartecipe che si ponga in distonia con i limiti del suo possesso stabiliti dal titolo. La necessità di un'interversione soltanto di fatto, e non anche di diritto, nel compossesso titolato, è correlata alla presenza di un titolo<sup>34</sup>. Tuttavia, proprio per la sussistenza di un titolo a monte, l'opposizione del compossessore che voglia usucapire la cosa intera, o una quota maggiore di essa, deve essere tale da vincere la presunzione di mera tolleranza riconducibile al comportamento passivo degli altri comunisti in forza del titolo<sup>35</sup>, e dunque consistere in un comportamento costante e continuo di esercizio del possesso esclusivo.

In presenza di tali presupposti gli altri compossessori, o anche uno solo tra essi, per tutelare il proprio possesso, possono esperire l'azione di reintegrazione o di manutenzione, senza che siano tenuti a specificare il *quantum* del proprio possesso.

Per il vittorioso esercizio di entrambe le azioni, l'attore, secondo le regole in tema di riparto dell'onere probatorio, art. 2697 c.c., dovrà provare i fatti che costituiscono il fondamento del proprio possesso ovvero dimostrare la continuativa fruizione ed utilizzazione della cosa per un dato periodo di tempo, non essendo a tal fine sufficiente l'allegazione del titolo, ovvero la prova della titolarità di una situazione di proprietà rilevante nel diverso giudizio petitorio<sup>36</sup>.

5. – Se, dunque, il compossesso titolato è, come il possesso *uti singulis*, una situazione di fatto, la cui esistenza, pur essendo legata ad un titolo, da esso prescinde, il compossessore che ricorra al giudice in sede possessoria, in presenza di uno spoglio o turbativa al proprio possesso, recati da un altro compossessore, ha l'onere di provare tale situazione di fatto.

La sentenza n. 17072/2015 della Cassazione sembra discostarsi da tali principi generali nella misura in cui riconosce, in presenza della modificazione di una parte comune o della sua desti-

---

<sup>31</sup> V. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, pp. 169-170; P. POLLICE, *op. cit.*, p. 108; M. TOMMASINI, *op. cit.*, pp. 107-108.

<sup>32</sup> V. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 173; M. TOMMASINI, *op. cit.*, pp. 108-109; R. SACCO, *op. cit.*, pp. 212-213.

<sup>33</sup> V. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 168 ss.; M. TOMMASINI, *op. cit.*, pp. 112-113; R. SACCO, *op. cit.*, p. 213.

<sup>34</sup> V. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 169 ss.

<sup>35</sup> V. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 206.

<sup>36</sup> V. S. MARTUCCELLI, *op. cit.*, p. 212 ss.; M. TOMMASINI, *op. cit.*, pp. 109-110.



nazione ad opera di taluno dei condomini, la legittimazione degli altri all'esperienza dell'azione di reintegrazione o manutenzione per conseguire la riduzione della res al pristino stato, "senza che sia necessaria la specifica prova del possesso di detta parte quando risulti che essa consista in una porzione immobiliare in cui l'edificio si articola"<sup>37</sup>.

Invero, tale distonia è soltanto apparente. A tal uopo, è bene porre in evidenza la distinzione, operata da giurisprudenza costante, in tema di beni condominiali, tra due categorie di beni, legati in diverso modo alle parti dell'edificio di proprietà esclusiva dei condomini da un rapporto di accessorietà-complementarietà<sup>38</sup>.

Vi sono, infatti, beni comuni, quali ad esempio il suolo su cui sorge l'edificio condominiale, le fondazioni, i muri maestri, le facciate, i tetti, e i lastrici solari, i quali, in quanto materialmente uniti alle unità immobiliari o ad esse funzionalmente destinate, sono idonei a fornire ai relativi condomini, un'utilità oggettiva, senza necessità che per la fruizione della stessa occorra un comportamento del soggetto<sup>39</sup>. Riguardo a tale categoria di beni, l'esplicazione del possesso, ovvero quel potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, è in *re ipsa* nella relazione materiale e funzionale tra il bene comune e l'unità immobiliare di proprietà esclusiva. Poiché la destinazione economica della cosa comune è quella di fornire utilità all'unità immobiliare, tale utilità viene apportata oggettivamente senza necessità di un comportamento fruitivo diretto del condomino<sup>40</sup>. Di conseguenza, qualsiasi atto o comportamento di uno degli altri condomini che recida tale collegamento si attegga quale lesione della situazione possessoria spettante in capo agli altri. Ciò implica, ai fini della prova in giudizio del possesso di tali beni da parte dei condomini che agiscono in sede di reintegrazione o manutenzione, la semplice allegazione della natura del bene comune, del cui possesso si chiede tutela, per adempiere all'onere probatorio richiesto dall'art. 2697 comma 1 c.c.. Spetterà al convenuto superare tale presunzione di esercizio del possesso, dimostrando che non si tratta di un bene comune avente tale destinazione oggettiva, oppure che tale bene fornisce un'utilità esclusivamente alla propria parte di piano o di edificio.

