

JUS CIVILE

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



4-2018

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

pag.

Giurisprudenza italiana

Vizi del consenso e contratti aleatori: annullabilità per errore del contratto di scommessa
*Corte d'Appello di Firenze, 11 luglio 2017, n. 1600 e Corte d'Appello di Roma, 17 ottobre 2016, n. 6126 **
di *Daniele Scuto* 439

Il contenuto “non necessario” (ma consentito) degli accordi tra coniugi in sede di separazione
*Trib. Verona, 25 gennaio 2018, n. 215 **
di *Emma Fasoli* 460

Articoli e Saggi

Cessione del credito e mandato all'incasso: problemi di qualificazione della fattispecie *
di *Carlo Berti* 472

La proprietà europea **
di *Mario Trimarchi* 488

Daños punitivos y función preventiva de la responsabilidad civil. Reflexiones comparatistas a partir de la reciente jurisprudencia italiana de legitimidad **
di *Carlos de Cores Helguera* 506

El consentimiento informado: especial referencia al tratamientos con opioides **
di *Mª Paz Sánchez González* 526

* Contributo sottoposto a revisione.

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



pag.

Il *Jobs Act* dei lavoratori autonomi e le strategie di tutela del contraente debole nei rapporti “b2b”: il meticciamiento delle regole come preludio a possibili approdi uniformi e le sfide per l’interprete *

di *Maria Carmela Venuti*

544

La simulazione del matrimonio **

di *Mario Trimarchi*

557



Il contratto di scommessa stipulato *online* è annullabile per il vizio da errore materiale, in presenza dei requisiti della sussistenza e della riconoscibilità dell'errore ai sensi dell'art. 1428 e ss. c.c.

La disposizione contenuta all'art. 6 del D.M. n. 111 del 1° marzo 2006 non costituisce ostacolo alla generale tutela del contraente per vizi della volontà stabilita dal codice civile, dovendo interpretarsi la norma stessa nel senso della irretrattabilità del negozio regolarmente stipulato sulla base di elementi sopravvenuti, ed anche per volontà delle parti.

...Omissis...

Con sentenza n. 2103-2016 in data 13.10.2016, pubblicata in data 19.10.2016, il Tribunale di Lucca definitivamente pronunciando nel giudizio promosso da I.E. contro A.B. per l'annullamento di una scommessa telematica per errore, cui il A.B. aveva resistito spiegando in via riconvenzionale domanda di pagamento della vincita calcolata sulla posta di € 265,00, pari ad € 2.650,00, e di risarcimento del danno per il blocco temporaneo del conto corrente destinato al gioco, accoglieva la domanda principale, per l'effetto annullava il contratto, e respingeva la domanda riconvenzionale risarcitoria. Il Tribunale così decideva in base alle seguenti considerazioni: - parte attrice, nell'esercizio della attività di concessionaria di AAMS, aveva proposto agli scommettitori la scommessa sul risultato di una partita di basket quotando €265,00; - tale quota era stato frutto di errore essendo stata la volontà della proponente quella di quotare e 2,65 quale desumibile dalla circostanza che la media delle quote era di € 2,59; - non ostava all'accoglimento dell'impugnativa di annullamento l'esecuzione data al contratto da I.E. in riferimento alla posta, dalla stessa ritenuta corretta, di € 2,65, non costituendo il pagamento della vincita nella misura ridotta volontà di convalida del contratto annullabile; - la domanda riconvenzionale risarcitoria risultava sfornita di prova.

Avverso la decisione di annullamento del contratto e rigetto della (sola) domanda riconvenzionale di pagamento della vincita, calcolata sulla quota accettata di € 265,00 ha proposto appello il A.B., chiedendo, in subordine, la compensazione in ragione della natura di accertamento negativo dell'azione. L'appellante, in estrema sintesi, ha contestato la annullabilità del contratto sia in riferimento all'errore, a suo dire ove eventualmente esistente non riconoscibile, sia in riferimento alla preclusione derivante dall'esecuzione, sia pure in termini non coerenti con il contenuto del contratto. I.E. si è costituita in giudizio, ha contrastato il gravame e ne ha chiesto il rigetto.

A giudizio della Corte l'appello è infondato e va respinto. E' opportuno premettere che è controverso nel processo che I.E. nel lanciare la scommessa sia incorsa in un errore quotando la propria proposta 265,00 anziché 2,65, provvedendo dopo la rilevazione di tale situazione, ad interrompere la procedura di accettazione delle scommesse per riattivarla una volta eseguita l'opportuna rettifica.

Ciò posto, in primo luogo pare da disattendere la tesi dell'appellante secondo cui la parziale



esecuzione del contratto, quale effettuata con il pagamento della vincita calcolata sulla quota di € 2.65, costituisca manifestazione di volontà di eseguire il contratto annullabile, incompatibile con la volontà di annullamento. Invero, nessuna convalida preclusiva dell'azione di annullamento può ritenersi implicita nella esecuzione del contratto effettuata da I.E. con il pagamento della vincita quale corrispondente alla supposta quota di e 2,65, trattandosi di comportamento negoziale compatibile ed anzi addirittura modulato sulla pretesa di annullabilità del contratto per errore.

Circa la portata (*omissis*) del D.M. 111-2006 secondo cui "Le scommesse telematiche non possono essere annullate" deve escludersi, anche sulla base delle difese di parte appellata, che tale disposizione costituisca ostacolo alla generale tutela del contraente per vizi della volontà stabilita dal codice civile, dovendo interpretarsi la norma stessa nel senso della irretrattabilità del negozio regolarmente stipulato sulla base di elementi sopravvenuti, ed anche per volontà delle parti, ciò anche tenuto conto della circostanza che il gioco viene gestito in regime di concessione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato.

Circa la sussistenza dell'errore quale vizio del consenso, non appaiono meritevoli di accoglimento le contestazioni svolte avverso la ritenuta esistenza dei requisiti di essenzialità e riconoscibilità. Premesso che si versa in ipotesi di errore ostativo – divergenza tra volontà e manifestazione – circa il requisito della essenzialità non può seriamente dubitarsi della sua sussistenza, trattandosi dell'elemento – la posta in gioco – su cui si è formato il contratto di scommessa dedotto in causa.

Circa la riconoscibilità di detto errore, la censura dell'appellante di apodittività della affermazione del Tribunale circa la sua (di esso giocatore) qualità di scommettitore abituale, si appalesa infondata, alla luce della produzione documentale offerta in primo grado da I.E., circa la identificazione del bernardini con A.L., soggetto molto attivo nelle chat di scommettitori abituali; lo stesso appellante, del resto, a pag.6 dell'atto di appello, nella proposta di riforma della decisione di primo grado, afferma la sua qualità di "giocatore assiduo" se pure chiede escludersi che tale qualità deponga a favore della riconoscibilità dell'errore. Ritiene la Corte, al contrario, che correttamente il Tribunale abbia considerato anche tale elemento, unitamente al fatto che l'ammontare medio delle quote fisse applicate dai diversi concessionari AAMS quali I.E. si aggirasse intorno ad € 2,50, rilevante ai fini della riconoscibilità del vizio del consenso in cui era incorsa controparte.

La infondatezza dell'appello appare sostenuta anche da quanto dedotto dallo stesso appellante circa il fatto che, secondo il contratto di gioco da egli sottoscritto, la vincita non avrebbe potuto eccedere l'importo di € 10.000,00, posto che la scommessa come accettata dal sistema avrebbe prodotto una vincita di € 26.500,00, notevolmente eccedente il limite imposto

(*Omissis*)

L'appello deve dunque essere respinto.



Oggetto del contratto di scommessa è la scommessa, intesa come somma da corrispondere al vincitore.

In tema di annullabilità del contratto per errore, il requisito della riconoscibilità è posto dagli artt. 1431 e 1428 c.c. a tutela della buona fede dell'altro contraente, per modo che l'indagine sulla ricorrenza di detta riconoscibilità si risolve in un'indagine sulla buona fede dell'altro contraente

In applicazione del principio di gerarchia delle fonti, deve osservarsi che la disciplina codicistica, sopra richiamata, prevale su ogni altra disposizione di rango inferiore come quella del D.M. n. 111 del 1° marzo 2006, che è contenuta in un semplice regolamento.

....*Omissis*...

Con atto di citazione del 3 maggio 2013 M.M. conveniva in giudizio I.E. innanzi codesta Corte per ottenere la riforma della sentenza

(*Omissis*).

Premetteva che I.E. aveva adito il giudice di primo grado per ottenere l'annullamento dei contratti relativi a tre scommesse telematiche effettuate dall'appellante in data 31 gennaio 2008, sostenendo che le stesse fossero viziate da un errore materiale nella digitazione della relativa quotazione, errore di cui la società attrice chiedeva l'accertamento giudiziale.

I.E. assumeva di essere titolare della concessione dell'Amministrazione autonoma Monopoli di Stato per l'esercizio e la raccolta di scommesse a quota fissa e a totalizzatore su eventi sportivi e sulle corse di cavalli e, in tale qualità, di aver stipulato con M.M. tre contratti di servizio per la partecipazione al gioco a distanza che consentivano ai giocatori di poter effettuare scommesse a distanza a quota fissa su eventi sportivi e sulle corse di cavalli. Di avere, allo scopo, attivato un apposito conto infruttifero intestato a M.M., su cui venivano addebitati gli importi delle giocate, a richiesta dello scommettitore, nonché le somme relative alle vincite.

(*Omissis*)

Nell'offrire nell'ambito delle scommesse relative ad avvenimenti di pallacanestro, l'incontro tra le squadre (*omissis*) aveva per errore, indicato la quota fissa di euro 265 anziché di quella di euro 2,65 omettendo l'indicazione della virgola.

Nella stessa giornata, I.E. accettava e registrava in modalità online le giocate relative al menzionato evento sportivo, tra cui tre provenienti da M.M. Accortasi dell'errore di digitazione della quota (*omissis*) sospendeva temporaneamente la raccolta delle scommesse per riproporle (*omissis*) con la quota fissa corretta di euro 2,65. (*omissis*) dava notizia agli scommettitori dell'errore. Si svolgeva, quindi, l'incontro sportivo.

(*Omissis*)

Pertanto provvedeva al pagamento delle scommesse in base alla quota fissa di euro 2,65. Se nonch  M.M. chiedeva che gli fosse riconosciuta la maggior somma sulla base della quota di euro 265, circostanza che dava luogo alla promozione del presente giudizio volto ad accertare le effettive somme dovute, nonch  l'annullamento del contratto di scommessa. A base delle pro-



prie pretese I.E. assumeva che il consenso intercorso nella stipulazione del contratto era viziato di un errore ostativo poiché l'errore di digitazione della quota fissa di euro 265, anziché 2,65, aveva inciso sulla dichiarazione/trasmissione della volontà correttamente formatasi. Tale errore, a dire di I.E., sarebbe stato essenziale e riconoscibile tanto da determinare la annullabilità dei contratti stipulati.

Si costituiva in giudizio M.M. rilevando che la materia in esame era regolata dal D.M. numero 111/2006. Tale normativa stabilisce che la scommessa sull'avvenimento sportivo è considerata non valida soltanto se: 1) l'avvenimento non si è svolto entro tre giorni dalla data stabilita; 2) nessun concorrente si è classificato; 3) in caso di inversione di campo nelle competizioni a squadre, aggiungendo che, ai sensi dell'articolo sette, lo scommettitore ha diritto al rimborso della somma impiegata.

(*Omissis*)

Richiamava inoltre il decreto direttoriale emanato dalla AAMS in data 21 marzo 2006, applicabile anche alle scommesse in oggetto, il quale prevede all'articolo sei, comma sei, che *“l'accettazione delle giocate è subordinata alla convalida ed attribuzione del codice univoco da parte dei sistemi di registrazione, controllo e convalida nazionale previsto dallo specifico regolamento di gioco; la giocata certificata dai sistemi di registrazione, controllo e convalida nazionale è immediatamente contabilizzata mediante registrazione sul contro di gioco e contestuale pagamento con accredito dell'importo dell'eventuale incita o rimborso”*.

Inoltre, secondo l'articolo sei, *“Le giocate convalidate non possono essere annullate”*. Sosteneva pertanto che non si versasse in tema di errore poiché egli non poteva prefigurarsi l'erronea digitazione attesa la particolare qualifica della società che gestiva il gioco ed i plurimi controlli cui il gioco è soggetto. Non rientra, infatti, secondo l'appellante, nelle funzioni dello scommettitore accertare la ponderatezza delle quotazioni, per cui l'errore non può ritenersi riconoscibile e inoltre non si versa neanche nell'ipotesi di errore essenziale, poiché l'errore di digitazione riguardava l'indicazione della quota relativa all'evento in questione e non la somma da pagare allo scommettitore.

La sentenza impugnata disattendeva tali ultime difese e pertanto se ne chiedeva la riforma, formulando contro la stessa quattro motivi d'appello.

Con il primo motivo si sosteneva che erroneamente il giudice di primo grado ha ritenuto che si versasse in un'ipotesi di errore partendo dal presupposto che l'errore dell'indicazione della quota attenesse l'oggetto stesso del contratto poiché, viceversa, doveva ritenersi oggetto del contratto la scommessa di gioco di per sé aleatoria; inoltre non ricorreva neanche l'ulteriore requisito della riconoscibilità, atteso che non poteva pretendersi che un giocatore, accedendo in via telematica al sito di gioco e trovandosi innanzi una molteplicità di avvenimenti sportivi proposti, fosse tenuto a svolgere indagini probabilistiche; ciò ancor più nel caso in cui, come quello di specie, la controparte sia costituita da un soggetto qualificato, avendo la concessione per l'esercizio delle scommesse di gioco.

Parimenti sosteneva di essere di poco valore l'ulteriore requisito individuato dalla sentenza



di primo grado, costituito dall'effettuazione di tre giocate nello spazio di nove minuti poiché, se fosse vero che lo scommettitore si fosse accorto dell'errore, questi avrebbe immediatamente aumentato la posta impegnata. Infine, non rispondeva al vero neanche l'ulteriore affermazione contenuta nella sentenza impugnata ove si sosteneva che non risultavano offerte quote di 265, se non una di 250 attinente una tappa del Giro d'Italia non raffrontabile con una partita di basket poiché, all'atto della costituzione in giudizio, M.M. aveva elencato una serie di quote ben maggiore rispetto a quelle medie correnti. Da ultimo, anche a voler ritenere che sussistessero gli estremi dell'errore, in ogni caso la negligenza era attribuibile alla società appellata e non poteva certo essere penalizzato l'appellante.

Con il secondo motivo d'appello denunciava l'errata interpretazione e disapplicazione dell'art. 6 del D.M. 1 marzo 2006.

A dire dell'appellante, erroneamente il giudice di primo grado ha ritenuto che l'irrevocabilità della giocata concernesse sostanzialmente solo lo scommettitore. Viceversa, atteso che la società che gestisce il gioco esercita funzioni pubbliche demandate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze che, in base alla normativa vigente, gli fa obbligo di adoperare il massimo rigore nella gestione del gioco, verificando la regolarità di ciascuna scommessa e stabilendo una procedura molto dettagliata, all'esito della quale, la scommessa deve ritenersi non più annullabile. Inoltre non può concludersi che l'irrevocabilità gravi solo sullo scommettitore e non sulla società che gestisce il gioco.

Con il terzo motivo ci si duole del mancato accoglimento della domanda di integrazione del contraddittorio.

(Omissis)

L'appello non merita accoglimento. In vero è di tutta evidenza che, nel caso di specie, si versi in tema di errore. Infatti, ricorrono tutti gli elementi previsti dalla normativa per ritenere che si verta in tema di un errore essenziale e riconoscibile.

Preliminarmente è da osservare come oggetto del contratto sia sicuramente la scommessa, intesa come somma da corrispondere al vincitore. Su tale aspetto è indubbio che l'errore di digitazione operato dalla concessionaria del servizio si sia riversato sull'oggetto del contratto. Da ciò ne consegue che l'errore può considerarsi sicuramente quale essenziale.

(Omissis)

Parimenti, ricorre anche l'ulteriore requisito della riconoscibilità dell'errore, essendo indubbio che la quota 265 era nettamente superiore alle quote proposte dagli altri operatori del settore. Ciò anche in considerazione del fatto che lo scommettitore si è sicuramente avveduto dell'errore. Tanto è comprovato dalla circostanza che egli, per ben tre volte, nell'arco di pochi minuti ha effettuato tre scommesse, sempre relativamente alla stessa gara. Né è possibile sostenere che vi fossero altre quote in palio assimilabili a quello oggetto di giudizio, poiché il paragone con l'esito delle tappe del Giro d'Italia non è legittimo, atteso che a detto evento sportivo partecipavano ben 219 corridori e non solo due squadre, come nel caso di specie.

In vero, in tema di annullabilità del contratto per errore, il requisito della riconoscibilità è po-

JUS CIVILE



sto dagli artt. 1431 e 1428 c.c. a tutela della buona fede dell'altro contraente, per modo che l'indagine sulla ricorrenza di detta riconoscibilità si risolve in un'indagine sulla buona fede dell'altro contraente. Quindi, deve concludersi che il contraente verso cui la dichiarazione dell'errante era diretta, avrebbe potuto, con l'uso della normale diligenza, riconoscere l'errore della controparte. Ciò comporta la conseguenza che deve ritenersi la sussistenza della riconoscibilità dell'errore, la quale unitamente alla sua essenzialità, ne comporta la rilevanza e quindi l'annullamento del contratto (Cass. civ. Sez. III, 01-02-1991, n. 980).

Ugualmente infondato deve ritenersi il secondo motivo di impugnazione, inerente la portata e l'applicazione dell'articolo sei del D.M. numero 111 del 1 marzo 2006. Invero, in disparte la fondatezza nel merito di tale censura, in ogni caso, per il principio di gerarchia delle fonti, deve osservarsi che la disciplina codicistica, sopra richiamata, prevale su ogni altra disposizione di rango inferiore come, nel caso di specie, quella in argomento, che è contenuta in un semplice regolamento.

(Omissis)

L'appello va quindi, in definitiva, rigettato con condanna dell'appellante al pagamento delle spese processuali.

(Omissis)



DANIELE SCUTO

Dottore in Giurisprudenza

VIZI DEL CONSENSO E CONTRATTI ALEATORI: ANNULLABILITÀ PER ERRORE DEL CONTRATTO DI SCOMMESSA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I casi concreti. – 3. Il contratto di scommessa. – 4. Gli elementi essenziali del contratto di scommessa. – 5. Nella species: il contratto di scommessa online. – 6. L'annullabilità del contratto di scommessa e le primissime decisioni giurisprudenziali sul punto. – 6.1. L'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 6 del D.M. 111 del 1° marzo 2006. – 6.2. L'essenzialità dell'errore. – 6.3. La riconoscibilità dell'errore. – 7. Uno sguardo all'ordinamento sovranazionale – 8. Conclusioni..

1. – Le sentenze in commento rappresentano i primissimi casi in cui la giurisprudenza, riconoscendo la sussistenza e la riconoscibilità dell'errore materiale *ex art.* 1428 e ss. c.c., ha annullato i contratti di scommessa stipulati nell'ambito delle scommesse telematiche. A tal proposito, dopo aver illustrato il caso concreto e previa una breve disamina dei requisiti essenziali del tipo contrattuale in esame, verranno analizzati i punti focali delle pronunce della Corte d'Appello di Firenze e della Corte d'Appello di Roma al fine di individuare gli indici valorizzati dalla giurisprudenza di merito per l'annullabilità per errore materiale del contratto di scommessa.

2. – Nei casi in esame, un noto concessionario di scommesse *on-line* offriva un evento sportivo proponendo, sul proprio sito, un moltiplicatore di gioco (c.d. quota fissa) palesemente errato. Nel caso di specie, il concessionario aveva infatti indicato – a causa di un errore di digitazione consistente nell'omissione dell'indicazione della virgola – un indice numerico (moltiplicatore) oltre cento volte superiore rispetto a quello che desiderava offrire.

A seguito di detto errore, una serie di scommettitori, titolari di appositi conti di gioco infruttiferi per la partecipazione del gioco a distanza, approfittavano dell'evidente sproporzione tra "rischio" e "vincita" e, in un brevissimo lasso di tempo, registravano *on-line* un numero elevato di scommesse. Ognuna di esse, veniva automaticamente registrata dal sistema sul totalizzatore nazionale (AAMS), così come previsto dalla disciplina vigente *ex D.M.* 111 del 1 marzo 2006.

Il concessionario, accortosi poco dopo dell'errore (poco più di un'ora dopo la presa in carico) sospendeva le scommesse, correggeva l'errore sul proprio sito e, prima dell'evento sportivo (*i.e.* due giorni prima), comunicava agli scommettitori il mero errore di digitazione in cui era incorso, rettificando con esattezza la quota fissa offerta; successivamente, quest'ultimo modificava le scommesse erroneamente stipulate ed erroneamente registrate.



Tuttavia, a seguito della vittoria della squadra per la quale era stata indicata erroneamente la quota fissa oltre cento volte superiore a quella voluta, alcuni scommettitori richiedevano al concessionario il pagamento della quota, così come erroneamente indicata, minacciando altrimenti di intraprendere opportune azioni legali a tutela delle proprie pretese. Il concessionario, al fine di prevenire tali azioni giudiziarie, citava in giudizio i soggetti che pretendevano il pagamento della quota così come originariamente digitata, richiedendo ai tribunali competenti (nella specie il Tribunale di Lucca e il Tribunale di Roma) l'annullamento dei relativi contratti di gioco per il vizio di errore materiale ai sensi dell'art. 1428 c.c.

Il Tribunale di Lucca, il Tribunale di Roma e, a loro conferma, la Corte di Appello di Roma e la Corte d'Appello di Firenze, queste ultime con le sentenze in commento, hanno interamente accolto le ragioni del concessionario e hanno annullato i contratti di scommessa stipulati. Le Corti adite hanno tutte, *inter alia*, rilevato che: *i)* l'oggetto del contratto è la singola scommessa; *ii)* il contratto di scommessa è di per sé annullabile anche se registrato sul totalizzatore nazionale e *iii)* l'errore, nel caso di specie, poteva essere considerato essenziale e riconoscibile ai sensi degli artt. 1429 e 1431 c.c.

Di seguito, previa un'introduzione generale sui contratti aleatori di scommessa, si andranno ad analizzare le tematiche affrontate nelle sentenze in commento al fine di delineare un quadro di riferimento in merito alla tematica dell'errore materiale nei contratti aleatori, qual è il contratto di scommessa.

3. – Prima di entrare nel merito delle questioni portate alla luce dalle sentenze in commento, sembra utile esaminare la disciplina generale del tipo contrattuale in esame.

Il contratto di scommessa, come noto, è inquadrabile nel più ampio *genus* dei contratti aleatori, rispetto ai quali l'entità della prestazione dipende da fatti incerti o ignoti alle parti e, dunque, in definitiva, dalla sorte. Tramite detti contratti, i contraenti assumono il rischio di vedere, per effetto del caso (da qui il termine *aleatori*¹) ingigantita, ridotta o addirittura azzerata la prestazione a loro carico². In tale ottica, è stato rilevato che il termine *alea* è declinabile, dal punto di vista contrattuale, sotto due differenti profili: *i)* significa "sorte", sotto il suo profilo oggettivo, in riferimento all'evento incerto; ma, allo stesso tempo, *ii)* significa "rischio", sotto suo profilo soggettivo³, in riferimento all'effetto imprevedibile che si spiega sulle parti del contratto. In quest'ultimo senso, si noti che il "rischio", che definisce l'aleatorietà del contratto di scommessa, è quello *giuridico-economico, inerente alla prestazione*, e che la riguarda "*in sé e per sé*" in

¹ Dal punto di vista terminologico, invece, il termine *alea* sembra essere stato coniato con il significato di *gioco* in omaggio all'omonimo soldato greco che, durante la guerra di Troia, avrebbe inventato il gioco dei dadi. Sul punto cfr. G. RIDOLFI, *Alea-Aleatorii, Contratti*, in *Digesto it.*, I, Torino, 1929, 253 s. che, tuttavia, segnala l'esistenza di altre interpretazioni.

² V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, 443 ss.

³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit. 443 ss.



modo del tutto unilaterale e, allo stesso tempo, così squilibrante da avvantaggiare solo una parte del contratto, penalizzando l'altra in modo assolutamente casuale e, in un certo senso, imprevedibile⁴.

Con riguardo, invece al contratto in esame, ovvero quello di *scommessa*, sono state fornite diverse definizioni che, apparentemente distanti tra loro, sono tuttavia perfettamente sovrapponibili. Vero infatti ciò che è stato detto da chi⁵ definisce scommessa (da un punto di vista "terminologico") la promessa di una somma di denaro o di altro bene a chi preveda esattamente un evento futuro e incerto, quale l'esito vittorioso di un gioco; del pari, vero anche quanto detto da chi⁶ (secondo una visione più strettamente "negoziale") definisce la *scommessa* come il contratto con il quale le parti, assumendo reciprocamente il rischio dell'esito di un gioco o dell'esattezza di una loro opinione, si obbligano, l'una verso l'altra, a pagare la posta pattuita nel caso in cui l'esito si verifichi in modo sfavorevole, oppure l'affermata opinione risulti sbagliata. Le dette visioni, infatti, convergono nell'evidenziare tutte, quale elemento cardine del tipo contrattuale in esame, l'incognita del dovere, o meno, la propria prestazione all'altro contraente, affidandone la determinazione alla condizione dettata da eventi imprevedibili e del tutto casuali (c.d. rischiosi).

Sebbene esistano contratti di scommessa c.d. plurilaterali⁷, il contratto di scommessa tipico⁸

⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 443 ss., per il quale il contratto non è aleatorio neppure quando presenta un rischio economico altissimo, come nel caso dell'acquisto, in tempo di guerra, di immobili in città soggetta a bombardamenti. In tutti questi casi vi è incertezza sul costo o sull'utilità della prestazione, ma non sulla prestazione in quanto tale, che è certa e definita: realizzare quell'opera, attribuire quelle azioni o quegli immobili. La c.d. "*alea normale del contratto*", rilevante ai fini della risoluzione per eccessiva onerosità, è il rischio puramente economico: essa non riguarda specificamente i contratti aleatori.

⁵ Sul punto, è interessante notare come il contratto di scommessa non si identifichi esattamente con l'esito del gioco. Sul punto cfr. S. SBORDONI, *Il gioco telematico*, in www.unitus.it, 1 ss., per il quale in presenza di una "*scommessa*" per l'esito di un evento da "gioco" l'elemento prevalente è pur sempre quello della scommessa in quanto la somma è dovuta per l'indovinata previsione dell'evento e non come premio per la vittoriosa partecipazione all'attività del gioco. Il gioco infatti è una competizione con finalità ricreativa che si conclude con la vittoria di singoli o di gruppi secondo determinate regole; tali regole non sono giuridiche e possono al più rilevare come presupposto di fatto per l'applicazione di regole giuridiche. Il debito di gioco è il debito avente ad oggetto la posta, cioè la somma di denaro o altro bene che un partecipante deve all'altro in base all'esito dell'attività ludica.

⁶ VALSECCHI-PIOLETTI, *Giocchi e scommesse*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 49 ss. Secondo un'altra definizione, pressoché analoga, si è in presenza di una scommessa nel caso in cui due o più persone si promettono reciprocamente di eseguire una determinata prestazione di contenuto patrimoniale a favore di colui o di coloro che avranno formulato il pronostico o comunque indicato la riflessione esatta. Ciò indipendentemente sia dalla natura dell'evento, sia dalla circostanza che questo si sia già verificato, dovendosi riconoscere che la scommessa può riguardare anche fatti del passato e che sono o dovrebbero essere noti sempreché uno degli scommettitori non abbia fraudolentemente tratto in inganno l'altro sulle proprie conoscenze (cfr. R. SACCO in *Trattato di dir. civ. it.*, diretto da F. VASSALLI, vol. VI, t. II, Torino, 1975, 608 s.; citato da D. RICCIO, *La natura giuridica del gioco del lotto*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze*, in www.rivistaseff.it

⁷ Cfr. D. RICCIO, *La natura giuridica del gioco*, cit., 3 s., secondo cui, per converso, nei giochi plurilaterali, la (potenziale) pluralità dei partecipanti entra nella struttura stessa del contratto perché un unico contratto prende vita tra essi, i quali giocano gli uni contro gli altri, mentre l'organizzatore assume la veste di semplice intermediario. Cfr. anche S. SBORDONI, *Il gioco telematico*, cit., 1 ss.

⁸ Il contratto di scommessa, ai sensi dell'art. 1469 c.c., è un contratto aleatorio tipico in quanto il rischio è insito nel contratto "*per sua natura*" e si contrappone, invece, ai contratti aleatori atipici che vengono in esistenza quando le



e, invero, più diffuso nella prassi è quello bilaterale o a parti contrapposte. Tramite detto contratto, due parti (l'organizzatore e lo scommettitore) si promettono reciprocamente di eseguire una determinata prestazione a favore di colui che vincerà o la cui affermazione risulterà esatta⁹; ogni scommettitore, versando la propria posta al momento della conclusione del contratto¹⁰, conclude il contratto con l'organizzatore, che assume pur esso la veste di giocatore. In altre parole, tanti sono i contratti (bilaterali) quanti sono gli scommettitori e ad ognuno dei giocatori, in caso di vincita, spetterà un premio predeterminato, indipendentemente da ciò che avviene agli altri partecipanti e senza che il numero di questi influisca sul rapporto.

Nel contratto di scommessa in esame la bilateralità del contratto si ripercuote sull'alea, anch'essa necessariamente bilaterale, che è causa del contratto e che ne condiziona anche l'oggetto. In tale ottica deve essere letta l'inconcepibilità di contratti aleatori nei quali il rischio non incida egualmente sulla situazione di entrambi i contraenti e, pertanto, ai fini della validità del tipo contrattuale in esame occorrerà la sussistenza di vantaggi e oneri proporzionali che gravino sinallagmaticamente su entrambe le parti¹¹.

4. – In considerazione di quanto precede, è possibile dunque esplicitare in cosa si sostanzia-no gli elementi essenziali del contratto bilaterale di scommessa (*i, ii e iii*) ai sensi dell'art. 1325 c.c.

i) Il primo elemento essenziale del contratto di scommessa è l'accordo tra lo scommettitore e l'organizzatore; con esso le parti manifestano la volontà di stipulare il contratto e, quindi, di assumere un rischio per effetto del quale vedranno realizzarsi, o meno, la controprestazione attesa. In generale, detto accordo si perfeziona secondo gli schemi tipici e, dunque, secondo il meccanismo della proposta/accettazione *ex art.* 1326 c.c.: pertanto, l'organizzatore propone una quota e lo scommettitore, anticipando una somma da lui determinata (la posta), accetta di stipulare il contratto di scommessa. All'interno di tale schema contrattuale, l'unica, per così dire, "variazione" è determinata dall'incidenza della disciplina pubblicistica dettata dal Regolamento Ministe-

parti concludono un contratto tipicamente non aleatorio e vi inseriscono, tramite alcune clausole, elementi di "rischio" non presenti nel contratto tipico di riferimento (ad es. un contratto di compravendita in cui la determinazione del prezzo è subordinata all'esito di un evento futuro e incerto).

⁹ Cfr. D. RICCIO, *La natura giuridica del gioco*, cit.; in modo sostanzialmente identico cfr. anche L. BUTTARO, *Del giuoco e della scommessa*, 93 s.; C.A. FUNAIOLI, *Il giuoco e la scommessa*, 52 ss.; E. VALSECCHI, *Il giuoco e la scommessa*, 29 s.; e C. MANENTI, *Del giuoco e della scommessa*, 771 ss.

¹⁰ Al versamento della c.d. posta è subordinata la possibilità di partecipare al gioco e, così, di poter conseguire la vincita eventuale, qualora si verificasse l'evento ad oggetto della scommessa.

¹¹ Cfr. A. BOSELLI, *Alea*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1957, 468 ss., per il quale, inoltre "dalla bilateralità è necessaria conseguenza la onerosità del contratto medesimo, ove un tal requisito venga appunto identificato nel fatto che la prestazione dedotta in contratto sia da ciascuno dovuta in funzione di un corrispettivo. Correlativo poi al concetto della onerosità è normalmente quello della equivalenza delle prestazioni, espressione con la quale suole denotarsi l'esigenza di un rapporto fra il valore economico della prestazione e quello della controprestazione o, che è lo stesso, di una proporzionalità dei vantaggi ed oneri correlativi tra le parti".



riale n. 111 del 1° marzo 2006 che, all'art. 6, prevede che la scommessa debba essere registrata, ai fini della sua validità e tramite meccanismi telematici, presso il totalizzatore nazionale AAMS¹². Sul punto, giovi sin d'ora evidenziare come tale disciplina regolamentare incida direttamente nell'ambito della corretta formazione dell'accordo tra le parti, mentre e non è da inquadrarsi nella nullità per vizio della forma prescritta dalla legge ai sensi dell'art. 1425 c.c. Una simile conclusione appare evidente per due ragioni: *a)* in primo luogo traspare dal dato letterale, in quanto l'art. 1425 c.c., nel prevedere la forma tra i requisiti del contratto, prescrive la nullità solo quand'essa sia "*prescritta dalla legge*", non ricomprendendo nel suo ambito di operatività le fonti legislative secondarie, quali i regolamenti ministeriali (qual è il D.M. n. 111 del 1 marzo 2006); e *b)* in secondo luogo, dall'*intentio legis*, in quanto il legislatore, con la disciplina del D.M. n. 111 del 1 marzo 2006, ha voluto regolamentare la disciplina delle scommesse a quota fissa su eventi sportivi diversi dalle corse dei cavalli, con il chiaro intento di evitare meccanismi fraudolenti, oltre che il proliferare del gioco d'azzardo. In definitiva, non una nullità per vizio di forma, ma una sanzione di invalidità assoluta per il mancato rispetto di una norma ordinamentale a tutela di un interesse generale dell'ordinamento, ovvero la tutela del gioco responsabile.

ii) Il secondo elemento essenziale del contratto, ai sensi dell'art. 1325 c.c., è la causa. Nel contratto di scommessa quest'ultima può essere riferita alla corrispettività del contratto medesimo all'interno del quale entrambi i contraenti si obbligano a vedersi riconosciuta, o negata, una prestazione in denaro più o meno consistente lasciando la determinazione dell'*an debeatur* al caso. La causa del contratto, dunque, può identificarsi nella "scommessa di gioco", intesa come estrinsecazione dell'alea¹³ che denota il tipo contrattuale in esame e che, qualora mancasse, renderebbe nullo l'intero contratto. Di talché dovranno essere considerati nulli per carenza di causa i contratti di scommessa stipulati su eventi già accaduti o prevedibili con certezza assoluta, salvo che non residui un'apprezzabile incertezza idonea a determinare la sussistenza di un'alea. Così sarà di certo nullo il contratto di scommessa che prevede, quale evento da realizzarsi, il bollore dell'acqua posta sul fuoco, poiché detto evento è la conseguenza diretta e certa dell'azione posta in essere (salvo la sussistenza di cause di forza maggiore che, per loro natura, tendono a non essere ricomprese nella struttura contrattuale); diversamente, potrà considerarsi valido il contratto di scommessa avente ad oggetto il risultato di un evento sportivo già concluso, a patto che i contraenti, al momento della stipula del contratto, non ne potessero conoscere le sorti.

iii) Infine, il terzo elemento essenziale del contratto è l'oggetto. Quest'ultimo, nel contratto di scommessa è rappresentato dalla determinazione concreta del rischio¹⁴. A tal proposito, tuttavia, si noti che l'oggetto del contratto non può identificarsi nella "scommessa di gioco" (che,

¹² Sul punto si consideri che il primo comma dell'art. 6 del Regolamento Ministeriale n. 111 del 1 marzo 2006 così recita: "*sono considerate valide le scommesse regolarmente accettate e registrate dal totalizzatore nazionale*".

¹³ FUNAJOLI, voce "*Gioco e scommessa*", in *Nuovissimo Digesto Italiano*, 932 s.

¹⁴ MESSINEO, *Il contratto in genere*, 1972, Giuffrè, 774 ss.



invece, come appena visto è la causa del contratto), dovendosi invece identificare, rispettivamente, con l'importo destinato allo scommettitore in caso di vincita e con quello destinato al gestore (posta) qualora il primo dovesse perdere la scommessa. In altre parole, l'oggetto del contratto può ben riferirsi alla prestazione attesa dalle parti: è la posta per l'organizzatore, mentre è il prodotto tra posta e quota per lo scommettitore.

Sulla disciplina così come sopra delineata, in Italia, in riferimento alle modalità di regolamentazione, incide la disciplina pubblicistica dettata, *inter alia*, dal Regolamento AAMS n. 111 del 1° marzo 2006 (Regolamento AAMS) e succ. mod.; detta disciplina, che non è oggetto di un esame specifico nel presente scritto, persegue, in estrema sintesi, l'obiettivo di regolamentare il gioco responsabile, autorizzando l'organizzazione delle scommesse (alle condizioni dettate nel predetto Regolamento AAMS) solo a favore dei concessionari (o gestori) previamente autorizzati dall'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS)¹⁵; a quest'ultima, tra l'altro è demandata il controllo del rispetto del regolamento AAMS e l'eventuale irrogazione di sanzioni amministrativa, qualora risultasse violata la disciplina regolamentare.

5. – Nell'ambito del sistema appena delineato, il contratto di scommessa più diffuso nella prassi, oggetto anche delle sentenze in commento, è quello stipulato secondo modalità telematiche.

La peculiarità del contratto di scommessa *online* risiede nel momento della sua formazione, in quanto le parti esprimono la propria volontà di obbligarsi in modo telematico, tramite la compilazione di moduli preimpostati dal concessionario.

Più nello specifico il giocatore, secondo il Regolamento AAMS, al fine di poter piazzare le proprie scommesse sul sito del gestore, deve registrarsi sul portale gestito da quest'ultimo, aprendo il c.d. conto di gioco infruttifero per il gioco a distanza; successivamente, in genere dopo aver effettuato un deposito di denaro, potrà piazzare la propria scommessa sugli eventi presenti nel palinsesto (in Italia, approvato dall'AAMS) e quotati dal concessionario. Dopo aver deciso gli importi da scommettere, il giocatore concluderà il singolo contratto con un semplice *click* e, nell'arco di pochi minuti, il gestore del servizio, ai sensi della disciplina contenuta nel Regolamento AAMS, registrerà la scommessa (per prassi, con modalità del tutto automatiche) sul totalizzatore nazionale (gestito dall'AAMS). Da quel momento in poi, ai sensi del Regolamento AAMS, la scommessa non potrà più essere revocata.

¹⁵ L'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) è un'Autorità Indipendente che verifica costantemente gli adempimenti cui sono tenuti i concessionari e tutti gli operatori del comparto del gioco, mirando, allo stesso tempo, al contrasto del gioco praticato illegalmente e irrogando sanzioni amministrative ai trasgressori. Sul punto, cfr. <https://www.agenziadoganemonopoli.gov.it/portale/lagenzia/chi-siamo/la-missione>.



6. – Delineata la disciplina generale del contratto di scommessa, occorre a questo punto passare in rassegna le primissime decisioni giurisprudenziali contenute nelle sentenze in commento che, come anticipato, hanno riconosciuto l'annullabilità di alcuni contratti di scommessa stipulati *online*, in presenza dei requisiti dettati dall'art. 1428 e ss. c.c.¹⁶.

Più nel dettaglio, si vedrà come la giurisprudenza esaminanda, escludendo l'applicabilità della disciplina regolamentare dettata dal D.M. n. 111 del 1° marzo 2006, ha dettato dei parametri per riconoscere l'essenzialità e la riconoscibilità dell'errore nei contratti di scommessa, sancendone, in presenza dei detti presupposti, la loro annullabilità per errore materiale¹⁷.

6.1. – Innanzitutto, le Corti hanno smarcato il campo dai problemi che potrebbero presentarsi da un impreciso coordinamento tra la disciplina codicistica, di cui agli artt. 1427 ss. c.c., e quella regolamentare, di cui all'art. 6 del D.M. n. 111 del 1° marzo 2006 che, in modo apparentemente confuso (ndr. e alquanto impreciso!), dispone che *“le giocate convalidate non possono essere annullate”*.

A tal proposito, la Corte d'Appello di Roma ha correttamente rilevato, *“in ogni caso”*, l'inapplicabilità della disciplina del Regolamento AAMS *“per il principio di gerarchia delle fonti”* in quanto la disciplina codicistica *“prevale su ogni altra disposizione di rango inferiore come, nel caso di specie, quella in argomento, che è contenuta in un semplice regolamento”*. Allo stesso modo, sebbene da un altro angolo visivo parzialmente diverso, la Corte d'Appello di Firenze, ha statuito che il Regolamento AAMS deve interpretarsi *“nel senso della irretrattabilità del negozio regolarmente stipulato sulla base di elementi sopravvenuti, ed anche per volontà delle parti, ciò anche tenuto conto della circostanza che il gioco viene gestito in regime di concessione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato”* ma da quest'ultimo non può certo scaturire l'impossibilità di annullare un negozio viziato *ab origine*.

Il ragionamento argomentativo seguito dalle sentenze in commento è del tutto condivisibile.

A tal riguardo, infatti, la questione sembra già di per sé essere irrilevante per l'operare del principio generale di gerarchia delle fonti, ai sensi del quale, una legge primaria – qual è il codice civile – può essere derogata solo da una legge speciale e successiva. Pertanto, poiché il D.M. n. 111 del 1° marzo 2006 è una fonte regolamentare, quest'ultimo, anche qualora prevedesse davvero l'impossibilità di annullare giudizialmente i contratti di scommessa registrati (anche se, come vedremo, si ritiene non possa essere così) dovrà comunque essere disapplicato in presenza

¹⁶ Sul punto occorre osservare come non sono stati rinvenuti precedenti in termini, eccetto l'Ordinanza del TAR Lazio n. 2646/2009 che ha ritenuto legittimo il comportamento del concessionario che annulla una quota palesemente errata, a fronte del comportamento in mala fede dello scommettitore che, approfittando dell'occasione, piazzava, in pochi minuti, una serie di scommesse.

¹⁷ Si consideri, infatti, che l'art. 1428 c.c. considera quale causa di annullabilità del contratto il c.d. errore motivato, ovvero quello che insorge nella formazione della volontà, prima che questa venga dichiarata all'esterno e ricomprensibile, al suo interno, i requisiti dell'essenzialità e della riconoscibilità. Sul punto cfr. F. GALGANO, *Il Contratto*, 2007, Cedam, 308 ss.



delle norme primarie di cui agli artt. 1427 e ss. c.c., che disciplinano, senza deroghe, l'annullabilità di qualsiasi contratto.

A conferma di quanto precede depone in tal senso anche la *ratio* della disciplina contenuta nel Regolamento AAMS che, come vedremo, lungi dall'impedire la tutela giurisdizionale delle parti che abbiano stipulato un contratto (*ab origine*) viziato, si riferisce, piuttosto che alla disciplina (giurisdizionale e indisponibile) dell'annullamento, a quella (contrattuale e disponibile) della revoca.

A tal proposito si tenga in considerazione che il controllo del Regolamento AAMS non è devoluto al giudice civile, bensì all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) che, in quanto tale, esercita un controllo amministrativo e non giudiziale. Pertanto, il Regolamento AAMS disciplina il potere dell'Autorità di irrogare sanzioni (amministrative) e non impedisce certo (anche per il suo rango di fonte secondaria) al giudice civile di giudicare sulla formazione dei contratti, sui loro vizi e, in generale, sulla loro legittimità.