Viceversa, tale affievolimento dell'onere probatorio non è dato riscontrare, nelle massime

---

<sup>37</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, n. 17072/2015.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. civ., sez. II, n. 17072/2015; Cass. civ., sez. II, n. 8119/2004; ordinanza 4 ottobre 2007, Tribunale di Bergamo. La dottrina sottolinea il legame funzionale tra le unità immobiliari, oggetto di proprietà solitaria ed i beni comuni, oggetto di proprietà comune. Cfr. M. TOMMASINI, *op. cit.*, p. 65 la quale riporta la seguente espressione "il condominio costituisce una situazione mista, di comproprietà e di concorso di proprietà solitarie: l'una legata alle altre da un intimo nesso di reciproca complementarietà e funzionalità" e BENACCHIO, *op. cit.*, p. 92, il quale scrive "il condominio edilizio consta di due elementi essenziali: la proprietà e la comproprietà; ciascuno retto, oltre che dalle norme comuni, da norme e da principi particolari". Tale rapporto è stato inoltre valorizzato da una parte della dottrina per la definizione della natura giuridica del condominio negli edifici, dando la stura alla teoria della proprietà superficaria e della pertinenza. Cfr. sul punto DOGLIOTTI, *op. cit.*, pp. 163-164.

<sup>39</sup> V. Cass. civ., sez. II, n. 17072/2015; Cass. civ., sez. II, n. 8119/2004; ordinanza 4 ottobre 2007, Tribunale di Bergamo.

<sup>40</sup> Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 66.

## JUS CIVILE



giurisprudenziali nonché nella sentenza della Cassazione oggetto di annotazione, con riguardo ad un'altra categoria di beni condominiali. Il riferimento è a quei beni suscettibili di godimento soggettivo (quali le scale, i portoni d'ingresso, gli anditi, i cortili), il cui possesso si esplica tramite attività personali, in quanto l'utilità che essi sono in grado di fornire al titolare si apprezza mercé una condotta del soggetto medesimo<sup>41</sup>. Non è la relazione materiale o funzionale di tali beni rispetto alle unità immobiliari che di per sé è idonea a fornire il godimento delle utilità della res, che costituisce il risultato e la finalità del possesso (oltre che la ratio della relativa tutela giuridica<sup>42</sup>), bensì tale utilità il compossessore fruisce tramite un comportamento attuativo-fruttivo. Di conseguenza, ai fini della prova in giudizio del possesso di tali beni da parte dei condomini-attori, occorre dimostrare il concreto utilizzo del bene, oppure che la condotta del convenuto abbia impedito una forma di utilizzo diverso che gli altri condomini avrebbero potuto liberamente trarre dal bene comune in difetto della condotta ritenuta abusiva<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> V. Cass. civ., sez. II, n. 17072/2015; Cass. civ., sez. II, n. 8119/2004; ordinanza 4 ottobre 2007, Tribunale di Bergamo.

<sup>42</sup> Cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica II*, Milano, 1997, p. 174.

<sup>43</sup> V. ordinanza 4 Ottobre 2007, Tribunale di Bergamo.

# JUS CIVILE



## Compossesto

Cassazione civile, sez. II, 24 agosto 2015, n. 17072 – Pres. M. Oddo – Rel. M. Falaschi

*Lesione del compossesto di beni condominiali – Natura giuridica del compossesto – tutela possessoria – prova del compossesto di beni condominiali*

(art. 1102 c.c.; art. 2697 c.c.)

**In ordine alla prova del compossesto di beni condominiali nell'ambito delle azioni possessorie, deve condividersi l'indirizzo interpretativo che distingue tra beni che forniscono un'utilità oggettiva e beni suscettibili di un godimento soggettivo, riconoscendo all'attore rispetto ai primi, diversamente dai secondi, un affievolimento dell'onere probatorio del possesso.**

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

**Conforme:** Cassazione civile n. 8119 del 2004; Tribunale di Bergamo 4 ottobre 2007.

**Difforme:** Cassazione civile n. 18109 del 2014

...*Omissis*...