Per tali ragioni, l'art. 6 del D.M. n. 111 del 1° marzo 2006 non disciplina una deroga all'esercizio (indisponibile) della tutela giurisdizionale ma, nel disporre che “*le giocate convalidate non possono essere annullate*”, si riferisce unicamente all'istituto (disponibile) della revoca, ovvero dell'atto negoziale estintivo di negozi unilaterali o di contratti stipulati, esercitabile nell'interesse preminente del revocante¹⁸. In altre parole, il regolamento AAMS, lungi dall'impedire l'azione di annullamento del contratto – ovvero, l'azione mediante cui viene fatta valere innanzi al competente organo giurisdizionale (il giudice civile) la causa di annullamento di un contratto¹⁹ – ha il solo scopo di vietare alle parti di revocare le scommesse convalidate, pena l'irrogazione di sanzioni amministrative per i soggetti che abbiano violato la disposizione in oggetto.

Tale interpretazione è, tra l'altro, confermata dalla *ratio* della disciplina del regolamento stesso, volta preminentemente ad evitare *i*) che il giocatore (o il gestore), magari all'approssimarsi dell'evento sportivo su cui ha scommesso, cambi idea e revochi la scommessa effettuata già convalidata e *ii*) in generale, che le parti possano accordarsi di revocare il contratto di scommessa, in un momento successivo all'accettazione da parte del totalizzatore nazionale AAMS. Quanto precede è, tra l'altro, confermato dalle modalità in cui vengono stipulate le scommesse *online*, in merito alle quali: lo scommettitore accetta la scommessa con un semplice “*click*”, il concessionario accetta la scommessa (per prassi, in via del tutto automatica tramite i propri sistemi) e, infine, il totalizzatore nazionale registra la scommessa al sistema; il tutto, nel giro di un lasso di tempo di pochissimi minuti. Ben si comprende, allora, come potrebbe costituire un problema – e non di poco conto – la previsione contrattuale che prevedesse la possibilità per le parti (sia per lo scommettitore, ma anche per il concessionario) di “*annullare*” (*rectius*: revocare) le scommesse già convalidate dal totalizzatore nazionale. Tale possibilità, infatti, qua-

¹⁸ BIANCA, in *Il contratto: validità, inadempimento, risarcimento*, a cura di L. VIOLA, I, 2009, 614 s.

¹⁹ VIOLA, *Prescrizione e decadenza*, 2015, Cedam, paragrafo 4.2.2.



lora non vietata: *i)* determinerebbe un eccessivo aggravio procedurale nei confronti dell'AAMS che, di volta in volta, dovrebbe annullare le scommesse già perfezionate e già registrate; e *ii)* aprirebbe le porte alla possibilità di utilizzare la revoca come strumento di forza (*i.e.* abuso) per prevaricare la parte più debole (ovvero lo scommettitore che, di volta in volta, potrebbe vedersi revocate le scommesse già piazzate e divenute, in un momento successivo, poco convenienti per il concessionario²⁰). Per evitare ciò il regolamento ha previsto che le scommesse, una volta registrate presso il totalizzatore nazionale, non possono essere revocate, neppure con l'accordo tra le parti.

Del resto, sostenere che l'art. 6 del Regolamento AAMS impedisca di esercitare l'azione di annullamento del contratto porterebbe al risultato (invero paradossale) di rendere non annullabile, non solo il contratto di scommessa stipulato per errore materiale, ma anche quello che si fosse formato tramite coercizione fisica o quello stipulato dall'incapace. Una simile soluzione è notoriamente respinta dal nostro ordinamento.

In conclusione, la disciplina che l'art. 6 del D.M. n. 111 del 1° marzo 2006 definisce impropriamente quale “*annullamento*”, riguarda esclusivamente il divieto (disponibile) di revoca del contratto di scommessa e, dunque, lascia impregiudicata la possibilità per le parti (sia per il concessionario che per lo scommettitore) di esercitare l'azione (indisponibile) di annullamento e, qualora ne risultino integrati i presupposti, di ottenere una sentenza costitutiva, volta a caducare gli effetti del contratto viziato.

6.2. – Stabilita l'annullabilità in astratto dei contratti di scommessa, le sentenze in commento hanno riconosciuto la sussistenza, nel caso di specie del requisito dell'essenzialità dell'errore ai sensi e per gli effetti dell'art. 1429 c.c., a mente del quale l'errore è essenziale quando ricade sulla natura del contratto, sull'oggetto, sull'identità e sulla qualità di controparte, o su una norma giuridica che incida sulla materia del contratto.

Nel caso in esame, il concessionario aveva digitato, per errore, un moltiplicatore (o quota) errato e di oltre duecento volte superiore rispetto a quello che quest'ultimo avrebbe voluto inserire. Per tale motivo, le sentenze hanno ritenuto il detto errore essenziale, in quanto ricadente sull'oggetto del contratto. Più in particolare, la Corte d'Appello di Firenze ha rilevato che “*non può seriamente dubitarsi*” della sussistenza di detto requisito “*trattandosi dell'elemento – la posta in gioco – su cui si è formato il contratto di scommessa dedotto in causa*”; allo stesso modo si è espressa la Corte d'Appello di Roma, per la quale “*oggetto del contratto [è] la scommessa intesa come somma da corrispondere al vincitore*” e, pertanto, “*l'errore può considerarsi sicuramente quale essenziale*” poiché “*l'errore di digitazione operato dalla concessionaria del ser-*

²⁰ Si pensi, ad esempio, alla clausola contrattuale che permettesse il potere di revoca della scommessa sia per lo scommettitore che per il gestore, fino a pochi minuti prima dello svolgimento dell'evento sportivo. Il gestore, potrebbe arbitrariamente revocare (annullare) tutte le scommesse che reputasse poco convenienti e potrebbe farlo in virtù di una clausola contrattuale che glielo permette.



vizio si [è] riversato sull'oggetto del contratto". Il ragionamento seguito dalle Corti d'Appello può considerarsi corretto.

A tal proposito, si consideri che il contratto di scommessa a quota fissa è un contratto bilaterale che viene stipulato tra chi tiene il banco, quale concessionario di AAMS, e lo scommettitore e per effetto del quale a fronte del pagamento di un importo in denaro, proposto dallo scommettitore (la "posta"), il concessionario si impegna a corrispondere allo scommettitore un altro importo di denaro (calcolato applicando alla posta un multiplo definito "quota"), al verificarsi di un evento sportivo, predefinito e inserito in un palinsesto stabilito da AAMS.

Nello schema contrattuale che precede e come già anticipato, l'oggetto del contratto è il rischio²¹ assunto dai contraenti, i quali, per effetto del caso, vedranno, o meno, realizzata la controprestazione attesa. Ebbene, la concretizzazione di tale rischio è rappresentata proprio dall'individuazione della controprestazione e, dunque, dalla determinazione della somma ricavata moltiplicando la "quota" (determinata dal concessionario) alla "posta" (inserita dallo scommettitore). Questi ultimi (la quota e la posta), dunque, sono entrambi elementi essenziali del contratto perché incidono direttamente sulla rappresentazione del rischio assunto dai contraenti e qualora mancassero il contratto sarebbe nullo per indeterminabilità dell'oggetto, oltre a non poter essere neppure registrato dal totalizzatore nazionale²². Allo stesso modo, qualora uno di essi, seppur presente, risultasse viziato, tale sarebbe anche la volontà di stipulare il contratto in quanto quest'ultima non si sarebbe correttamente formata su un requisito essenziale del contratto.

Nel caso di specie, così come correttamente rilevato dalle Sentenze in commento, l'errore materiale commesso dal gestore ha inciso direttamente sulla determinazione puntuale dell'oggetto del contratto di gioco – il rischio derivante dalla "quota" – e ha prodotto una distorta rappresentazione della controprestazione, rispetto a quanto voluto dalla parte (il gestore); pertanto, l'errore è stato considerato "essenziale" ai sensi dell'art. 1429 c.c.

6.3. – Le Corti di merito hanno, inoltre, ritenuto presente, nel caso di specie, il requisito della riconoscibilità dell'errore ex art. 1431 c.c., per il quale l'errore può dirsi riconoscibile "*quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo*". Sul punto, occorre notare come la di-

²¹ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, 1972, 774 s, per il quale oggetto del contratto è il rischio derivante dal condizionamento della controprestazione all'avverarsi dell'evento cui esso è subordinato.

²² Il totalizzatore nazionale non potrebbe registrare un contratto carente del requisito della quota, in quanto verrebbe meno il requisito della determinatezza/determinabilità della controprestazione. Sul punto, si consideri che lo stesso art. 4, titolato "*Scommesse ammesse e caratteristiche delle scommesse*" del D.M. 111 del 1° marzo 2006 recita: "*le scommesse a quota fissa sono quelle per le quali la somma da riscuotere, in caso di vincita, è previamente concordata tra il partecipante ed il concessionario delle scommesse*". Il totalizzatore nazionale, infatti, registra le scommesse di gioco solo qualora nel contratto sia indicato i) l'evento sportivo di riferimento, ii) il moltiplicatore o "quota" e iii) l'importo che il giocatore ha scommesso.



sciplina in esame, ai fini dell'annullamento del contratto, richieda solo la riconoscibilità dell'errore e non anche l'effettiva conoscenza dello stesso; di talché, il contraente che, di fatto, non si fosse accorto dell'errore non può, per ciò solo, considerarsi "al riparo" dall'annullamento del contratto, in quanto l'altro contraente è comunque ammesso a dimostrare che il primo non ha usato l'ordinaria diligenza²³.

Nei casi in esame, le Sentenze in commento hanno dato dimostrazione sia del requisito della conoscibilità dell'errore, sia di quello dell'effettiva conoscenza dello stesso. Nel far ciò le Corti, hanno operato una valutazione tipicamente presuntiva in quanto ricadente sul "sentimento" dell'altro contraente e quindi, in quanto tale, dimostrabile solo per elementi indiziari che, ai sensi dell'art. 192 c.p.c., devono essere "*gravi, precisi e concordanti*" ai fini di costituire prova del fatto.

Più in particolare, l'indagine è stata condotta alla luce del principio giurisprudenziale secondo il quale, nell'ambito dell'annullamento del contratto per errore materiale, l'indagine sulla ricorrenza del requisito della riconoscibilità dell'errore si risolve in una indagine sulla buona fede dell'altro contraente così da postularsi una perfetta fungibilità fra riconoscibilità dell'errore e mala fede della controparte e, in modo che, provata l'una risulta essere provata anche l'altra²⁴.

Esaminiamo, dunque, gli elementi indiziari valorizzati dalle Corti di merito, quali indici per la riconoscibilità dell'errore *ex art. 1431 c.c.*

Innanzitutto, entrambe le Corti hanno valorizzato la circostanza per la quale "*la quota era nettamente superiore alle quote proposte dagli altri operatori del settore*" (Corte d'Appello di Roma) in quanto "*l'ammontare medio delle quote fisse applicate dai diversi concessionari AAMS*" si aggirava intorno a moltiplicatori di oltre cento volte inferiori rispetto a quello oggetto della scommessa *sub iudicium* (Corte d'Appello di Firenze). Da tale indizio, infatti, può desumersi la riconoscibilità dell'errore da parte dello scommettitore in quanto il gestore non avrebbe mai potuto proporre una quota così alta per eventi di quel genere, posto che i risultati possibili per quel tipo di scommessa erano soltanto tre²⁵. A ciò si aggiunga che, in relazione al medesimo evento, gli altri concessionari avevano proposto quote di oltre cento volte più basse rispetto a quella oggetto del contratto annullato. Sul punto, poi, è stato ritenuto illegittimo "*il paragone con l'esito delle tappe del Giro d'Italia non è legittimo [...] che a detto evento sportivo parteci-*

²³ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, 801 ss. per cui l'errore è riconoscibile se sussistono adeguati indici di riconoscibilità, da valutarsi in modo concreto, ovvero con riferimento al contesto specifico del singolo contratto, alla luce del parametro dell'osservatore di media diligenza.

²⁴ Cfr. Cass. 1 febbraio 1991 n. 980 in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 2.

²⁵ A tal proposito si consideri che nella tipologia di scommesse "*esito finale 1X2*" l'evento può raggiungere solo tre esiti: con "*1*" si pronostica la vittoria della prima squadra (quella che gioca in casa), con "*X*" si pronostica il pareggio e, infine, con "*2*" si scommette sulla vittoria della seconda squadra (quella che gioca fuori casa). Ebbene, in tale tipologia di eventi, il gestore del servizio calcola sia il numero di risultati disponibili che la possibilità di realizzazione dell'evento, in modo che all'aumentare del rischio corrisponda proporzionalmente l'aumento stesso della quota proposta.



pavano ben 219 corridori e non solo due squadre, come nel caso di specie” (Corte d’Appello di Roma).

La Corte d’Appello di Firenze, con la sentenza in commento, ha poi dato rilevanza alla “*qualità di scommettitore abituale*” del giocatore. Tale indice, infatti, è stato considerato dalla Corte come rilevante perché da esso può presumersi che il giocatore, dedito abitualmente al gioco, abbia riconosciuto e approfittato dell’evidente sproporzione tra rischio e vincita, piazzando più scommesse in relazione al medesimo evento. Quest’ultimo indice è stato valorizzato anche dalla Corte d’Appello di Roma nel momento in cui ha rilevato che “*lo scommettitore si è sicuramente avveduto dell’errore*” poiché “*per ben tre volte, nell’arco di pochi minuti ha effettuato tre scommesse, sempre relativamente alla stessa gara*”.

Inoltre, è interessante rilevare che, a prescindere dalla rilevanza della reiterazione della condotta, il frazionamento delle scommesse può essere considerato di per sé stesso rilevante quale indice di conoscenza dell’errore del concessionario. Sul punto la Corte d’Appello di Firenze ha rilevato che “*la infondatezza dell’appello appare sostenuta anche da quanto dedotto dallo stesso appellante circa il fatto che, secondo il contratto di gioco da egli sottoscritto, la vincita non avrebbe potuto eccedere l’importo di € 10.000,00, posto che la scommessa come accettata dal sistema avrebbe prodotto una vincita di € 26.500,00, notevolmente eccedente il limite imposto*”. In altre parole, se il giocatore avesse scommesso l’intero importo con un’unica scommessa, l’AAMS non avrebbe potuto registrare il contratto sul totalizzatore nazionale in quanto eccedente il limite imposto dalla disciplina regolamentare (Regolamento AAMS). Diversamente, nel caso di specie, la circostanza per cui lo scommettitore si è affrettato a piazzare in un arco di tempo brevissimo ben tre scommesse diverse è stato ritenuto, insieme agli altri elementi, indice della mala fede del contraente che, accortosi dell’errore, ha subito ritenuto di fare tutto il possibile per poterne profittare con il maggior margine possibile di guadagno.

7. – A questo punto, esaminate le decisioni in commento, occorre volgere lo sguardo verso l’ordinamento internazionale.

Sul punto va tenuto presente che la disciplina dei contratti di gioco e di scommessa risente fortemente dell’influsso dovuto all’importanza economica che riveste il settore in esame nell’economia del singolo stato; influsso, quest’ultimo, che rende molto restii i singoli legislatori nazionali ad accettare limitazioni di sovranità al loro potere di normazione.

Ecco perché, anche in ambito regionale, nel diritto dell’Unione Europea sussiste, ad oggi, un assoluto – e, probabilmente, voluto²⁶ – *deficit* normativo-regolamentare, con la conseguenza

²⁶ Il contratto di scommessa è stato infatti espressamente escluso dalle seguenti direttive: direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno; direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico; direttiva 2011/83/UE sui contratti a distanza; e anche dalla direttiva 92/50/CE, dalla direttiva 93/38/CE, dalla direttiva 2004/17/CE e dalla direttiva 2004/18/CE.

JUS CIVILE



che ogni singolo stato membro è libero di disciplinare autonomamente – almeno in linea di principio²⁷ – la normativa applicabile²⁸, modellandola in base ai propri contingenti e particolari interessi.

Tralasciando le ricadute pubblicistiche che comporta la suddetta carenza normativa²⁹, va aggiunto che l'Unione Europea non conosce nemmeno una disciplina unitaria sul diritto dei contratti³⁰. Sul punto, infatti, nonostante la presenza di regolamentazioni c.d. di *soft law* (quali i Principi di diritto europeo dei contratti o PECL e i *Draft Common Frame of Reference* o DCFR), le uniche disposizioni di rilievo (tra cui Direttiva 2005/29/CE e Regolamento 2008/593/CE) non a caso dettano disposizioni specifiche solo in fatto di scelta della legge applicabile qualora, nella stipula del contratto, i contraenti appartengano a stati membri diversi³¹, ponendosi così nel solco dell'esclusione di una regolamentazione contrattuale unitaria.

La mancanza della detta unitarietà si riscontra, in modo ancora più marcato, anche a livello internazionale globale. In tale contesto, infatti, esclusa la possibilità di rinvenire una disciplina unitaria in materia di contratto di gioco e scommessa, è stata abbandonata, a livello più generale, la stessa idea di una codificazione del commercio internazionale. In tal modo, può solo volgersi lo sguardo verso tentativi di normazione contrattuale generale, tra i quali spiccano i dettami dei Principi Unidroit (Istituto Internazionale per l'unificazione del diritto privato³²) del 2010³³; rispetto a questi ultimi, tuttavia, è tuttora discussa la loro natura e cioè, se possa essere loro attribuito il rango, o meno, di norma giuridica³⁴.

²⁷ Nel 2014 la Commissione europea ha raccomandato “agli Stati membri di adottare principi per i servizi di gioco d'azzardo on line e per le comunicazioni commerciali responsabili relative a tali servizi, allo scopo di garantire ai consumatori, ai giocatori ed ai minori un elevato livello di tutela, inteso a salvaguardare la salute e a ridurre al minimo gli eventuali danni economici che possono derivare da un gioco compulsivo o eccessivo” Cfr Raccomandazione della Commissione europea 2014/478/UE del 14 luglio 2014 “sui principi per la tutela dei consumatori e degli utenti dei servizi di gioco d'azzardo on line e per la prevenzione dell'accesso dei minori ai giochi d'azzardo online”; sul punto cfr. anche il *Libro Verde Sul gioco d'azzardo on-line nel mercato interno* della Commissione Europea, Bruxelles, 24 marzo 2011.

²⁸ Cfr. C. BENELLI, E. VEDOVA, *Giochi e scommesse tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale*, Giuffrè Editore, pag. 3.

²⁹ Più specificatamente, la carenza di una regolamentazione unitaria in ambito europeo assume particolare rilevanza in materia di concessioni per l'esercizio dell'attività di concessionario; ambito, quest'ultimo, spesso ritenuto contrastante con il principio della libera circolazione nell'ambito del mercato unico; per una disamina più approfondita cfr. C. BENELLI, E. VEDOVA, *Giochi e scommesse*, cit.

³⁰ Per una più ampia disamina cfr. anche I. D'ADDARIO, *I nuovi vizi del consenso*, in *I vizi del consenso* a cura di A. FASANO; e A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Giuffrè, Milano, 2008, 23 ss.

³¹ Cfr. G. BUFFONE, C. DE GIOVANNI, A.I. NATALI, *Il Contratto*, Tomo primo, 2013, Cedam, 193.

³² Sul punto, si consideri che i principi Unidroit includono l'errore tra le cause di annullabilità del contratto (art. 3.2.1.) e qualificano quest'ultimo come “un erroneo convincimento relativo alla situazione di fatto o di diritto esistente al momento della conclusione del contratto”; cfr. www.unidroit.com.

³³ Dei principi in esame, in verità, esiste una prima stesura nel 1994, una seconda nel 2004 ed una terza – ed ultima – nel 2010.

³⁴ Cfr. G. BUFFONE, C. DE GIOVANNI, A.I. NATALI, *Il Contratto*, Cit. 201 che, tra l'altro, rileva come è tuttora discussa la natura dei Principi Unidroit e, cioè, se ad essi possa essere attribuita, o meno, la natura di norma giuridica.



In conclusione, in assenza di normazioni sovranazionali anche di livello generale, il diritto in tema di gioco e di scommessa resta ancorato al singolo sistema giuridico statale; ciò, per lo meno, fin quando la comunità internazionale non prenderà posizione, anche solo a livello generale, sul diritto dei contratti.

8. – In considerazione di tutto quanto precede, è possibile sostenere che la giurisprudenza in commento, nell'annullare i contratti di scommessa stipulati dallo scommettitore a fronte di una quota di gioco palesemente errata, ha correttamente interpretato i requisiti dettati dagli artt. 1428 e ss. c.c., ritenendoli sussistenti nel caso di specie. E infatti, da un lato, ha riconosciuto l'essenzialità dell'errore in presenza di un vizio della quota e, dall'altro, ha valorizzato una serie di indizi indiziari oggettivi (mercato di riferimento) e soggettivi (abitudine del gioco e condotta delle parti) per riconoscere la sussistenza della riconoscibilità dell'errore. In tale ottica, la valorizzazione degli elementi indiziari è risultata fondamentale al fine di ricostruire i concreti rapporti tra le parti e valutare l'approffittamento della situazione di abusivo vantaggio determinatasi a danno di uno dei contraenti.

Inoltre, le commentate pronunce ribadiscono il ruolo fondamentale della corretta formazione della volontà contrattuale tra le parti anche nell'ambito dei contratti stipulati con modalità telematiche. Detti contratti, infatti, sebbene conclusi tramite moduli preimpostati e con un semplice *click*, vengono correttamente ritenuti meritevoli di tutela nel loro momento di formazione, cosicché, se ritenuti viziati, possono essere annullati anche per errore materiale, al pari dei contratti stipulati con le modalità tradizionali.

Si consideri, poi, che sebbene le pronunce in esame abbiano annullato i contratti di scommessa stipulati a danno del gestore e per errore di quest'ultimo, ad analoga soluzione si potrebbe pervenire anche in caso di errore (inconsapevole e riconoscibile) commesso dallo scommettitore. A tal proposito, si badi che, lo stesso errore, commesso nella digitazione della virgola, qualora venisse commesso dal giocatore potrà parimenti portare all'annullabilità del contratto di scommessa. Come infatti evidenziato, anche la posta è elemento essenziale del contratto e, nel momento in cui venisse provato anche il requisito della riconoscibilità dell'errore, il contratto ben potrebbe essere annullato. In questo caso, sebbene possa essere ben difficile provare la conoscenza concreta e diretta dell'errore da parte del concessionario, a causa dei meccanismi del tutto telematici di conclusione del contratto, detta circostanza non potrà essere comunque eccepita in riferimento alla riconoscibilità, posto che le modalità di conclusione *online* non possono rilevare per tale ultimo requisito.

In conclusione, l'annullabilità del contratto per errore, correttamente rilevata nei casi in

Sul punto, l'Autore da atto delle due tesi più importanti: una prima ritiene che non esista possibilità di porre in essere norme giuridiche al di fuori del diritto statale; mentre, una seconda (Ziccardi, Luzzatto) ritiene, viceversa, che vi sia spazio per ordinamenti giuridici che siano semplicemente riconducibili allo *jus gentium* ed espressione di comunità non istituzionalizzate.

JUS CIVILE



commento, è uno strumento previsto al fine di paralizzare qualsiasi condotta abusiva delle parti volta ad approfittare dell'altro contraente: un parametro concreto di tutela posto dall'ordinamento al fine di valorizzare il generale canone di buona fede contrattuale.

Si rileva, infine, la mancanza, a livello sovranazionale, di una disciplina organica sui contratti di scommessa, motivo per cui, ad oggi, a parte i principi generali dettati da alcuni tentativi di normazione c.d. di *soft law* (principi Unidroit, PECL e DCFL), non è possibile discostarsi molto dalla disciplina nazionale di riferimento, e dall'interpretazione giurisprudenziale interna al singolo stato.



...*Omissis*...

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Preliminarmente deve rilevarsi che ai sensi del novellato art. 132 c.p.c. il giudice è esonerato dalla redazione dello svolgimento del fatto; inoltre, ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c., lo stesso non è tenuto a valutare singolarmente tutte le risultanze processuali e a confutare tutte le argomentazioni prospettate dalle parti, ben potendosi limitare, valutate nel loro complesso le prove acquisite nel processo e le contrapposte tesi difensive, alla indicazione dei soli elementi posti a fondamento della decisione adottata nel caso concreto.

Ancora, deve rilevarsi la legittimità della motivazione per *relationem*, anche mediante il riferimento ad atti delle parti, che non può essere considerato lesivo del principio di imparzialità e terzietà del giudice (cfr. sul punto Cass. civ. Sez. Un. n. 642 del 16.01.2015).

Deve quindi richiamarsi il contenuto dell'atto di citazione e della comparsa di costituzione e risposta.

In breve, l'attrice [*omissis*] ha opposto il decreto ingiuntivo notificatole dall'ex coniuge odierno convenuto opposto, eccependo la nullità della clausola contenuta nel verbale di separazione consensuale concordato fra le stesse parti nel relativo procedimento ed omologato con decreto del Tribunale di Verona emesso in data [*omissis*], nella parte in cui ha posto a carico della moglie cessionaria dell'immobile adibito a casa coniugale e in precedenza di proprietà del marito, una penale pari al 20%, oppure al 10% del prezzo di vendita, per il caso di cessione dell'immobile medesimo rispettivamente entro dieci anni, oppure entro venti anni dalla sottoscrizione degli accordi di separazione.

L'attrice ha invocato la nullità della clausola poiché, secondo la prospettazione sviluppata nell'atto di opposizione, la cessione dell'immobile sarebbe ispirata al soddisfacimento degli interessi superiori della famiglia, in particolare alla salvaguardia dell'ambiente domestico e familiare a favore della prole, piuttosto che di quelli patrimoniali del padre, mentre la clausola penale in questione finirebbe per far conseguire indirettamente all'odierno convenuto opposto un indebito vantaggio economico. La attrice ha inoltre evidenziato come la vendita della casa coniugale cedutale dal convenuto opposto, ubicata in [*omissis*], sarebbe stata necessitata dalla esigenza di trasferirsi a [*omissis*] con i figli e di ivi reperire una nuova diversa unità abitativa, appunto acquistata, almeno in parte, anche con i proventi della vendita della prima casa e dunque adibita a residenza familiare.

La attrice ha quindi evidenziato come a seguito della operazione commerciale compiuta siano rimasti inalterati gli interessi concretamente perseguiti dai coniugi con gli accordi di separazione in esame – appunto di conservazione in favore dei figli di un adeguato habitat domestico – mentre la penale pattuita finirebbe, ove applicata al caso in esame, per perseguire interessi non



meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico e, per tale motivo da reputare invalida.

In subordine la attrice ha chiesto di operare una riduzione della penale pattuita.

Il convenuto opposto [*omissis*], nel costituirsi, ha contestato le argomentazioni difensive della ex coniuge, evidenziando la legittimità degli accordi raggiunti, anche tenuto conto della verifica operata dal Tribunale con l'emissione del decreto di omologa delle condizioni pattuite, nonché la compatibilità di clausole negoziali adottate al fine di comporre gli interessi patrimoniali dei coniugi con le ulteriori disposizioni concordate nell'interesse dei figli, sia in astratto, sia nel caso concreto, per la mancata violazione di diritti indisponibili. Ha quindi richiesto il rigetto della opposizione ed in via riconvenzionale subordinata, per il caso di pronuncia di nullità della clausola negoziale inserita negli accordi di separazione, la restituzione della intera somma derivante dalla cessione dell'immobile, da ritenersi mai uscito dalla sfera giuridica del marito.

Sebbene nel corso della fase istruttoria non sia stata disposta la pur invocata provvisorieta' del decreto ingiuntivo opposto, deve affermarsi la infondatezza della opposizione spiegata da [*omissis*].

In primo luogo deve richiamarsi la contestata clausola di trasferimento immobiliare, con la correlata penale, così come pattuita dalle parti nel verbale di separazione consensuale del giorno 18.03.2009 ed omologata da questo Tribunale con decreto emesso in data 30.03.2009 nel procedimento di separazione iscritto al n. 2284/2009 R.G. di questo stesso Tribunale (cfr. doc. 1 fascicolo opposizione del convenuto opposto). In particolare devono intendersi quivi integralmente richiamate le condizioni n. 5) (relativo al trasferimento dell'immobile), n. 6) (relativo al trasferimento anche dei beni mobili ed arredi ivi contenuti) e n. 7) (relativo al soddisfacimento dei diritti di credito della moglie, all'obbligo di questa di destinare l'immobile ad abitazione propria e dei figli fino alla loro indipendenza economica, nonché alla penale stabilita per il caso di violazione dell'obbligo, con cessione dell'immobile prima del decorso di dieci o venti anni dalla sottoscrizione degli accordi di separazione).

Ciò posto, deve certamente affermarsi la legittimità di accordi negoziali con i quali i coniugi concordino che l'immobile già adibito a casa coniugale venga trasferito in proprietà piena ed esclusiva dall'uno all'altro genitore per ivi mantenervi l'ambiente domestico in favore dei figli con quest'ultimo convivente.

Deve infatti respingersi la tesi prospettata dalla attrice opponente in ordine alla sussistenza di un interesse superiore della famiglia, trascendente quello dei singoli membri che la compongono.

La giurisprudenza di legittimità – sulla osservazione che sia in sede di separazione, sia in sede di divorzio deve tenersi conto dell'accordo delle parti (artt. 157 e 158 c.c.; artt. 4 comma sedicesimo e 5, comma settimo, L. 898/12970) – afferma da tempo la legittimità di accordi sia ad effetti reali, sia ad effetti obbligatori, volti ad assicurare l'adempimento degli obblighi discendenti dal matrimonio (mantenimento del coniuge economicamente più debole, mantenimento dei figli, assegnazione della casa coniugale), nonché a risolvere le questioni patrimoniali insorte in costanza del matrimonio, in quanto ritenuti idonei a realizzare interessi meritevoli di tutela se-



condo l'ordinamento giuridico, rilevandone la natura tendenzialmente atipica, idonea a distinguersi dalle ordinarie convenzioni matrimoniali e dalle donazioni, (Cass. civ. sez. n. 16909 del 19.08.2015; Cass. civ. sez. I n. 18066 del 20.08.2014; Cass. civ. sez. I n. 9174 del 09.04.2008; Cass. civ. sez. III n. 5473 del 14.03.2006; Cass. civ. sez. II n. 11342 del 17.06.2004)

Deve quindi condividersi e confermarsi in questa sede l'orientamento giurisprudenziale che ritiene la clausola di trasferimento di immobile tra i coniugi, contenuta nei verbali di separazione o recepita dalla sentenza di divorzio congiunto o sulla base di conclusioni uniformi, valida tra le parti e nei confronti dei terzi, essendo soddisfatta l'esigenza della forma scritta, sia quale adempimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole, sia a titolo di contributo al mantenimento del figlio minore (cfr. Cass. civ. sez. 18066/2014 cit., Cass. civ. sez. I n. 12110 del 11.11.1992; Cass. civ. sez. In. 7470 del 17.06.1992; Cass. civ. sez. II n. 9500 del 21.12.1987).

Parimenti, deve ritenersi che un accordo di trasferimento di tal genere sia idoneo a soddisfare anche l'interesse alla conservazione in favore dei figli dell'ambiente domestico in cui gli stessi sono cresciuti durante la convivenza matrimoniale dei genitori.

Un tale accordo è certamente valido ai sensi dell'art. 1322 c.c., attesa l'indiscutibile meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti; esso non integra gli estremi di una liberalità, ma assolve ad una funzione solutorio – compensativa.

Nulla osta, infatti, a che i coniugi concordino la cessione dell'immobile (avente effetti reali) a quello fra i genitori che continui a convivere con gli stessi in via prevalente, in luogo della sola assegnazione (avente mera natura di diritto atipico personale di godimento), senza trasferimento del diritto di proprietà.

Peraltro, la stessa parte opponente con le proprie difese manifesta di considerare valido ed efficace l'accordo di trasferimento in proprio favore del diritto di proprietà della casa coniugale e così pure il vincolo di destinazione ad esso impresso in funzione della conservazione dell'ambiente familiare in favore dei figli, accentrando piuttosto le proprie doglianze sulla penale pattuita per la violazione del divieto di alienazione entro dieci o venti anni dalla sigla del verbale di separazione.

Nel caso concreto qui in esame, inoltre, il trasferimento dell'immobile è in parte anche giustificato, sul piano causale, dalla funzione compensativa rispetto ai diritti di credito vantati dalla moglie odierna opponente nei confronti dell'ex marito convenuto opposto, come espressamente indicato nella clausola n. 7) del verbale di separazione.

Neppure sotto tale profilo pare seriamente ipotizzabile una violazione di diritti indisponibili o di precetti normativi inderogabili dalle parti, posto che le stesse ben possono regolare come meglio credono i rispettivi rapporti di dare e avere, rimessi alla libera determinazione degli aventi diritto e tenuto conto della osservazione già esposta che detta clausola non contrasta con le esigenze di protezione dei minori, essendo anzi idonea ad assicurarne l'assolvimento.

Stante la chiarezza letterale della clausola n. 7), deve pertanto respingersi l'interpretazione prospettata da [omissis] del complessivo contenuto degli accordi di separazione nella parte in



cui pretende di ravvisarvi un interesse unicamente volto alla conservazione di un ambiente abitativo consono alle esigenze dei figli.

Chiarita la ammissibilità della clausola di trasferimento della casa coniugale alla ex moglie, già di proprietà del solo marito, deve affermarsi anche la legittimità del vincolo di destinazione ivi liberamente impresso dalle parti, nonché della connessa clausola penale.

Come già rilevato, invero, la attrice non contesta direttamente la previsione della destinazione della casa ad “abitazione propria e dei figli conviventi fino alla loro maggiore età ed indipendenza economica”, quanto piuttosto la relativa penale, evidenziando di avere comunque assolto alle esigenze abitative della prole anche a seguito della vendita dell’immobile e dell’acquisto della nuova casa di *[omissis]*.

Sul punto deve tuttavia condividersi l’allegazione difensiva del convenuto *[omissis]* nella parte in cui evidenzia la distinzione tra l’interesse alla assegnazione della casa, volto a soddisfare le esigenze di conservazione dell’habitat domestico in favore dei figli – che ben può essere assolto, come nel caso di specie, anche mediante il trasferimento della casa alla madre con essi conviventi, in quanto pattuizione avente contenuto più ampio di quello del provvedimento giudiziale di assegnazione – e l’interesse al trasferimento in proprio favore dell’immobile medesimo, attraverso il quale le parti hanno anche regolamentato gli altri aspetti, più squisitamente patrimoniali, sorti fra i coniugi nel corso della relazione coniugale.

Pertanto, considerato che con il trasferimento dell’immobile in favore della odierna opponente, sono stati soddisfatti sia l’interesse di figli alla conservazione dell’habitat domestico, cui è per legge preordinato il provvedimento di assegnazione giudiziale, sia l’interesse patrimoniale dei coniugi alla definizione dei reciproci rapporti di debito – credito, le ulteriori previsioni del vincolo di destinazione e della penale risultano al contempo funzionali a confermare la volontà delle parti di garantire nel tempo l’utilizzo dell’immobile per le esigenze dei figli e a giustificare il maggior sacrificio assunto dal marito con la cessione del diritto reale di proprietà, rispetto a quello meramente obbligatorio derivante dalla sola assegnazione.

Dette condizioni (vincolo di destinazione e penale), unitariamente considerate, appaiono anch’esse meritevoli di tutela sotto il profilo ora indicato, appunto poiché idonee a soddisfare le esigenze di tutela connesse al diritto indisponibile della prole a continuare a vivere in un ambiente familiare conosciuto, nonché a compensare il maggiore sacrificio economico sostenuto dal cedente.

Le medesime condizioni, peraltro, non si pongono in contrasto con norme inderogabili, in ogni caso neppure indicate dalla opponente.

Sotto tale specifico profilo, invero, la opponente eccepisce che la previsione della penale connessa al vincolo di destinazione dell’immobile con divieto di alienazione per la durata di 10 e 20 anni dalla sottoscrizione dell’accordo, sarebbe in contrasto con le facoltà di disposizione che competono al titolare del diritto di proprietà.

Sebbene non abbia esplicitamente qualificato la propria doglianza, la stessa pare riferirsi ai limiti posti dal codice civile al divieto di alienazione ai sensi dell’art. 1379.



A tale riguardo deve tuttavia osservarsi come la disposizione di legge richiamata precluda, con effetto invalidante tra i soli contraenti, l'imposizione di divieti oltre un conveniente limite di tempo e che non siano rispondenti ad un apprezzabile interesse delle parti.

Ai fini della valutazione della ricorrenza dei presupposti di legge per l'affermazione di validità del vincolo, deve aversi riguardo allo specifico assetto di interessi perseguito dalle parti nel caso concreto qui in esame, come peraltro pare invocare la stessa opponente nella parte in cui afferma di avere in ogni caso soddisfatto l'interesse dei figli ad abitare in un luogo idoneo alla loro crescita a seguito dell'acquisto della nuova casa di [omissis].

Sul punto, si è già rilevato che il trasferimento dell'immobile, il vincolo di destinazione ivi impresso e la previsione della penale rispondano all'interesse delle parti ad assicurare ai figli l'ambiente domestico conosciuto, oltre all'interesse patrimoniale delle parti alla regolamentazione dei reciproci rapporti di debito – credito.

Quanto alla primo presupposto, dunque, la ragionevole durata del divieto di alienazione non può essere valutata in astratto, bensì tenuto conto delle esigenze che le parti hanno inteso soddisfare in concreto.

In tale prospettiva la durata del vincolo di destinazione fino al raggiungimento della indipendenza economica dei figli appare giustificata.

Appare inoltre giustificata una penale, peraltro diversamente calibrata per la cessione entro dieci anni, piuttosto che entro venti anni, tenuto conto della età del più piccolo dei figli delle parti, [omissis] (nato in data [omissis]), che all'epoca della sottoscrizione del verbale di separazione consensuale del [omissis], non aveva ancora compiuto 5 anni; pertanto la penale, appare prudenzialmente calibrata su di una età ragionevolmente adeguata al periodo di raggiungimento di indipendenza economica del figlio.

Quanto all'elemento dell'apprezzabile interesse delle parti, deve ritenersi che lo stesso possa essere anche di natura non patrimoniale, dunque anche un interesse morale o affettivo; e pure indiretto, per idoneità della pattuizione a giovare ad un soggetto individualmente diverso dai contraenti e nei confronti del quale gli stessi si trovino in un rapporto tale da giustificare l'interesse al beneficio pattuito.

Nel caso di specie detto interesse ricorre per entrambe le parti, in quanto genitori dei figli minori per il cui beneficio hanno appunto stabilito il vincolo di destinazione dell'immobile.

Inoltre, come già evidenziato, il vincolo è giustificato dal maggiore sacrificio economico sostenuto dal convenuto opposto con la cessione del diritto di proprietà dell'immobile rispetto all'ammontare dei crediti in compensazione della ex moglie.

Pertanto, deve ritenersi che le pattuizioni concordate fra le parti in sede di omologa della separazione consensuale siano legittime anche sotto l'indicato profilo del limite impresso alla libera disponibilità dell'immobile.

Non può essere accolta, infine, la domanda subordinata svolta dalla attrice opponente, di riduzione della penale, in quanto la percentuale pattuita – pari al 20% del prezzo di vendita, in caso di alienazione entro dieci dalla sottoscrizione degli accordi di separazione e pari al 10% nel



caso di alienazione nei dieci anni successivi – non può dirsi ab origine manifestamente eccessiva.

Neppure può ritenersi che la riduzione si giustifichi per avere comunque la attrice garantito ai figli un adeguato ambiente domestico in cui crescere, posto che tale circostanza costituisce elemento imprescindibile per il collocamento dei figli minori e la causa giustificatrice della determinazione convenzionale assunte dalle parti, che, in difetto, legittimerebbe l'altro genitore ad adire l'autorità giudiziaria ai sensi degli artt. 337 bis e ss. e 709 ter c.p.c., mentre "l'obbligazione principale", alla quale è connessa la clausola penale deve piuttosto essere ravvisata nella specifica destinazione dell'immobile ceduto alla moglie a casa di abitazione in favore dei figli, invece dalla stessa alienato pochi anni dopo la omologa degli accordi separativi.

In definitiva, la opposizione svolta da [omissis] deve essere rigettata, mentre deve essere integralmente confermato il decreto ingiuntivo opposto.

Le spese del procedimento di opposizione seguono la soccombenza e, tenuto conto dello scaglione di riferimento e dei valori medi di cui al vigente D.M. 55/2014, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando sulla causa che reca numero 9945/2015 R.G.; ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

RIGETTA l'opposizione.

CONFERMA il decreto ingiuntivo opposto in ogni sua parte; capitale, interessi, spese, ogni altra statuizione ivi contenuta.

CONDANNA la parte opponente [omissis] a pagare a parte opposta [omissis] le spese di lite, che si liquidano € 8.300,00 per compensi (quivi già incluse le spese generali, dunque non da ricalcolare). Sui compensi, IVA e Cassa.

Così deciso in Verona nella residenza del Tribunale, Corte Giorgio Zanconati n. 1, il giorno 24.01.2018.

Il giudice

Francesco Bartolotti



IL CONTENUTO “NON NECESSARIO” (MA CONSENTITO) DEGLI ACCORDI TRA CONIUGI IN SEDE DI SEPARAZIONE

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Il contenuto (rispettivamente, necessario ed eventuale) degli accordi tra coniugi in sede di separazione: in particolare, il trasferimento in proprietà della casa coniugale. – 3. (Segue) La legittimità del vincolo di destinazione dell'immobile a casa di abitazione in favore dei figli, anche alla luce dell'art. 1379 c.c. – 4. (Segue) La previsione di una penale per l'inadempimento del vincolo di destinazione e l'inammissibilità di una sua riduzione.

1. – Nel caso di specie, il Tribunale di Verona¹ si è pronunciato sulla legittimità di un accordo tra coniugi in sede di separazione personale, già omologato dal medesimo Tribunale, avente ad oggetto il trasferimento alla moglie della casa coniugale, di proprietà del marito, con previsione di una penale in capo alla cessionaria pari al 20% del prezzo di vendita, per il caso di cessione dell'immobile nei successivi dieci anni, oppure pari al 10%, se la cessione fosse avvenuta entro venti anni dalla sottoscrizione dell'accordo.

La moglie, dopo pochi anni, vendeva l'immobile, incassandone interamente il corrispettivo senza nulla corrispondere al marito, il quale, venutone a conoscenza, otteneva dal Tribunale un decreto ingiuntivo di condanna al pagamento della predetta penale non corrisposta.

Il decreto ingiuntivo veniva opposto dalla moglie, la quale eccepiva la nullità della clausola contenuta nel verbale di separazione consensuale, poiché il trasferimento dell'immobile era stato concepito per il soddisfacimento degli interessi superiori della famiglia – in particolare, la salvaguardia dell'ambiente domestico e familiare a favore della prole –, e non per quelli patrimoniali del padre. Di modo che, se la clausola penale in questione fosse stata ritenuta valida, la stessa avrebbe finito per fare conseguire al marito un indebito vantaggio economico. L'attrice evidenziava, inoltre, che la vendita della casa coniugale cedutale dal convenuto opposto era stata motivata dall'esigenza di trasferirsi altrove con i figli e di reperire una nuova unità abitativa, acquistata anche con i proventi della vendita della prima casa, e, dunque, adibita a residenza familiare. Sempre l'attrice rilevava, infine, il contrasto della clausola in esame con le facoltà comprese nel diritto di proprietà, e chiedeva, in subordine, di operare una riduzione della penale pattuita.