## **Diritto**

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione o falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 1140, 1168 e 1170 c.c. per non avere la corte di merito considerato che si tratta di corte interna in stato di degrado e che tutti i muri perimetrali sono ornati di tubature a vista. A conclusione del mezzo viene formulato il seguente quesito di diritto: “premesso che la Corte di merito ha omesso di considerare che l'uso dei muri perimetrali della corte interna del palazzo sito in via (omissis) da parte della ricorrente sia avvenuto, giusta diritto sancito ex art. 1102 c.c., per una esigenza di carattere primario (riscaldamento) della propria unità immobiliare, affermi la Suprema Corte, se, nei rapporti tra Condominio ed il singolo condomino di un edificio condominiale sull'uso delle cose comuni, in caso di contrasto tra le norme relative alle distanze legali e quelle relative all'art. 1102 c.c. sulla comunione, debbano prevalere queste ultime nel caso in cui il singolo condomino utilizzi le parti comuni per l'installazione di impianti qualificabili come indispensabili per un'effettiva abitabilità del suo appartamento, secondo le esigenze generali dei cittadini e le moderne concezioni

## JUS CIVILE



di igiene, ed il rispetto delle norme sulle distanze non sia compatibile con la concreta struttura dell'edificio.

Affermi la Corte se nella fattispecie concreta l'esigenza di riscaldare la propri unità immobiliare comporti una deroga alla normativa sulle distanze legali ai sensi e per effetti dell'art. 1102 c.c.”.

Il mezzo non è fondato.

Nel condominio degli edifici le parti comuni formano oggetto, a favore di tutti i condomini, di un compossesso pro indiviso il quale si esercita diversamente a seconda che le cose siano oggettivamente utili alle singole unità immobiliari cui siano collegate materialmente o per destinazione funzionale (suolo, fondazioni, muri maestri, oggettivamente utili per la statica) oppure siano soggettivamente utili nel senso che la loro unione materiale o la destinazione funzionale ai piani o porzioni di piano dipende dall'attività dei rispettivi proprietari (portone, anditi, scale, ascensore ecc); nel primo caso l'esercizio del possesso consiste nel beneficio che il piano o la porzione di piano (e, per traslato, il proprietario) trae da tali utilità, nel secondo caso si risolve nell'espletamento della predetta attività da parte del proprietario. Ciò posto, il godimento delle cose comuni da parte dei singoli condomini assurge ad oggetto di tutela possessoria quando uno di loro abbia alterato e violato, senza il consenso degli altri condomini ed in loro pregiudizio, lo stato di fatto o la destinazione della cosa oggetto del comune possesso, in modo da impedire o da restringere il godimento spettante a ciascun compossessore pro indiviso sulla cosa medesima (Cass. 26 gennaio 2000 n. 855; Cass. 11 marzo 1993 n. 2947; Cass. 21 luglio 1988 n. 4733; Cass. 18 luglio 1984 n. 4195), La modifica di una parte comune e della sua destinazione ad opera di taluno dei condomini, sottraendo la cosa alla sua specifica funzione e quindi al compossesso di tutti i condomini, legittima di conseguenza gli altri condomini all'esperimento dell'azione di reintegrazione per conseguire la riduzione della cosa al pristino stato in modo che essa possa continuare a fornire quella *utilitas* alla quale era asservita anteriormente alla contestata modificazione, senza che sia necessaria la specifica prova del possesso di detta parte quando risulti che essa consista in una

## JUS CIVILE



porzione immobiliare in cui l'edificio si articola (Cass. 13 luglio 1993 n. 7691).

Nella specie la corte di merito – premesso di avere verificato lo stato del fabbricato – ha accertato, con apprezzamento non censurabile in cassazione, che la canna in contestazione aveva dimensioni non trascurabili, rappresentata come era da una sovrastruttura apposta nella facciata del palazzo condominiale priva di qualsiasi collegamento dal punto di vista architettonico o funzionale con la parete esterna dell'edificio, per cui alterava notevolmente l'estetica dell'edificio, pure bisognevole di manutenzione, e costituiva un elemento di grave degrado. Inoltre sussisteva anche la lamentata turbativa al godimento della luce proveniente dalla finestra collocata proprio al di sotto della canna fumaria, evincibile dalle foto prodotte, in quanto “l'ingombro della struttura provoca ombra sulla finestra dell'appartamento, diminuendone la luminosità”. Pertanto, la decisione di accoglimento della domanda di manutenzione nel possesso proposta dai condomini C. e B. si presenta corretta, incidendo detta struttura sull'estetica dello stabile, oltre a notevolmente ridurre la luce nella stanza che affaccia dalla finestra sottostante la canna.

Il giudice di merito, insomma, ha correttamente ritenuto che con la apposizione della canna fumaria e della struttura di copertura della stessa la condolina aveva immutato lo stato della cosa comune eccedendo i limiti segnati dalle concorrenti facoltà dei compossessori ex art. 1102 c.c., impedendo un analogo uso da parte di questi ultimi ed anzi sottraendo al loro uso, assicurato dal possesso, il relativo beneficio derivante dalla libertà da ingombri della porzione del bene comune.

... Omissis ...