Il convenuto opposto contestava le argomentazioni difensive della moglie, evidenziando, da

¹Trib. Verona, sentenza n. 215 del 25.01.2018, Giudice unico dott. Francesco Bartolotti.



un lato, la legittimità degli accordi intervenuti in sede di separazione, anche tenuto conto della verifica operata dal Tribunale con l'emissione del decreto di omologa delle condizioni pattuite, nonché, dall'altro lato, la compatibilità delle clausole negoziali adottate al fine di comporre gli interessi patrimoniali dei coniugi con le ulteriori disposizioni concordate nell'interesse dei figli, stante l'assenza di violazione di diritti indisponibili. Il convenuto sosteneva, inoltre, che la penale collegata all'eventuale trasferimento dell'immobile era stata prevista anche per risolvere, a titolo di compensazione, ulteriori rapporti di credito-debito tra le parti.

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Verona ha dichiarato la validità, ai sensi dell'art. 1322 c.c., di un accordo come quello del caso di specie, attesa la meritevolezza degli interessi perseguiti, ritenendo legittima anche la penale prevista dalle parti, e ha, pertanto, rigettato l'opposizione svolta dalla moglie, confermando il decreto ingiuntivo opposto in ogni sua parte.

2. – La motivazione stesa dal Giudice si rivela interessante sotto diversi profili.

Viene richiamato, innanzitutto, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di accordi tra coniugi in sede di separazione², secondo cui è ammessa un'ampia tipologia di accordi, con effetti sia reali che obbligatori, purché volti ad assicurare l'adempimento degli obblighi discendenti dal matrimonio (quali il mantenimento del coniuge economicamente più debole, nonché il mantenimento dei figli e l'assegnazione della casa coniugale)³.

A livello giurisprudenziale e di prassi, infatti, tali accordi sono ammessi anche se volti a risolvere le questioni patrimoniali insorte in costanza del matrimonio, in quanto ritenuti idonei a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, rilevandone la natura tendenzialmente atipica, idonea a distinguerli dalle ordinarie convenzioni matrimoniali e dalle donazioni: si è parlato anche di “negoziante globale”, la cui causa è quella di definire pacificamente la crisi matrimoniale⁴.

Sotto questo punto di vista, è stato affermato che, nella separazione personale, la determinazione volitiva fondamentale mira alla modificazione dello *status* dei coniugi, che è dunque il primo effetto voluto dalla separazione. Concretamente, però, tale modificazione viene inevitabilmente attuata insieme ad altre dichiarazioni e determinazioni distinte, contenute nel medesimo atto (ovvero le condizioni di separazione contenute nel verbale)⁵, che possono avere il contenuto più vario.

²Vengono richiamate in sentenza Cass. civ. n. 16909 del 19.08.2015; Cass. civ. sez. I n. 18066 del 20.08.2014; Cass. civ. sez. I n. 9174 del 09.04.2008; Cass. civ. sez. III n. 5473 del 14.03.2006; Cass. civ. sez. II n. 11342 del 17.06.2004.

³Si osserva, incidentalmente, che la giurisprudenza affronta il tema del contenuto “non necessario” dell'accordo tra i coniugi, dichiarandolo legittimo, non solo con riferimento alla separazione personale (come nel caso che occupa), ma anche con riferimento alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, senza distinzione tra le due. Cfr., oltre alla giurisprudenza succitata – e in particolare Cass. civ. sez. I, n. 18066 del 20.08.2014 – anche le recenti pronunce di merito: Trib. Modena sez. II, n. 751 del 7.02.2017 e Trib. Salerno sez. I, n. 5011 del 3.11.2017.

⁴V. Cass. civ. n. 3110 del 14.01.2016.

⁵Cfr. G. DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare*, Milano, 1996, 140 ss.



Il Giudice, pertanto, ha preliminarmente posto in evidenza il fatto che tali accordi comprendono, oltre ad un contenuto minimo ed imprescindibile, tutta una serie di diverse pattuizioni che i coniugi possono liberamente decidere di introdurre⁶.

Non si può, d'altro canto, qualificare tali accordi quali donazioni, posto che normalmente difetta l'*animus donandi* del disponente. Ed invero, anche nel caso di specie, il marito aveva attribuito alla moglie la titolarità dell'immobile per compensare altri rapporti di debito che egli aveva nei confronti della stessa; la circostanza, poi, che l'attribuzione fosse di valore economicamente superiore rispetto ai propri debiti non è comunque sufficiente a fare ritenere tale clausola un'espressione di liberalità, posto che, a bilanciamento della stessa, veniva prevista la penale in contestazione.

È appena il caso di ricordare, a questo proposito, come sia stato autorevolmente sostenuto che, all'interno di un più complesso rapporto, il collegamento di rinunce, concessioni e pretese patrimoniali e non, deve condurre l'interprete a ricercare la causa autonoma e diversa dell'accordo generale piuttosto che quella dei singoli atti che lo compongono⁷.

Il Giudice, pertanto, a fronte dell'ampio contenuto che può avere l'accordo di separazione, avrà il compito, ai fini dell'omologazione, di verificare la presenza di quel contenuto minimo essenziale, rappresentato dalla volontà di modificare lo *status* dei coniugi, nonché di valutare la conformità del contenuto c.d. eventuale (comprendente, cioè, tutte le altre statuizioni, anche riguardanti i figli) alle norme imperative e ai principi di ordine pubblico⁸. La tutela degli interessi dei figli è, pertanto, sempre garantita, pur non rappresentando, in senso stretto, il contenuto minimo dell'accordo, in quanto il mantenimento e l'affidamento della prole costituiscono interessi di rilevanza pubblica, su cui esercita il proprio controllo anche il Pubblico Ministero⁹.

Da questo punto di vista, emerge, con ancora maggiore chiarezza, l'ampia autonomia dei coniugi in ordine alla determinazione del contenuto dell'accordo, poiché il decreto di omologazione della separazione consensuale non può in alcun modo modificare o integrare le determinazioni degli stessi, potendo esclusivamente omologare o non omologare integralmente l'accordo. L'atto giudiziale viene, pertanto, definito quale condizione legale (sospensiva) di efficacia dell'accordo¹⁰.

Nel caso di specie, l'accordo risulta, pertanto, nel suo complesso meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., perché non è compromesso il "nocciolo duro" dell'accordo medesimo, né appare lesa l'interesse primario di garantire un'idonea abitazione ai figli.

⁶Cfr., per un recente contributo dottrinale in materia, E. ANDREOLA, *Revocabilità e simulazione degli atti di disposizione in sede di separazione*, in *Famiglia*, n. 2/2017, 161 ss.

⁷Cfr., sul concetto di collegamento funzionale, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, ristampa, Milano, 2015, 482.

⁸E. AL MUREDEN, *La crisi della famiglia*, I, *La separazione personale dei coniugi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2015, 117-119.

⁹Cfr. E. ANDREOLA, *Revocabilità e simulazione degli atti di disposizione in sede di separazione*, cit., 165.

¹⁰Cfr. Cass. civ. n. 8516 del 12.04.2006.



Tale primario interesse viene, invero, soddisfatto tramite l'assegnazione della casa coniugale, che ben può restare di proprietà dell'assegnante, mentre non è necessario il trasferimento della stessa al coniuge beneficiario. La cessione rappresenta, quindi, un *quid pluris* rispetto al "contenuto minimo" dell'accordo di separazione, e rientra ampiamente nell'autonomia privata dei coniugi.

3. – Ritenuta sussistente la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti con l'accordo oggetto della controversia, il Tribunale di Verona ha esaminato la legittimità della clausola in esame anche sotto il profilo del vincolo di destinazione a casa familiare dell'immobile ceduto.

A tale proposito, il Giudice ha ritenuto di applicare, al caso di specie, la norma di cui all'art. 1379 c.c., considerata espressiva di un principio di portata generale, che vale per ogni vincolo di destinazione di origine convenzionale, compreso, quindi, quello contenuto in un accordo di separazione.

Affinché il vincolo di destinazione possa essere ritenuto conforme alla previsione poc'anzi citata, occorre, come noto, la sussistenza di due requisiti: il mantenimento del vincolo entro convenienti limiti di tempo, e la corrispondenza del medesimo ad un apprezzabile interesse di una delle parti.

Quanto al primo presupposto, la ragionevole durata del divieto di alienazione deve essere valutata in concreto, tenuto conto delle esigenze che le parti hanno inteso soddisfare, nonché in considerazione dell'oggetto interessato dal vincolo (a seconda che se si tratti, ad esempio, e in particolare, di bene mobile o immobile).

A questo proposito, è stato, in dottrina, sostenuto che il giudice non potrebbe accordare la riduzione del termine richiesta qualora il dissenziente provi che la riduzione medesima determinerebbe lo snaturamento dello scopo pratico perseguito con il patto¹¹.

In tale prospettiva, la durata del vincolo di destinazione, fissata, nel caso di specie, fino al raggiungimento della indipendenza economica dei figli, appare giustificata, perché dieci o venti anni rappresentano un termine ragionevole se rapportato alla natura del bene (immobile), nonché allo scopo perseguito (il mantenimento dell'habitat familiare dei figli fino alla loro indipendenza economica).

Quanto all'elemento dell'apprezzabile interesse delle parti, il Tribunale di Verona ha reputato, da un lato, che lo stesso possa essere anche di natura non patrimoniale (e, dunque, di carattere morale o affettivo) e, dall'altro, che il medesimo possa consistere anche in un interesse cd. "indiretto", ovvero rivolto ad arrecare beneficio ad un soggetto diverso dai contraenti, e nei confronti del quale gli stessi si trovino in un rapporto tale da giustificare l'interesse al beneficio patuito (quale, appunto, quello dei genitori verso i figli minori, per il cui beneficio essi stabiliscono il vincolo di destinazione dell'immobile)¹².

¹¹ V. F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali al potere di disposizione*, Napoli, 1977, 118.

¹² In dottrina, cfr., di recente, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, vol. II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, 461.



È chiaro che anche una simile valutazione deve condursi sempre con riguardo al caso concreto, ponendo in relazione tra loro gli interessi in gioco, per potere giustificare la limitazione alla libera circolazione dei beni.

Nella fattispecie in esame, detto interesse ricorre per entrambe le parti, in quanto per sua natura il benessere dei figli rappresenta una finalità condivisa dai genitori.

Nel caso concreto vi è, poi, un ulteriore interesse che giustifica il vincolo impresso, rappresentato dal maggiore sacrificio economico sostenuto dal convenuto opposto con la cessione della proprietà dell'immobile rispetto all'ammontare dei crediti che la moglie vantava nei suoi confronti, e che erano sorti nel corso della relazione coniugale.

4. – La sentenza in commento ha, infine, affrontato la questione relativa alla clausola penale.

La clausola penale, come noto, consiste nell'accordo attraverso il quale uno dei contraenti, nel caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento di un'obbligazione, è tenuto a una determinata prestazione in favore dell'altro contraente, rafforzandosi, in tal modo, lo stesso vincolo contrattuale¹³.

Con riguardo al caso di specie, l'obbligazione di riferimento della penale non va, tuttavia, genericamente individuata nell'obbligo di garantire ai figli un adeguato ambiente domestico in cui crescere, posto che tale circostanza costituisce un elemento imprescindibile per il collocamento dei figli minori, sottoposto al controllo del giudice e la cui violazione legittima l'altro coniuge ad adire l'autorità giudiziaria ai sensi degli artt. 337 bis e ss. e 709 ter c.p.c., in quanto costituente il nucleo "non trattabile" dell'accordo di separazione.

L'obbligazione cui si connette la clausola penale, è, piuttosto, rappresentata da quel *quid pluri* rispetto al contenuto imprescindibile dell'accordo, costituito dalla specifica destinazione, dell'immobile ceduto (e non semplicemente assegnato) alla moglie, a casa di abitazione in favore dei figli.

Ora, nessuna finalità sanzionatoria e/o punitiva è insita nella penale¹⁴, tant'è che la stessa può essere ridotta dal giudice, in modo equo, laddove risulti eccessiva nell'ammontare, avuto riguardo all'interesse della parte creditrice. I principi a cui il giudice dovrà ispirarsi, pertanto, sono quelli della ragionevolezza e della proporzionalità, tenuto conto delle circostanze concrete e della necessità di bilanciare gli interessi perseguiti da ciascuna parte, al fine di evitare che le relative posizioni soggettive non possano più ritenersi meritevoli di tutela¹⁵.

Principi che sembrano essere stati applicati, nel caso di specie, dal Tribunale di Verona, il

¹³ Si noti, sotto questo profilo, che la penale non ha efficacia se l'inadempimento è dovuto al caso fortuito o, comunque, a causa non imputabile al debitore, ma si applica solo in caso di inadempimento colpevole di quest'ultimo: cfr., in proposito, Cass. civ., sez. II, n. 7180 del 10.05.2012.

¹⁴ Cfr. Cass. civ. sez. III, n. 1183 del 19.01.2007 e App. Napoli, sez. I, n. 360 del 29.01.2014.

¹⁵ Cfr., sul punto, il recente contributo di G. VILLANACCI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in *juscivile.it*, 2017, 683 ss.

JUS CIVILE



quale ha ritenuto giustificata una penale diversamente calibrata per la cessione dell'immobile entro dieci anni, piuttosto che nei venti anni successivi, tenuto conto dell'età del più piccolo dei figli all'epoca dell'accordo, e dell'età ipotizzata per il raggiungimento di indipendenza economica dei figli stessi.

La riduzione della penale, peraltro, nemmeno risulterebbe giustificata dal fatto che la madre avesse comunque garantito ai figli un habitat adeguato, in quanto questo, come si è detto, è elemento imprescindibile per il collocamento dei figli, mentre costituisce, per converso, idonea giustificazione della penale stessa il maggiore sacrificio economico sostenuto dal marito con la cessione del diritto di proprietà dell'immobile, rispetto all'ammontare dei crediti vantati dalla moglie.

Ecco che, pertanto, comprensibile risulta l'accostamento della clausola penale al divieto di alienazione quanto alla funzione perseguita, di modo che il Tribunale ne ha fatto discendere il seguente corollario: *“le ulteriori previsioni del vincolo di destinazione e della penale risultano al contempo funzionali a confermare la volontà delle parti di garantire nel tempo l'utilizzo dell'immobile per le esigenze dei figli e a giustificare il maggior sacrificio assunto dal marito con la cessione del diritto reale di proprietà, rispetto a quello meramente obbligatorio derivante dalla sola assegnazione”*.

In tal modo, la libera autodeterminazione delle parti, consentita nell'ambito della regolamentazione del contenuto eventuale dell'accordo di separazione, risulta maggiormente protetta nel tempo, proprio perché volta, da un lato, a salvaguardare i reciproci interessi dei coniugi senza ledere quelli superiori della prole, e, dall'altro lato, a garantire la realizzazione di un adempimento che rischia maggiormente di essere frustrato, laddove consista in un non fare con efficacia meramente obbligatoria¹⁶.

¹⁶ Sul collegamento tra clausola penale e divieto di alienazione, cfr. M. FRANZONI, *Clausola penale*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, 354-355.



CARLO BERTI

Professore associato di diritto privato – Università di Bologna

CESSIONE DEL CREDITO E MANDATO ALL'INCASSO: PROBLEMI DI QUALIFICAZIONE DELLA FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La cessione del credito in generale. – 3. La cessione del credito con funzione di garanzia. – 4. Il mandato irrevocabile all'incasso anche nell'interesse del mandatario (in rem propriam). – 5. Le sorti del mandato irrevocabile all'incasso in caso di fallimento del mandante.

1. – Il nostro ordinamento contempla diversi istituti che consentono di realizzare la modificazione del rapporto obbligatorio, di modo tale che agli originari soggetti se ne sostituiscano o se ne aggiungano degli altri. Tale modificazione può derivare sia da una vicenda circolatoria *inter vivos*, sia da una successione *mortis causa* e può trovare attuazione tanto nell'ambito di una successione a titolo universale (come nel caso dell'eredità; della fusione tra società), tanto per effetto di una successione a titolo particolare.

Nell'ambito delle modificazioni nel lato attivo del rapporto obbligatorio, la cessione del credito si caratterizza per la sua estrema duttilità e capacità di offrire soddisfazione alle esigenze della moderna economia di speditezza dei traffici commerciali e di circolazione della ricchezza. Nel nostro ordinamento, il credito è soggetto ad un regime generale di libera circolazione e tale esigenza può essere soddisfatta non solo attraverso la cessione del credito, ma anche facendo ricorso ad altri istituti. Si pensi al contratto mediante il quale un soggetto conferisce ad un altro il compito di riscuotere un proprio credito vantato nei confronti di un terzo. Ci si trova a tutti gli effetti a cospetto di un contratto di mandato che, nel caso in cui l'incarico sia teso a soddisfare anche un interesse del mandatario alla esazione, allora dovrà essere ricondotto nell'alveo del contratto di mandato *in rem propriam*¹. Quando, poi, si volge lo sguardo al profilo applicativo del contratto di mandato *in rem propriam* allora ci si accorgerà che campo d'elezione dell'impiego dell'istituto è il settore bancario, nell'ambito del quale il contratto si declina nelle forme del mandato irrevocabile all'incasso che, a cagione delle caratteristiche sue proprie, si intreccia con il – invero diverso – istituto della cessione del credito.

Accade spesso che nella prassi i due diversi istituti si sovrappongono e conoscono fenomeni

¹ Si veda, in tal senso, Cassazione civile, sez. III, 03/08/2017, n. 19344 in *Giust. Civ. Mass. 2017* secondo la quale il conferimento di un mandato con rappresentanza a riscuotere un credito vantato dal mandante nei confronti di un terzo con facoltà per il mandatario di soddisfarsi sul ricavato è teso a soddisfare non solo l'interesse del mandante ma anche quello del mandatario al soddisfacimento del proprio credito verso il mandante.



di contaminazione con altre figure affini che rendono difficile l'inquadramento sistematico e la sussunzione della fattispecie concreta entro uno specifico paradigma normativo. La possibilità di tracciare una linea di demarcazione diventa tanto più difficile quando le funzioni solutorie e di garanzia si intrecciano tra loro. Il che ha importanti ricadute pratiche soprattutto nell'ambito dei rapporti commerciali, atteso che, come meglio si vedrà, gli effetti giuridici della cessione del credito non sono in alcun modo sovrapponibili a quelli che si ricollegano al mandato all'incasso. Nel primo caso si assiste al trasferimento della titolarità del credito; nel secondo, invece, si conferisce un mero mandato a riscuotere al quale è collegato l'obbligo di ritrasferire il credito al mandante, in applicazione delle regole generali dell'agire per conto altrui.

Seppure entrambi siano utilizzabili per conseguire le medesime finalità, a scopo di adempimento e di garanzia, ciò non toglie che restino tra loro del tutto distinti e finanche incompatibili.

Si consideri, poi, che l'individuazione della linea di demarcazione tra cessione del credito e mandato all'incasso diviene quanto mai centrale nell'ipotesi in cui una delle parti del rapporto contrattuale sia assoggettata ad una procedura concorsuale: in tale evenienza l'inquadramento non è mero problema teorico, atteso che la esatta identificazione della figura negoziale porta con sé diverse conseguenze non solo al fine di stabilire se il pagamento eseguito dal debitore ceduto abbia efficacia solutoria ma anche per delimitare l'area delle operazioni opponibili alla massa e che sopravvivono al fallimento dell'imprenditore commerciale.

2. — La successione² nel credito a titolo particolare determina una modifica dal lato attivo del rapporto obbligatorio. Tale effetto si produce attraverso la conclusione di un contratto, disciplinato dagli artt. 1260 e ss. c.c., che si perfeziona in forza di un accordo tra cedente e cessionario³, rispetto al quale il debitore ceduto è terzo e non partecipa alla convenzione.

² Si vedano, tra gli altri, BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989; BOSETTI, *La cessione dei crediti*, in BOSETTI (a cura di), *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in *Nuova giur. dir. civ. comm.*, Torino, 2010; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Tratt. Iudica, Zatti, Milano, 1991; CAPPUCCIO, *La cessione dei crediti*, in FAVA (a cura di), *Le obbligazioni*, II, Milano, 2008; CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, III, *Le obbligazioni in generale*, Roma, 2011; DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988; FINAZZI, *La cessione del credito*, in ALESSI, MANNINO (a cura di), *La circolazione del credito*, I, in Tratt. Garofalo, Talamanca, Padova, 2008; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2a ed., Padova, 2010; MANCINI, *La cessione dei crediti*, in Tratt. Rescigno, 9, I, 2a ed., Torino, 1999; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 1, Torino, 1982; NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008; PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, in ED, VI, Milano, 1960; ID, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955; PERLINGIERI, *Le cessioni dei crediti ordinari e "d'impresa"*, Napoli, 1993; ID, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 1260-1267, Bologna-Roma, 1982; PITTALIS, *La cessione del credito*, in FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni*, I, 1, Torino, 2004; VECCHI, *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in LIPARI, RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, 1, Milano, 2009.

³ Si esprime in questi termini Cassazione civile, sez. III, 13/07/2011, n. 15364 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 9, 1200, secondo la quale il contratto *de quo* ha natura consensuale, con la conseguenza che il suo perfezionamento è l'effetto del solo scambio di consenso tra cedente e cessionario. La tesi assolutamente prevalente in giurisprudenza ed in dottrina è quella che vede nella cessione un contratto che si perfeziona, in applicazione del principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., con l'incontro di volontà tra cedente e cessionario. TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*,



Si tratta, dunque, di un contratto consensuale che non dà luogo a novazione e nell'ambito del quale la accettazione o la notifica della cessione al debitore ceduto (art. 1264 c.c.), del quale del resto non occorre il consenso (art. 1260 co. 1 c.c.), non assume rilevanza rispetto alla fase costitutiva della fattispecie, ma risponde all'esigenza di rendere opponibile la cessione al debitore ceduto: tali adempimenti, in altri termini, sono necessari al solo fine di escludere l'efficacia liberatoria del pagamento eventualmente effettuato in buona fede dal debitore ceduto al cedente anziché al cessionario, nonché, in caso di cessioni diacroniche del medesimo credito, per risolvere il conflitto tra più cessionari, trovando applicazione in tal caso il principio della priorità temporale riconosciuta al primo notificante.

La divisata figura negoziale, che non è altro se non atto di esercizio della disponibilità del credito⁴, è ispirata al principio della libera cedibilità⁵ dei crediti. Essa può avvenire tanto a titolo oneroso, quanto a titolo gratuito. Al regime di libera circolazione, fanno eccezione i crediti che hanno carattere strettamente personale (art. 1260 co. 1 c.c.)⁶, quelli dei quali le parti abbiano espressamente escluso la cessione (art. 1261 co. 2 c.c.) o ancora quei crediti il cui trasferimento sia espressamente vietato dalla legge (art. 1261 c.c.)⁷: in tale ultima ipotesi, si tratta di incedibilità relativa; ciò significa che la legge pone il divieto di acquisto solo in capo a determinati soggetti. Il divieto di cessione è previsto espressamente per gli operatori giudiziari (art. 1262 c.c.), a pena di nullità; ma ulteriori ipotesi di non cedibilità si argomentano anche dalle norme sul divieto di vendita agli amministratori pubblici o privati (art. 1471 c.c.). In tutte le ipotesi sopra individuate la cessione è, dunque, esclusa.

L'oggetto della cessione è un credito, ivi inclusi i crediti futuri, nel qual caso il trasferimento produrrà i suoi effetti nel momento dell'esistenza del credito. In ipotesi di cessione del credito futuro, il contratto spiega, dunque, mera efficacia obbligatoria⁸, producendosi l'effetto tipico

2015, Milano, 408 e ss.; CESARE, *Cessione del credito a scopo di garanzia in I Singoli Contratti, Applicazioni pratiche, clause specifiche giurisprudenza di riferimento*, Tomo II, a cura di Cassano, Padova, 2010, 1491 e ss.

⁴ DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, cit., p. 287.

⁵ Secondo Tribunale Roma sez. XIII, 07 gennaio 2016 n. 227, in *DeG – Dir. e giust.* 2016, 15, 50 il credito a titolo di risarcimento danno derivante da sinistro stradale è liberamente cedibile. In senso conforme Cassazione civile, sez. III, 03/10/2013, n. 22601 in *DeG – Dir. e giust.*, 2013, 48, 72. Cassazione civile, sez. III, 03/10/2013, n. 22601 in *Resp. Civ. e Prev.* 2014, 2, 539 ha, invece, affermato espressamente la libera cedibilità del credito da risarcimento del danno non patrimoniale. Sulla natura personale del credito per risarcimento dei danni cagionati ad un immobile, che non si trasmette automaticamente con la vendita del bene, in quanto non costituisce un accessorio del diritto di proprietà sull'immobile stesso si veda Cassazione civile, sez. VI, 12/11/2014, n. 24146 in *DeG – Dir. e giust.* 2014, 13 novembre. Secondo la Suprema Corte, tale credito risarcitorio compete esclusivamente a chi, essendo proprietario del bene all'epoca dell'evento dannoso, ha subito la relativa diminuzione patrimoniale: il credito potrà, dunque, essere trasferito solo mediante apposito atto di cessione ex art. 1260 c.c.

⁶ Sulla natura non strettamente personale del credito a titolo di trattamento di fine rapporto si veda Cassazione civile, sez. lav., 01/04/2003, n. 4930 in *Orient. giur. lav.* 2003, I, 343.

⁷ L'art. 447 c.c. esclude espressamente la cessione rispetto al credito alimentare. La giurisprudenza, in ossequio al sopra riferito principio di libera cedibilità dei crediti, ha sottolineato che l'art. 447 c.c. deve ritenersi norma di "*ius singulare*" e, come tale, inapplicabile alle obbligazioni alimentari sorte non "*ex lege*" ma in via convenzionale. In tal senso Cassazione civile, sez. II, 22/10/1997, n. 10362 in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1979.

⁸ Cassazione civile, sez. III, 17/01/2012, n. 551 in *Giust. civ. Mass.* 2012, 1, 35 secondo la quale nel caso di ces-



consistente nel trasferimento della titolarità solo in un successivo momento ed a condizione che il credito venga ad esistenza.

Inoltre, la cessione, che, come abbiamo visto, non ha effetto novativo, consente la permanenza degli accessori, dei privilegi e delle garanzie personali e reali (art. 1263 c.c.); d'altra parte, il debitore ceduto potrà opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al cedente.

Di regola, il cedente è tenuto a garantire solo l'esistenza del credito al tempo della cessione (*nomen verum*), se questa è fatta a titolo oneroso (art. 1266 c.c.). In caso di cessione a titolo gratuito, invece, vi è tenuto nei limiti e nei casi in cui è prevista a carico del donante la garanzia per evizione (art. 1266 co. 2 c.c.). Il cedente, insomma, non risponde della solvenza del debitore ceduto, ma le parti possono convenire la garanzia contro il rischio di insolvenza del debitore. In tal caso, si parla di cessione *pro solvendo*.

Uno degli aspetti maggiormente controversi dell'istituto afferisce alla identificazione della sua causa: in altri termini, ci si chiede se il contratto abbia una causa tipica ovvero se il profilo causale debba essere apprezzato ed individuato in concreto⁹. Taluni Autori rinviengono nella cessione del credito un negozio causale, nel quale coesiste una causa generica, da identificare nella finalità di trasferire la titolarità del credito, ed una causa specifica, che è quella di volta in volta perseguita in relazione alla singola operazione negoziale¹⁰. Da un diverso punto di vista, si è sostenuto che il contratto di cessione può assumere questa o quella figura, a seconda del suo scopo, che potrà essere di vendita, in caso di cessione del credito dietro corrispettivo, di donazione, nel caso in cui la alienazione avvenga a titolo gratuito¹¹. Ulteriore prospettiva è quella che distingue tra causa ed oggetto della cessione: applicando tale punto di vista, il trasferimento del credito non costituisce la causa della cessione, ma il suo oggetto, laddove, invece, la causa della cessione – intesa come l'intento pratico che il negozio è diretto a realizzare – dovrebbe essere ravvisata nel titolo del trasferimento (vendita, donazione o anche garanzia, la quale rientra tra gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ex art. 1322 c.c.)¹².

La descrizione del profilo causale della cessione pare, in verità, afferire per lo più alla di-

sione di un credito futuro, il trasferimento si verifica soltanto nel momento in cui il credito viene ad esistenza e, anteriormente, il contratto, pur essendo perfetto, esplica efficacia meramente obbligatoria.

⁹ Ritene irrilevante la causa della cessione Cassazione civile, sez. II, 12/05/2016, n. 9768, in *Guida al dir.* 2016, 47, 71, precisando come nella disciplina della cessione la legge prescinde dallo scopo in vista del quale il negozio viene concluso, soffermandosi esclusivamente sugli effetti della cessione, tant'è che il cessionario che agisca nei confronti del debitore ceduto non è tenuto a dimostrare la causa della cessione, ma solo la sua esistenza. In senso conforme Cassazione civile, sez. III, 31/07/2012, n. 13691 in *Giust. civ. Mass.* 2012, 7-8, 1004. Secondo Cassazione civile, sez. III, 03/04/2009, n. 8145 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 4, 582 il contratto di cessione del credito è un negozio a causa variabile, al quale si applica il principio della cosiddetta "presunzione di causa" che può anche non essere indicata nello stesso negozio.

¹⁰ CESARE, *Cessione del credito a scopo di garanzia*, cit. in *I singoli contratti*, Padova, 2010, 1491 e ss.

¹¹ BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Dott. Cesare Zuffi Editore, 1956, Bologna, 418 e ss.

¹² Cassazione civile, sez. I, 10/01/2001, n. 280 in *Riv. notariato* 2001, 1209 secondo cui il trasferimento non costituisce la causa, ma l'oggetto della cessione, laddove la causa va identificata nel titolo del trasferimento.



menzione della sua causa in concreto: in altri termini, il contratto di cessione pare essere più che un contratto tipico, una figura negoziale tipica, preordinata alla realizzazione di diverse funzioni (o scopi), che spaziano da quella solutoria, a quella di garanzia, donativa, di vendita.

In tale prospettiva, si può affermare che non esiste una giustificazione causale costante della cessione del credito¹³: il trasferimento si attua utilizzando gli schemi di circolazione dei diritti che le parti prescelgono per la realizzazione dei loro interessi, con la conseguenza che il trasferimento potrà avvenire verso corrispettivo, a titolo gratuito per spirito di liberalità o, ancora, per estinguere un rapporto obbligatorio. In tal caso, come sopra anticipato, si parla di cessione a scopo solutorio ed il cedente ottiene la propria liberazione solo una volta che il cessionario abbia riscosso il credito dal debitore ceduto, salvo che non risulti una diversa volontà delle parti (art. 1198 c.c.)¹⁴.

3. — Nel ventaglio della variabilità causale della cessione del credito¹⁵, specifica considerazione merita la cd. cessione del credito a scopo di garanzia (o *cessio in securitatem*). Si parla di cessione a scopo di garanzia allorquando il cedente trasferisce uno o più crediti al cessionario al precipuo fine di garantire il credito vantato da quest'ultimo nei confronti del primo.

Essa è molto diffusa nella prassi ed in particolare nel settore bancario: contestualmente oppure successivamente alla concessione di un finanziamento, gli istituti di credito talora richiedono, a maggiore garanzia dell'adempimento dell'obbligazione assunta, che il beneficiario ceda propri crediti che vanta nei confronti di terzi.

La cessione del credito con funzione di garanzia¹⁶ non è un contratto tipico, ma la valutazione di meritevolezza va condotta sotto l'egida del superiore principio della autonomia contrattuale. Del resto, seppur non tipica, la cessione con funzione di garanzia è ciononostante figura negoziale non del tutto estranea al nostro ordinamento. Ne è un esempio la oramai abrogata ces-

¹³ PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 8° Ed., Napoli, 2017, 345 e ss.

¹⁴ In caso di cessione di un credito in luogo dell'adempimento, non si ha immediata liberazione del debitore originario/cedente, la quale consegue solo alla realizzazione del credito ceduto. Si verifica, invece, un fenomeno di affiancamento al credito originario di quello ceduto, con la funzione di consentire al creditore di soddisfarsi mediante la realizzazione di quest'ultimo credito. Per effetto di questa situazione di compresenza, il credito originario entra in fase di quiescenza e rimane inesigibile per tutto il tempo in cui persiste la possibilità della fruttuosa escussione del debitore ceduto, in quanto solo quando il medesimo risulta insolvente il creditore può rivolgersi al debitore originario. In tal senso Cassazione civile, sez. III, 29/03/2005, n. 6558 in *DeG – Dir. e giust.* 2005, 18, 12.

¹⁵ VALENTINO, *La circolazione del credito*, in BRIGANTI, VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, in Tratt. Perlingieri, III, 13, Napoli, 2007, 14; BAVETTA, *La cessione di credito a scopo di garanzia*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 588 ss.; INZITARI, *Cessione dei crediti a scopo di garanzia a favore delle banche*, in *Fallimento*, 1997, 897 ss.; 902; INZITARI, *La cessione di credito a scopo di garanzia: inefficacia ed inopponibilità ai creditori dell'incasso del cessionario nel fallimento, nel concordato e nell'amministrazione controllata*, in *Banca borsa*, 1997, I, 153. DOLMETTA-PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, 76 ss.

¹⁶ Secondo CESARE, *Cessione del credito a scopo di garanzia in I Singoli Contratti*, cit., la cessione del credito con funzione di garanzia deve essere ricondotta nell'ambito delle garanzie atipiche.



sione a scopo di garanzia dei finanziamenti a favore dei produttori cinematografici di cui alla l. 29 dicembre 1949 n. 958, o, ancora, la cessione dei contributi previsti dalla legge sulle riparazioni di guerra prevista dall'art. 65 l. 27 dicembre 1953 n. 968.

In termini generali, l'ingresso della cessione del credito con funzione di garanzia nel nostro ordinamento potrebbe all'apparenza entrare in frizione con il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c.¹⁷ La norma commina, infatti, la nullità del patto con il quale le parti convengono che, in mancanza del pagamento del credito entro il termine fissato, il bene sul quale sia stato costituito diritto di garanzia passi in proprietà del creditore. Tuttavia, non sono estranei al nostro sistema giuridico deroghe al divieto di patto commissorio, delle quali un esempio paradigmatico è rappresentato dal pegno di credito previsto dall'art. 2803 c.c.¹⁸. L'art. 2803 c.c. ammette, seppure entro precisi limiti e condizioni, che il creditore pignoratizio possa ritenere dal denaro ricevuto quanto basta per soddisfare le sue ragioni con l'obbligo di restituire l'eccedenza. Proprio argomentando dalla *ratio* sottesa all'istituto del pegno di crediti e sulla base dell'applicazione analogica dell'art. 2803 c.c. alla cessione del credito con funzione di garanzia, sono stati superati i dubbi sulla ammissibilità dell'istituto sotto il profilo della violazione del divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c.¹⁹. Sotto un diverso punto di vista, c'è un ulteriore argomento che milita nella direzione della compatibilità della cessione di credito con funzione di garanzia con i principi del nostro ordinamento, senza che, in altri termini, possa ritenersi violato il divieto di patto commissorio: dall'ambito del meccanismo commissorio resta in verità escluso il trasferimento di diritti di natura diversa da quella reale²⁰. Anche per tale ulteriore ragione il divieto non colpirebbe la cessione con funzione di garanzia, nella quale si assiste al trasferimento di un diritto sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento. In altri termini, la cessione di credito con funzione di garanzia non ricade, quanto meno in linea di principio, nelle tassative ipotesi previste dall'art. 2744 c.c.²¹.

¹⁷ SCARABINO, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *Le garanzie personali e reali*, a cura di CASSANO e MASTROROSA, Torino, pag. 290, secondo la quale il dibattito sulla liceità della cessione a scopo di garanzia è attualmente acceso. L'Autore dà conto di un orientamento secondo il quale la illiceità della cessione deriverebbe dalla sua incompatibilità con lo scopo di garanzia perseguito, che non costituirebbe una valida giustificazione causale del trasferimento e, di un altro, secondo il quale la cessione non incorrerebbe nel divieto di patto commissorio anche in ragione della natura non reale dei diritti che tramite cessione di credito possono essere trasferiti.

¹⁸ La cessione di credito si differenzia dal pegno di credito in quanto nel secondo caso, a differenza del primo, non si ha mai il trasferimento della titolarità del credito in favore del creditore pignoratizio. Del resto, il pegno di crediti è un tipico diritto di prelazione, tant'è che il creditore pignoratizio deve osservare una serie di prescrizioni ex art. 2803 c.c. per riscuotere il credito alle quali non è tenuto, invece, il cessionario.

¹⁹ CESARE, *Cessione del credito a scopo di garanzia* in *I Singoli Contratti*, cit., 1514 e ss.

²⁰ Secondo Cassazione civile, sez. lav., 01/04/2003, n. 4930 in *Giust. civ. Mass.* 2003, 4, la cessione del credito in funzione di garanzia è legittima, non essendo estensibile in via analogica, oltre le alienazioni di diritti reali e la costituzione di ipoteca e di pegni anche di crediti, la disciplina di cui all'art. 2744 c.c., costituente norma di natura eccezionale.

²¹ Non mancano decisioni di segno contrario. Secondo Tribunale Roma 16 settembre 2008 in *Giust. civ.* 2009, 6, I, 142 ricorre l'ipotesi del patto commissorio – e non la diversa ipotesi del patto marciano – qualora, nel negozio di cessione dei crediti a scopo di garanzia, sia pattuito che il trasferimento dei crediti alla cessionaria è da ricondurre alla



La peculiarità dell'istituto va individuata nel suo profilo causale: nella cessione è insito un patto – *rectius* una condizione – in forza del(la) quale le parti convengono che il cessionario non possa esigere il credito immediatamente, ma solamente in ipotesi di inadempimento del cedente. Qualora il cedente adempia, il credito offerto in garanzia dovrà essere retrocesso. La cessione del credito con scopo di garanzia partecipa indubbiamente della medesima natura giuridica della cessione del credito, tant'è che ad essa trovano applicazione, in quanto compatibili, le norme di cui agli artt. 1260 e ss c.c.: al pari di quanto accade nella cessione ordinaria, si assiste all'immediato trasferimento del diritto al cessionario. Il cessionario ne diventa a tutti gli effetti titolare, entrando il credito nel suo patrimonio e nella sua sfera giuridica; il credito vi rimarrà quanto meno sino al momento in cui non si sia estinta, per adempimento o altra causa, l'obbligazione garantita. Il cessionario, inoltre, ha legittimazione sia ad azionare il credito originario, sia quello che gli sia stato ceduto in garanzia, a condizione che persista il debito garantito. In caso contrario, perde la relativa legittimazione²². Al pari di quanto accade con l'ordinaria cessione del credito, anche la efficacia del contratto con scopo di garanzia nei confronti del debitore ceduto richiede la sua accettazione con atto di data certa oppure la notificazione di cui all'art. 1264 c.c.

Tuttavia, la funzione di garanzia fa sì che la fattispecie si arricchisca di un ulteriore elemento, che ne esprime anche il principale tratto identificativo. In entrambe le ipotesi, come si è visto, il cessionario diventa titolare a tutti gli effetti del credito, spiegando il contratto efficacia traslativa immediata. Tuttavia, in caso di cessione del credito con funzione di garanzia, la titolarità piena riguarda i soli rapporti con i terzi, i quali pagano bene nelle mani del cessionario, laddove ne siano stati notiziati nelle forme previste. Nel rapporto con il cedente il trasferimento è sottoposto, invece, alla condizione risolutiva dell'inadempimento della obbligazione garantita²³. La causa di garanzia non incide, insomma, sugli effetti costitutivi e sulla efficacia della cessione, ma, piuttosto, sugli effetti giuridici collegati al contratto, cioè sulla libera disponibilità del

funzione di garanzia dell'adempimento da parte di una società agli obblighi sulla stessa gravanti e che, tuttavia, la retrocessione degli stessi crediti in capo alla cedente sia condizionata, anche in caso di risoluzione del rapporto dal quale trae origine il debito garantito, al pagamento da parte della cessionaria di una somma di riacquisto corrispondente all'ammontare del corrispettivo del debito garantito, agli interessi di mora sulle rate non pagate, alle spese della cessionaria rimaste non pagate e a qualsiasi altro importo dovuto.

²² Cassazione civile, sez. III, 02/04/2001, n. 4796 in *Giust. civ. Mass.* 2001, 668.

²³ Di fianco alla opinione oggi maggioritaria che configura la cessione del credito con funzione di garanzia quale contratto sottoposto a condizione risolutiva, nel quale la verifica dell'evento futuro ed incerto dedotto in condizione produce effetti retroattivi, si è fatta strada la tesi, soprattutto in passato, secondo cui la cessione sarebbe da ricondurre nell'ambito dello schema del negozio indiretto, perché realizzerebbe uno scopo diverso rispetto a quello ordinariamente perseguibile con la cessione del credito. In tal senso, Corte appello Firenze, 20/12/1988 in *Dir. fall.* 1989, II, 831. Secondo un'ulteriore prospettazione, la cessione del credito andrebbe ricondotta entro lo schema del negozio fiduciario. Ciò, in particolar modo, nel caso in cui le parti dovessero inserire nel contratto un patto che sancisca espressamente l'obbligo del cessionario di retrocedere il credito ceduto in garanzia al cedente in ipotesi di adempimento dell'obbligazione principale garantita. In tal senso, QUARTICELLI, *Cessione del credito e funzione di garanzia* in *Questioni di diritto privato*, a cura di Lobuono, Milano, 2014, 141 e ss. Secondo taluni Autori, nel caso in cui le parti dovessero inserire uno specifico patto che imponga, al verificarsi della condizione risolutiva, l'obbligo di retrocedere il credito, ci si troverebbe a cospetto del diverso schema del negozio fiduciario *cum creditore*. In tal senso, LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 349.



credito trasferito²⁴. Infatti, la causa di garanzia, proprio perché condiziona la libera disponibilità del credito ceduto, impone al cessionario di non esigerne il pagamento se non nel caso di inadempimento del credito garantito, cioè di insolvenza del cedente; di non esigerne il pagamento prima che sia scaduto il credito garantito, oltre che, come si vedrà *infra*, di restituire al cedente l'eccedenza nell'ipotesi di trasferimento di un credito di entità superiore a quella del credito garantito. In ipotesi, invece, di scadenza del credito oggetto di cessione prima dell'obbligazione principale, le somme ottenute per effetto del pagamento del debitore ceduto dovranno essere compensate dal cessionario con l'obbligazione principale del cedente non ancora scaduta. Quanto detto spiega le ragioni per le quali il trasferimento della titolarità del credito è non definitivo e provvisorio. Il credito è destinato a permanere nella sfera giuridica del cessionario fintantoché persista l'obbligazione principale. L'efficacia traslativa propria della cessione viene meno tuttavia con l'adempimento (o, comunque, con l'estinzione) dell'obbligazione garantita e conseguentemente, a partire da tale momento, il cessionario non è più legittimato ad esigere dal debitore l'adempimento della prestazione, essendo il credito ceduto tornato "automaticamente" al cedente²⁵. Non a caso, si parla di cessione sottoposta alla condizione risolutiva dell'inadempimento del cedente²⁶, sicché, in applicazione dell'art. 1359 c.c., l'acquisto del diritto è destinato a venire meno con efficacia *ex tunc*: in caso di verifica dell'evento futuro ed incerto dell'adempimento dell'obbligazione da parte del cedente, si produce l'effetto risolutivo del trasferimento e trova attuazione la provvisorietà dell'acquisto del credito, alla quale si ricollega il ritrasferimento automatico del credito, nella stessa quantità, nella sfera giuridica del cedente²⁷. L'obbligo di restituzione, in altri termini, nasce nel momento in cui si verifica una situazione di indebito che non è più impedita dall'esplicarsi della funzione di garanzia. Specularmente, nella ipotesi di inadempimento del debito garantito, la causa di garanzia realizza definitivamente la sua funzione con la riscossione da parte del cessionario del credito ceduto ad integrale soddisfacimento del credito garantito.

Il profilo causale dell'istituto assume significativa incidenza ed esprime la *ratio* anche di sue ulteriori precipue caratteristiche. Si allude, in particolare, alla automaticità dell'effetto risolutivo, salva la applicazione degli effetti degli artt. 1264 e 1265 c.c. Essa si ricollega alla causa di garanzia ed alla applicazione della disciplina sulla condizione risolutiva. In caso di adempimento della obbligazione garantita, viene meno lo scopo di garanzia, sicché l'effetto traslativo del credito diventa privo di causa in concreto. Nel momento in cui si estingue, per adempimento o per altra causa, l'obbligazione garantita, la causa di garanzia cessa di operare. Tale sopravvenienza travolge uno degli elementi costitutivi del contratto, ovvero la sua causa: in tale prospettiva, l'effetto immediato di retrocessione del credito appare naturale, senza che a tal fine occorra una specifica e separata pattuizione delle parti. Del resto, il venir meno della causa determinerebbe in ogni caso la

²⁴ Cassazione civile, sez. I, 10/01/2001, n. 280 in *Foro it.* 2002, I, 1758.

²⁵ Cassazione civile, sez. I, 09/09/2004, n. 18176, *Giur. it.* 2005, 1144.

²⁶ CAPPUCCIO, *La cessione del credito in Le obbligazioni* a cura di Fava, Milano, 2008, 1058 e ss.

²⁷ Corte appello Milano, 06/07/2004, in *Redazione Giuffrè* 2005 (s.m).



nullità dell'accordo, la quale, una volta accertata, ha effetti retroattivi. Insomma, l'effetto restitutorio troverebbe conferma anche in applicazione delle regole sulle invalidità negoziali.

La causa di garanzia vale a giustificare gli effetti restitutori, non solo nei termini anzidetti di integrale retrocessione del credito nella sfera giuridica del cedente, ma anche del rientro circoscritto alla sola eccedenza del credito ceduto rispetto al credito garantito. Infatti, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, il cedente al quale sia stato ceduto un credito superiore rispetto a quello garantito ha il diritto di trattenere solamente il valore corrispondente all'ammontare del credito garantito oltre gli accessori: la funzione di garanzia si pone, infatti, come clausola limitativa e risolutoria della cessione stessa una volta che l'entità del riscosso soddisfi l'entità del debito²⁸.

Il cessionario dovrà, dunque, restituire al cedente, alla scadenza dell'obbligazione di questi, quanto in eccesso adempiuto dal debitore ceduto, a pena di un suo ingiustificato arricchimento. Tuttavia, tale obbligo di restituzione non sorge sin dal momento della conclusione del contratto di cessione con funzione di garanzia, ma solo nel successivo momento della riscossione. Il sorgere di detto obbligo restitutorio richiede, infatti, oltre alla esistenza effettiva di una eccedenza, riscontrabile soltanto dopo il pagamento da parte del debitore ceduto, anche l'esaurimento della funzione di garanzia inerente al negozio di cessione.

La ricostruzione della cessione del credito con funzione di garanzia quale contratto risolutivamente condizionato richiama, poi, nella sfera del cessionario, una serie di obblighi di comportamento che rinviengono nell'art. 1358 c.c. il principale riferimento normativo. Il cessionario, in altri termini, non solo sarà tenuto a comportarsi secondo buona fede in pendenza del verificarsi della condizione, ma dovrà assumere tutte le iniziative occorrenti per mantenere integre le ragioni creditore del cedente, promuovendo e coltivando, a mero titolo esemplificativo, le iniziative, giudiziali e stragiudiziali, per la migliore tutela del credito ceduto.

4. — Alla cessione del credito con funzione di garanzia viene spesso accostato l'istituto del mandato irrevocabile all'incasso²⁹, che non è altro se non un mandato *in rem propriam*, conferito, cioè, anche nell'interesse del mandatario o di un terzo³⁰.

²⁸ Cassazione civile, sez. I, 23/07/1997, n. 6882 in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1255.

²⁹ Il mandato irrevocabile all'incasso nel quale faccia capolino un interesse specifico del mandatario deve essere tenuto distinto dal mandato all'incasso cd. "*puro*", che ricorre quando il mandatario, in forza della disciplina generale del contratto di mandato, è tenuto al rendiconto e a rimettere al mandante le somme riscosse per suo conto. Si tratta di fattispecie alla quale è del tutto estraneo un interesse del mandatario alla riscossione concorrente con quello del mandante. Quando nella struttura del mandato all'incasso "semplice" trovano ingresso una serie di pattuizioni e garanzie imposte dal mandatario e con funzione di sua autotutela, tra le quali va senz'altro annoverato il patto di compensazione, queste ultime rendono il mandato a riscuotere "rafforzato", "forte". BOTTA, *Cessione di ricevute bancarie e mandato irrevocabile all'incasso* in *Notariato*, 1 / 2008, p. 27.

³⁰ La distinzione tra mandato irrevocabile all'incasso e cessione del credito rappresenta un problema molto delicato. Nella prassi, infatti, le parti tendono a creare figure ambigue, a cavallo tra mandato all'incasso e cessione del credito, al fine di sfruttare i vantaggi collegati ad ambo gli istituti. Al di là, infatti, del *nomen iuris* prescelto, la ricostruzione della effettiva volontà delle parti impone innanzitutto che venga accertata l'intenzione abdicativa, nel qual caso



Tale figura contrattuale ha il proprio riferimento normativo nell'art. 1723 c.c.: si tratta, a tutti gli effetti, di un mandato. L'incarico è dunque conferito anche nell'interesse del mandatario, ma non nel suo esclusivo interesse. Non è difatti ammissibile un incarico nell'esclusivo interesse del mandatario: in tale ipotesi, l'obbligo di agire verrebbe rimesso all'insindacabile giudizio del soggetto tenuto al compimento dell'attività gestoria³¹. In ragione della rilevanza di tale interesse, l'istituto soggiace ad una speciale disciplina vincolistica sotto il profilo delle ridotte possibilità per il mandante di sciogliersi dal contratto. Il mandato *in rem propriam* infatti non solo non si estingue per morte o incapacità del mandante, ma non può neppure essere revocato, salvo che sia diversamente stabilito oppure ricorra una giusta causa di revoca. In pratica, fuori dei casi espressamente previsti dal legislatore, viene sancita un'ipotesi di irrevocabilità assoluta³².

Come visto, il mandato irrevocabile all'incasso è una peculiare ipotesi di mandato *in rem propriam*. Il contratto si sostanzia in un accordo con il quale il mandante conferisce incarico al mandatario di riscuotere un credito vantato dal primo nei confronti di un terzo, al contempo conferendogli il potere di trattenere il credito riscosso sino a concorrenza del debito dello stesso mandante nei confronti del mandatario. Pur non trattandosi di contratto a forma vincolata, occorre tuttavia che la preposizione, da parte del creditore, di altro soggetto incaricato di riscuotere, in sua vece, il credito venga preventivamente ed adeguatamente portata a conoscenza del debitore affinché possa spiegare effetti nei confronti di questi³³.

Al mandato irrevocabile all'incasso è dunque sotteso uno specifico e qualificato interesse del mandatario che è quello ad ottenere la soddisfazione della propria posizione creditoria³⁴. Si tratta di un interesse specifico, che colora la fattispecie di un contenuto ulteriore rispetto a quello che tipicamente si associa alla più generale figura del mandato. Non è pertanto sufficiente il mero interesse economico all'ottenimento del compenso per l'incarico gestorio, che si presume oneroso ai sensi dell'art. 1709 co. 1 c.c.³⁵, né quello limitato alla esecuzione, al compimento del

ci si troverà senz'altro a cospetto di cessione del credito. Per contro, è ritenuto indice di mandato all'incasso la circostanza che il pagamento non venga effettuato dal terzo debitore direttamente a favore della banca, ma venga accreditato sul conto corrente acceso dal mandante presso l'istituto di credito, così dando luogo ad un meccanismo compensativo del credito, o ancora la previsione dell'obbligo del rendiconto. In tal senso, QUATRARO, *Fallimento dell'accreditato e crediti della banca derivanti da apertura di credito garantita da ipoteca, pegno, mandato in rem propriam all'incasso di crediti o cessioni di credito*, in *Riv. it. leasing*, 1989, 66 ss. Sulla distinzione tra cessione del credito e mandato irrevocabile all'incasso si veda anche RAGUSA MAGGIORE, *Mandato irrevocabile e cessione dei crediti nel fallimento e nell'amministrazione controllata*, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 135 e ss.

³¹ Si veda Corte Appello Napoli, 11/06/1990 in *Giur. comm.* 1992, II, 966. Secondo la Corte, il mandato conferito nell'esclusivo interesse del mandatario non costituisce un mandato *in rem propriam* ma un contratto atipico. Si veda CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, p. 157.

³² DI ROSA *Attuazione e cessazione del mandato in Cooperazione, Distribuzione, Marketing*, a cura di Roppo, Trattato dei singoli contratti, Milano, 2014, 861 e ss.

³³ Si veda in tal senso Cassazione civile, sez. II, 13/11/2009, n. 24128 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 11, 1594.

³⁴ SANTAGATA, *I limiti al potere di disposizione del mandante nel mandato irrevocabile all'incasso in Banca, borsa, tit. cred.*, 1967, I, p. 161 e ss., il quale evidenzia che l'irrevocabilità del mandato trae origine dall'interesse del mandatario che, a sua volta, scaturisce da un vincolo pattizio che giustifica il conferimento del mandato.

³⁵ Stante la presunzione di onerosità del contratto di mandato stabilita dal legislatore, laddove l'interesse del man-



mandato. L'interesse del mandatario al compimento dell'incarico gestorio deve avere autonoma e distinta rilevanza giuridica, ricollegandosi e derivando dall'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio tra le parti o comunque con esso costituito, in ragione del quale il debitore sia il mandante e creditore il mandatario³⁶. La centralità dell'interesse del mandatario nell'ambito del contratto, che finisce per conformare sensibilmente il contenuto del potere di compiere atti giuridici per conto altrui, rende anche ragione delle sue sorti: a differenza di un ordinario mandato, esso non sarà revocabile se non entro gli angusti limiti tracciati dall'art. 1723 c.c. Tale irrevocabilità si giustifica proprio in ragione dell'interesse qualificato di cui è portatore il mandatario, atteso che il mandato viene rilasciato proprio in considerazione della preesistente obbligazione del mandante nei confronti del mandatario³⁷.

Al pari della cessione del credito con funzione di garanzia, anche il mandato irrevocabile all'incasso è spesso impiegato nella prassi bancaria, assumendo a strumento di garanzia³⁸ – seppure atipica – di adempimento dell'obbligazione garantita³⁹. Esso ingenera nel mandatario la ragionevole aspettativa di incassare il credito del mandante, il quale, una volta conferito l'incarico gestorio, non potrà più riscuotere il credito stesso; il creditore potrà però validamente cedere il proprio credito a terzi, anche dopo aver conferito un mandato irrevocabile all'incasso, sempre che, prima della cessione, il mandatario *in rem propriam* non abbia già incassato le relative somme. L'esazione del credito, infatti, comportando l'estinzione dell'obbligazione, ne renderebbe inammissibile la cessione⁴⁰.

datario potesse essere identificato nel solo interesse all'ottenimento del compenso a remunerazione dell'incarico svolto, si giungerebbe alla inaccettabile conclusione di dover ritenere sempre irrevocabile qualunque tipo di mandato. Conclusione che, a tacer d'altro, mal si concilia con la natura del contratto e con l'art. 1723 co. 1 c.c., che sancisce il diritto del mandatario di revocare il mandato. Del resto, il fondamento della libera revocabilità del mandato, in deroga al principio di vincolatività dei contratti di cui all'art. 1372 c.c., può senz'altro essere identificato nella strumentalità dell'incarico gestorio in vista della migliore tutela degli interessi del mandante. In termini, DE ROSA, *Il mandato Artt. 1710-1730 tomo II*, in *Il codice civile commentario*, diretto da BUSNELLI, Milano, 2017, 135 e ss.

³⁶ Occorre che l'interesse del mandatario sia assicurato da un rapporto sinallagmatico, tra mandante e mandatario, con contenuto bilaterale, che lo sottrae all'unilaterale disposizione del mandante stesso. In tal senso, Cassazione civile, sez. I, 28/10/2011, n. 22529 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 11, 1545. Si veda anche Cassazione civile, sez. III, 04/12/2000, n. 15436 in *Giust. civ. Mass.* 2000, 2543 secondo cui l'interesse del mandatario non coincide con quello generico a conservare l'incarico o a proseguire l'attività gestoria al fine di conseguire il compenso, essendo, invece, necessario un interesse giuridico del mandatario all'esecuzione dell'incarico, vale a dire un rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario generalmente preesistente al mandato o comunque con esso costituito in cui il debitore sia il mandante e creditore il mandatario.

³⁷ DI ROSA *Attuazione e cessazione del mandato in Cooperazione, Distribuzione, Marketing*, cit., 861 e ss. Secondo l'Autore non è essenziale, ai fini della configurabilità dell'istituto, la preesistente posizione obbligatoria del mandante nei confronti del mandatario, essendo sufficiente che il mandato costituisca lo strumento giuridico prescelto dalle parti per realizzare anche un interesse del mandatario.

³⁸ Cassazione civile, sez. I, 03/02/2010, n. 2517 in *Foro Pad.* 2010, 1, I, 1, secondo la quale è pacifico che la funzione di garanzia possa essere connaturata tanto alla cessione del credito quanto al mandato irrevocabile all'incasso.

³⁹ BORTONE, *Mandato irrevocabile all'incasso a scopo di garanzia* in *Garanzie reali e personali* a cura di CASANO, Torino, 2006, 457 e ss.

⁴⁰ Cassazione civile, sez. III, 12/12/2003, n. 19054 in *Riv. Notariato* 2004, 1232. Secondo la Suprema Corte, fino a quando il credito rimane nel patrimonio del debitore, nulla osta a che questi conferisca ad altri l'incarico di riscuotelo, dal momento che l'altruità del diritto è il presupposto affinché si possa configurare una gestione di affari altrui.



La facoltà del mandatario di trattenere quanto riscosso a decurtazione del debito del mandante trova la propria giustificazione in forza di un patto di compensazione⁴¹ che accede al mandato irrevocabile all'incasso, colorando l'operazione di un evidente carattere di garanzia. Tuttavia, la facoltà di compensazione⁴² non comporta affatto il trasferimento della titolarità del credito. In ciò va ravvisato il principale elemento di differenziazione tra cessione del credito con funzione di garanzia e mandato irrevocabile all'incasso⁴³. Il mandatario non diventa titolare del credito e l'attribuzione di un effetto traslativo del credito risulta del tutto estranea alla fattispecie qui indagata. Il mandatario ottiene il mero conferimento della legittimazione alla riscossione⁴⁴. Il pagamento infatti viene ricevuto a nome del mandante, seppure nell'interesse del mandatario, tant'è che in tal caso la funzione di garanzia si realizza – a differenza di quanto accade nella cessione del credito – in via di fatto⁴⁵. La disponibilità delle somme avviene, dunque, in vista di una finalità solutoria nel precipuo interesse del mandatario. La natura di incarico gestorio ha poi inevitabili riflessi sugli obblighi di comportamento che incombono sul mandatario nell'esecu-

⁴¹ BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2016, 497 e ss., il quale sottolinea che, in forza della clausola di compensazione, l'istituto di credito mandatario ha tutto l'interesse ad incassare le somme di competenza del cliente finanziato, con l'ulteriore conseguenza che l'esecuzione del mandato “*produce effetti estintivi sia sul rapporto tra essa stessa banca ed il proprio debitore, sia sul rapporto tra il cliente mandante ed il terzo*”.

Secondo Tribunale Catania, 07/01/1995 in *Giur. merito* 1995, 70 l'effetto estintivo della compensazione che si accompagna al mandato irrevocabile all'incasso non è un atto giuridico autonomo, ma è conseguente alla pattuizione del mandato *in rem propriam*.

⁴² Una volta riscosso il credito da parte del mandatario, non si verifica, invece, alcuna compensazione tra il credito originario del mandatario nei confronti del mandante ed obbligazione del medesimo di rimessa verso il mandante ai sensi dell'art. 1713 c.c., attesa l'insussistenza di una siffatta autonoma obbligazione del mandatario, il quale trattiene in pagamento diretto del proprio credito quanto ricevuto. In tal senso, Cassazione civile, sez. I, 03/05/2007, n. 10208 in *Giust. civ. Mass.* 2007, 5. Conf. Corte appello Milano, 25/06/2003 in *Banca borsa tit. cred.* 2005, II, 277.

⁴³ Sovente la qualificazione della fattispecie concreta quale cessione del credito o mandato all'incasso deriva dal contenuto del contratto ed è un apprezzamento di fatto. Si veda, Cassazione civile, sez. III, 06/07/2009, n. 15797 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 7-8, 1042 con riguardo ad un mandato *in rem propriam* integrante, nel caso concreto, una cessione del credito con funzione solutoria.

⁴⁴ Sulla distinzione tra cessione del credito e mandato irrevocabile all'incasso si veda *ex multis* Cassazione civile, sez. I, 27/04/2011, n. 9387 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 4, 660, la quale ricorda che, nel caso del mandato all'incasso, viene conferita alla banca la mera legittimazione alla riscossione del credito e che la funzione di garanzia che accompagna cessione del credito e mandato irrevocabile si atteggia diversamente, atteso che, nel secondo caso, tale funzione si realizza in forma empirica e di fatto, come conseguenza della disponibilità del credito verso il terzo e della prevista possibilità che, al momento dell'incasso, il mandatario trattenga le somme rimosse, soddisfacendo così il suo credito. Cassazione civile, sez. I, 03/02/2010, n. 2517, cit.; Cassazione civile, sez. III, 12/12/2003, n. 19054, cit., la quale ricorda che la cessione del credito ed il mandato irrevocabile all'incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie e di garanzia, sono tra di loro incompatibili. Cassazione civile, sez. I, 30/01/2003, n. 1391 in *Giust. civ. Mass.* 2003, 222, sull'effetto di garanzia empirica ed in via di fatto che si accompagna al conferimento di mandato irrevocabile all'incasso. Cassazione civile, sez. I, 05/04/2001, n. 5061 in *Giust. civ. Mass.* 2001, 713, che evidenzia come entrambe le figure si prestino ad assolvere ad una funzione solutoria o di garanzia impropria, la quale, tuttavia, è perseguibile, nelle due ipotesi, con modalità diverse. Mentre nella cessione del credito, la funzione di garanzia si pone come clausola limitativa e risolutoria della cessione stessa una volta che l'entità del riscosso soddisfi l'entità del debito, invece, nel mandato irrevocabile all'incasso, la garanzia si realizza in forma empirica e di fatto come conseguenza della disponibilità del credito verso il terzo in previsione della possibilità solutoria al momento dell'incasso. Si esprime negli stessi termini anche Cassazione civile, sez. I, 23/07/1997, n. 6882 cit.

⁴⁵ Cassazione civile sez. I 03 febbraio 2010 n. 2517, cit.



zione del contratto: questi è tenuto a dare esecuzione al contratto secondo buona fede ed a dare prova della diligenza impiegata nell'esecuzione dell'incarico. Il che comporta che è tenuto anche a dare conto della condotta tenuta in caso di ritardo di pagamento del terzo ⁴⁶.

Le irriducibili diversità tra cessione di credito con funzione di garanzia e mandato irrevocabile all'incasso comportano che, in linea di massima, sia possibile negare la compatibilità tra le due figure. La cessione, quantunque sottoposta a condizione risolutiva, presuppone pur sempre il trasferimento della titolarità del credito, che invece, per le esposte ragioni, è del tutto estranea alla dimensione del mandato, essendo in contrasto con la sua stessa natura giuridica che richiama l'agire per conto altrui, con l'obbligo di retrocedere gli effetti giuridici che si ricollegano agli atti compiuti. Il tipico effetto del mandato è quello di fare assumere al mandatario l'obbligo di compiere atti giuridici per conto del mandante, laddove la facoltà del mandatario di trattenere quanto riscosso è titolata dal patto di compensazione che al mandato medesimo si associa, essendo ad esso sotteso e collegato. In buona sostanza, la distinzione tra mandato irrevocabile all'incasso e cessione del credito deve essere dunque colta sul piano dei diversi effetti che si ricollegano a ciascuno di tali contratti, dal momento che le finalità, solutorie o di garanzia, per loro tramite perseguibili possono coincidere. Deve, altresì, essere colta sul piano della legittimazione attiva alla riscossione, dal momento che in ipotesi di cessione del credito, la titolarità esclusiva a pretendere, in conseguenza dell'effetto traslativo, è solo in capo al cessionario, laddove, per contro, il mandatario riscuote un credito nell'interesse altrui (ma anche proprio) pur senza esserne titolare.

Le considerazioni sul piano della legittimazione nell'ambito del mandato irrevocabile all'incasso inducono ad interrogarsi anche su quali siano le facoltà dispositive del credito riservate al mandante a partire dal momento in cui conferisce il potere di agire per suo conto e sino al momento in cui il mandatario non abbia ottenuto integrale soddisfazione del proprio credito per incasso e soddisfacimento dei pregressi crediti verso il mandante. Ebbene, sino a quel momento, quest'ultimo continuerà ad essere titolare sia della posizione debitoria nei confronti del mandatario, sia della posizione creditoria nei confronti del debitore ⁴⁷. Si assiste, in altri termini, alla compresenza di una duplice legittimazione all'esercizio del diritto di credito, tanto del mandante quanto del mandatario, pur a fronte di un'unica titolarità, in capo al solo mandante, dello stesso.

5. — I problemi più rilevanti che si ricollegano al mandato irrevocabile all'incasso investono la fase esecutiva del rapporto in caso di fallimento del mandante.

Il legislatore della riforma ha, infatti, stabilito, rilevando l'*intuitus personae* rispetto alla sola

⁴⁶ Cassazione civile sez. I 10 luglio 2009 n. 1629 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 7-8, 1083.

⁴⁷ Cassazione civile, sez. I, 05/07/2007, n. 15225 in *Guida al dir.* 2007, 39, 65, secondo la quale il mandante conserva la distinta titolarità delle posizioni di credito e di debito. Si è poi già detto che il mandante, fino al momento in cui il mandatario non abbia riscosso il credito, può addirittura cedere il medesimo credito ad un diverso soggetto. In tal senso, Cassazione civile sez. III 26/03/2003 n. 19054 cit.



persona del mandatario⁴⁸, che il contratto si scioglie solo in caso di fallimento di quest'ultimo (art. 78 co. 2 L.F.)⁴⁹. Per converso, in caso di fallimento del mandante, troverà applicazione la regola generale di cui all'art. 72 L.F. in forza della quale il contratto rimane sospeso e il curatore è legittimato a sciogliersi dal contratto, salvo che non scelga di subentrarvi⁵⁰. Peraltro, nulla osta a che le precipue caratteristiche del contratto di mandato *in rem propriam* si riflettano anche nella dimensione fallimentare, così da rendere applicabile analogicamente il regime di irrevocabilità sancito dall'art. 1723 co. 2 c.c. alla sola ipotesi di fallimento del mandante, con conseguente sopravvivenza del contratto⁵¹. In verità, la principale criticità correlata alla vicenda fallimentare del mandante riguarda il tema degli atti solutori e della relativa efficacia o inefficacia nei confronti della massa. La sopravvivenza del contratto di mandato *in rem propriam* legittima il mandatario a riscuotere, anche dopo il fallimento del mandante, il credito di quest'ultimo. Tuttavia, la conservazione del potere di agire per conto altrui non consente al mandatario di azionare il sottostante patto di compensazione che, come abbiamo visto, è insito e sotteso al conferimento di procura irrevocabile all'incasso. Ciò vuol dire che il mandatario sarà tenuto a retrocedere, in capo al mandante, quanto abbia riscosso per suo conto, atteso che il sopraggiungere della vicenda fallimentare esclude l'operatività della compensazione di cui all'art. 56 L.F., la quale è subordinata alla circostanza che entrambi i fatti genetici delle obbligazioni di cui si chiede la compensazione siano anteriori rispetto all'apertura della procedura fallimentare. In caso di procura irrevocabile all'incasso con credito riscosso dal mandatario successivamente alla dichiarazione di fallimento, il debito restitutorio della banca sorge nei confronti della massa fallimentare al momento stesso della riscossione. Tanto basta per escludere che il mandatario possa trattenere quanto riscosso, opponendo in compensazione il proprio controcredito nei confronti del mandante⁵². Diversamente, in caso di espletamento dell'incarico in data antecedente al fal-

⁴⁸ COSTANZA, *Conto corrente, mandato e commissione in Fallimento e concordato fallimentare* a cura di IORIO, Torino, 2016, pag. 1962 e ss.

⁴⁹ Prima della riforma di cui al D. Lgs. 5/2006, nel testo precedente l'art. 78 L.F. prevedeva l'automatico scioglimento del contratto di mandato sia in caso di fallimento del mandante sia in caso di fallimento del mandatario.

⁵⁰ BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., in particolare pag. 498. Sullo stato di quiescenza del rapporto in caso di fallimento del mandante si veda CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in *Dir. Fall.*, 2006, I, 1166; DIMUNDO, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in SCHIANO DI PEPE, *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 277.

⁵¹ In tal senso, Cassazione civile, sez. I, 16/06/2011, n. 13243 in *Dir. e Giust. online 2011*, 28 luglio. Secondo Cassazione civile, sez. III, 27/08/2014, n. 18316 in *Giust. Civ. Mass.* 2014, in caso di mandato *in rem propriam* che integri una cessione di credito con funzione solutoria il fallimento del creditore cedente preclude la possibilità di chiedere la revoca del mandato per giusta causa ai sensi dell'art. 1723 c.c.

⁵² Cassazione civile, sez. I, 25/09/2017, n. 22277 in *Giust. civ. Mass.* 2017 la quale, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo in cui la compensazione è regolata come nel fallimento, ha ricordato che il meccanismo compensativo tra debiti e crediti vantati dal debitore nei confronti dei propri creditori postula l'antiorità delle obbligazioni rispetto alla procedura concorsuale, specificando, altresì, che l'obbligo del mandatario di restituire al mandante la somma riscossa non sorge al momento del conferimento del mandato, ma soltanto all'atto della riscossione del credito, con la conseguenza che, qualora quest'ultima abbia avuto luogo dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, non sussistono i presupposti per la compensazione. Nello stesso senso, Cassazione civile, sez. I, 07/05/2009, n. 10548 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 5, 737.



limento, la sua sopravvenienza non può travolgere l'effetto compensativo tra il credito vantato nei confronti del mandatario ed il debito restitutorio delle somme incassate, salvi gli effetti della revocatoria fallimentare⁵³.

Sotto un diverso punto di vista, il positivo perfezionamento del meccanismo compensativo relativamente alle operazioni di riscossione perfezionate dal mandatario in data antecedente alla apertura di una procedura concorsuale non esclude che l'effetto acquisitivo in vantaggio del mandatario si traduca nella lesione della *par condicio creditorum* con possibilità di assoggettare l'operazione a revocatoria fallimentare in quanto costituente mezzo anomalo di pagamento. L'attribuzione di un mandato *in rem propriam* all'incasso di crediti nei confronti di un terzo⁵⁴, ove accompagnato dal conferimento della facoltà di utilizzare le somme incassate per l'estinzione, totale o parziale, di un debito verso il mandatario, anche attraverso la compensazione delle rispettive ragioni creditorie, persegue, oltre ad uno scopo di garanzia, soprattutto una funzione solutoria⁵⁵, analoga a quella che si ricollega alla ordinaria cessione del credito con funzione solutoria, risolvendosi nella precostituzione di un sicuro mezzo di pagamento per il mandatario. Trattandosi di un mezzo soddisfattorio diverso dal danaro ed estraneo alle comuni relazioni commerciali, ben potrebbe essere suscettibile di revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 67 co. 1 n. 2 L.F.⁵⁶, se compiuto nel periodo sospetto dell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento⁵⁷.

In ambito fallimentare, il mandato irrevocabile all'incasso subisce insomma trattamento simile a quello riservato alla cessione del credito con funzione solutoria⁵⁸, anch'essa ritenuta revocabile in quanto in grado di titolare mezzo anomalo di pagamento, ai sensi dell'art. 67 co. 1 n. 2 L.F., se la cessione è stata conclusa per estinguere un debito preesistente, scaduto

⁵³ Cassazione civile, sez. I, 19/11/1987, n. 8505 in *Giust. civ. Mass. 1987*, fasc. 11, la quale specifica che il fallimento del mandante non interferisce sul rapporto ormai esauritosi, salvo gli effetti della revocatoria fallimentare ove ne ricorrano i presupposti.

⁵⁴ Cassazione civile, sez. I, 01/07/2008, n. 17955 in *Guida al dir.* 2008, 44, 63, che afferma la natura solutoria del pagamento eseguito dal terzo in caso di operazioni di anticipazione su fatture effettuate dalla banca.

⁵⁵ Secondo Cassazione civile, sez. I, 19/01/2006, n. 1060 in *Giust. civ. Mass. 2006*, I, 79 l'inclusione da parte di una banca nel conto corrente del cliente di somme ad essa rimesse da terzi, per effetto di mandato all'incasso (sia esso o non "*in rem propriam*") conferitole dal cliente medesimo, configura a seconda dell'intento pratico perseguito dalle parti, o un atto ripristinatorio della disponibilità del correntista, ovvero un atto direttamente solutorio delle somme mutate dalla banca al cliente ed addebitate nel conto, con la conseguenza, in questa seconda ipotesi, che, sopravvenuto il fallimento del correntista, quelle rimesse, in quanto atti estintivi di debiti, sono assoggettabili a revocatoria, ai sensi dell'art. 67 comma 2 l. fall.

⁵⁶ Corte appello Bologna, 24/06/1978 in *Giur. comm.* 1980, II, 278 secondo la quale il mandato irrevocabile all'incasso resiste ad una procedura concorsuale a condizione che attribuisca mera legittimazione a riscuotere, restando esclusa dall'esecuzione del mandato ogni funzione solutoria o esecutiva dell'obbligazione del mandante.

⁵⁷ *Ex multis* Tribunale Milano, 14/03/2007 in *Fallimento 2007*, 11, 1376; Tribunale S.Maria Capua V., 06/03/2006 in *Banca borsa tit. cred.* 2009, 2, II, 266, relativa ad un mandato irrevocabile con attribuzione al mandatario della facoltà di utilizzare le somme incassate per l'estinzione, totale o parziale, di crediti che egli, a sua volta, vanta verso il mandante, benché, in ipotesi, non ancora sorti. Cassazione civile, sez. I, 10/11/2005, n. 21823 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 11; Cassazione civile, sez. III, 25/07/1987, n. 6467 in *Giust. civ. Mass.* 1987, fasc. 7.

⁵⁸ Per la assoggettabilità a revocatoria fallimentare di una cessione di credito indirettamente realizzata attraverso il conferimento di mandato all'incasso si veda Corte appello Palermo, 08/03/1991 in *Giur. comm.* 1992, II, 471.

JUS CIVILE



ed esigibile, del fallito verso il cessionario⁵⁹. Si consideri, poi, che nel caso specifico del mandato irrevocabile all'incasso, oltre al mandato, sono autonomamente revocabili anche le singole rimesse effettuate sul conto del fallito prima del fallimento, ovvero i singoli pagamenti ricevuti⁶⁰.

⁵⁹ La cessione del credito con funzione solutoria può essere altresì revocata anche quale atto a titolo oneroso, ai sensi dell'art. 67 co. 2 L.F., qualora il Curatore provi la conoscenza dello stato di insolvenza, se è stata conclusa contestualmente al sorgere del debito del fallito o per un debito sorto successivamente, assumendo, in tale evenienza, una funzione di garanzia. Non è invece assoggettata a revocatoria la cessione stipulata a scopo di garanzia di un credito sorto contestualmente. In tal senso Cassazione civile, sez. I, 10/06/2011, n. 12736 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 7-8, 993. *Contra* Cassazione civile, sez. I, 03/02/2010, n. 2517 cit., secondo la quale la cessione del credito con funzione di garanzia è revocabile ai sensi dell'art. 67 co. 2 L.F. quale atto a titolo oneroso.

⁶⁰ In tal senso Cassazione civile, sez. I, 27/04/2011, n. 9387, cit.; Cassazione civile, sez. I, 03/05/2007, n. 10208 cit. secondo la quale il pagamento che il creditore riceve da un terzo in forza di un mandato irrevocabile all'incasso con funzione di garanzia è un atto autonomamente revocabile indipendentemente dalla revoca del contratto di mandato.



LA PROPRIETÀ EUROPEA

SOMMARIO: 1. *Profili introduttivi.* – 2. *L'evoluzione del diritto europeo della proprietà.* – 3. *L'interpretazione sistematica dell'art.17 della Carta di Nizza. La proprietà come libertà e come diritto fondamentale.* – 4. *La proprietà europea. Le regole di diritto primario.* – 5. *Le regole europee di secondo grado in materia proprietaria.*

1. – L'entrata in vigore l'1 dicembre 2009 del Trattato di Lisbona e segnatamente del rinnovato art. 6 del TUE che ha attribuito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei trattati, comporta – ricorrendo in detta Carta una previsione, l'art. 17¹, espressamente dedicata alla proprietà – la necessità di rinnovare gli studi sull'istituto e comunque di analizzare su nuove basi la proprietà europea. In realtà, anche anteriormente al Trattato di Lisbona, posto che la Carta era stata proclamata a Nizza dalle istituzioni comunitarie già nel 2000 e poi progressivamente utilizzata in misura sempre crescente dalle Corti europee e dalla giurisprudenza costituzionale, era quantomeno opportuno considerarla al fine di ricercare le linee evolutive dell'ordinamento in materia. I residui dubbi in ordine alla necessità di affrontare la tematica proprietaria in primo luogo alla luce dell'art.17 devono comunque ora ritenersi superati stante la sicura operatività della Carta quale diritto primario europeo.

Se, quindi, l'art. 17 della Carta di Nizza rappresenta un dato normativo essenziale per comprendere come si atteggi la proprietà nel diritto europeo, va, peraltro, subito rilevato come tale disposizione di per sé sola non consenta di ridisegnare in tutti i suoi contorni l'istituto proprietario e di comprendere pienamente le scelte di valore emergenti al riguardo nell'ordinamento europeo complessivamente considerato. L'art. 17 contiene, infatti, norme chiamate ad operare in un sistema pluricentrico o multicentrico, dove convivono disposizioni primarie e secondarie di diritto europeo e previsioni primarie e secondarie di diritto nazionale, cosicché la sua reale portata e la sua stessa capacità di influenzare il diritto interno sono destinate ad emergere nel quadro di un processo di integrazione tra le fonti, nel rispetto di modalità e percorsi interpretativi coerenti.

¹ Può essere utile ricordare il disposto dell'art.17: "Diritto di proprietà. – 1. Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta."



Riservando al prosieguo, essenzialmente al par. 3, l'esame di tale questione, occorre piuttosto e da subito notare come l'art. 17, quale disposizione da ultimo emanata in materia, colori di nuova luce e imponga rinnovate valutazioni in ordine al processo storico di formazione e sviluppo del diritto europeo della proprietà, avuto riguardo al suo rapporto sia con le altre disposizioni europee primarie vigenti, sia con i diritti nazionali costituzionali della proprietà.

2. – Anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 17, nei trattati non erano presenti espressi riferimenti normativi alla proprietà. Il diritto primario europeo non conteneva né una definizione dell'istituto né l'elencazione dei suoi modi di acquisto; né si occupava, più in generale, di tutti quei profili rinvenibili ordinariamente nei codici e nelle legislazioni civilistiche. L'unica disposizione dedicata alla materia (sin dalla originaria formulazione dei trattati) era quella contenuta nell'attuale art. 345 TFUE (ex art. 295 TCE, in precedenza art. 222), secondo il quale “ I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri” . Sembrava, quindi, che il diritto comunitario intendesse disinteressarsi del regime della proprietà e lasciare che l'istituto fosse per intero ed autonomamente regolato dagli ordinamenti degli Stati membri, ciascuno al suo interno.

Non era difficile comprendere le ragioni di un tale atteggiamento. Un istituto, quale quello della proprietà, assolutamente centrale (insieme al contratto) nell'esperienza giusciviltistica dell'età moderna², non può essere disciplinato *ex novo* o comunque in modo organico a livello europeo attraverso un trattato internazionale in presenza di modi (alquanto) diversi di concepire la materia nell'ambito dei singoli Paesi. Perché un istituto di grande rilievo, come la proprietà, possa presentare una normativa europea unitaria è, in linea di principio, necessario che si realizzi preventivamente nella cultura giuridica dei vari Paesi un comune sentire, un modo se non identico, almeno compatibile di concepire l'istituto, considerato sul piano della tecnica legislativa.

Le regole del diritto privato europeo non si formano, infatti, sulla base di valutazioni aprioristiche o astoriche operate dalle istituzioni; ed anzi non possono non risentire delle esigenze della società europea e dei modi in cui le materie sono regolate nei vari ordinamenti nazionali. È sufficiente al riguardo ricordare le note differenze esistenti tra i sistemi, prevalenti nell'area europea, di *common law* e di *civil law* e, così, tra il diritto inglese e quello italiano. Il grande capitolo delle forme giuridiche predisposte per la ripartizione delle utilità fornite dalle cose è affrontato in un'ottica diversa dai due ordinamenti e cioè attraverso un insieme di istituti aventi ciascuno una peculiare tradizione e quindi portata e significato particolari. Lo stesso termine *property* non corrisponde a quello di proprietà, che va tradotto soprattutto con *ownership* e presenta, a seconda del contesto nel quale viene utilizzato, diversi significati. Nel *common law* il termine *proper-*

² Per tutti, vedi A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato Cicu-Messineo– Mengoni*, VII, 2, Milano, 1995; U. Mattei, *I diritti reali. La proprietà*, Torino, 2001.

JUS CIVILE



ties non identifica nemmeno i diritti reali bensì qualcosa di molto più ampio, perché rientrano nel concetto molti rapporti che in diritto italiano sono parte della materia delle obbligazioni; e si distingue, così, una *real property*, assistita da un'azione recuperatoria e una *personal property* alla quale è ricollegata solo un'azione di risarcimento del danno³. In genere i requisiti previsti dal *common law* per la configurazione di un diritto reale sono più elastici di quanto lo siano nei sistemi di *civil law*: non si richiede, infatti, necessariamente che ricorra un solo titolare (il proprietario) dei poteri esercitabili sulla cosa, piuttosto ricorre un fascio di poteri infinitamente divisibile tra diverse persone, ciascuna delle quali è titolare di un diritto avente natura proprietaria, come ad esempio il *lease*, il *life interest*, l'*easement*.

Pur senza esasperare o sottolineare le diversità, essendo vari e notevoli i punti di contatto del *common law* con la tradizione dei paesi di *civil law*, sembra chiaro che proprio l'assenza di una cultura giuridica uniforme ha reso impossibile, al tempo dell'approvazione dei trattati, e rende comunque difficile anche oggi, l'emanazione di una organica normativa europea sulla proprietà, su un istituto cioè che in quanto categoria ordinante del diritto privato, richiede il massimo grado di precisione dal punto di vista tecnico⁴.

Invero, negli ultimi decenni si è assistito ad un processo di forte integrazione in numerose aree del diritto privato europeo e si sono andati formando principi, categorie e metodi nuovi, propri del diritto comunitario, anche non pienamente corrispondenti alle singole tradizioni giuridiche nazionali. In materia proprietaria, però, stante le oggettive difficoltà ora ricordate e assunta forse la limitata utilità di una normativa europea unitaria avuto riguardo agli obiettivi che in campo economico l'Unione europea si prefigge, non si sono realizzate (né si preannunciano prossime) forme importanti e complessive di integrazione tra gli ordinamenti nazionali in materia.

L'inesistenza nei trattati e nelle fonti ad essi equiparate (almeno sino alla fine del 2009) di disposizioni contenenti una disciplina della proprietà non doveva però, di per sé, far ritenere che il diritto privato europeo non potesse contenere specifiche previsioni concernenti aspetti della materia e, soprattutto, non significava che dall'intero ordinamento non potessero trarsi indicazioni o linee di tendenza.

Al riguardo, va rilevato che non va accolta una lettura di tipo esegetico-formale dell'art. 345, dovendosi piuttosto inquadrare la disposizione nel sistema. Si è così correttamente notato che tale norma va interpretata alla luce del principio generale di sussidiarietà, nel senso che le istituzioni sono autorizzate comunque ad intervenire e quindi a legiferare quando dati obiettivi da perseguire possono essere meglio realizzati a livello europeo piuttosto che a livello nazionale⁵. E poiché tali obiettivi consistono, ai sensi dell'art.3 TUE, tra l'altro, in uno "sviluppo sostenibi-

³ A.Candian-A. Gambaro-B. Pozzo, Property. Propriété. Eigentum. *Corso di diritto privato comparato*, Padova, 1992, 18.

⁴ A. Gambaro, *Gli interventi della CE in tema di multiproprietà e i limiti della legislazione*, in *Diritto privato comunitario. Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, a cura di V. Rizzo, I, Napoli, 1997, 267.

⁵ A. Gambaro, *Gli interventi della CE in tema di multiproprietà e i limiti della legislazione*, cit., 266 ss.



le”, in “un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente”, nell’ambito “di un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”, non si vede come il loro perseguimento mediante politiche (e relative legislazioni) in materia di moneta, beni culturali, commercio, libera circolazione, trasporti, agricoltura, concorrenza, beni immateriali, ambiente, salute, consumatori, impresa, strumenti finanziari e così via, non possa non realizzare una significativa incidenza da parte del diritto europeo in materia proprietaria.

L’art. 345 contiene, quindi, a ben guardare, una regola che, isolatamente considerata, era forse attuale e significativa al tempo in cui fu redatta, ormai oltre mezzo secolo addietro; ma assumere, oggi, che le norme comunitarie vigenti non riguardino, direttamente o indirettamente, l’istituto della proprietà e non siano destinate a incidere sul regime della proprietà operante all’interno dei vari ordinamenti nazionali, costituirebbe un’affermazione del tutto avulsa dai processi storici e dagli sviluppi del diritto privato europeo. La disposizione deve, quindi, essere intesa nel senso che la materia rimane nella competenza esclusiva degli Stati solo se non ricorrono finalità comunitarie che impongono l’adozione in dati settori di normative europee della proprietà⁶.

D’altra parte anche la Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare che l’art. 295 TCE, ora 345 TFUE, non preclude l’adozione di norme europee direttamente o indirettamente incidenti su materie proprietarie ogni volta che il perseguimento di obiettivi apicali dell’Unione lo imponga. Ed anzi ha sancito che non possono ricorrere discipline nazionali in tema di proprietà che contrastino con principi fondamentali del diritto europeo (e, così, ad esempio, col principio di non discriminazione in base alla nazionalità: sentenza Fearon, 6 novembre 1984, C 182/83). Ha, inoltre, a partire dagli anni 80 (sentenza Hauer, 13 dicembre 1979, C 44/79), elaborato in materia alcune regole affermando che la proprietà, tutelata avuto riguardo alla sua funzione sociale, può essere limitata in vista del perseguimento di un interesse generale e però nel rispetto del canone di proporzionalità e purché non sia lesa la sostanza del diritto.

In presenza di siffatti orientamenti, soprattutto nell’ultimo ventennio sono stati emanati in settori in senso ampio di rilievo proprietario (essenzialmente quelli sopra ricordati), regolamenti e direttive per vari profili incidenti su aspetti dell’istituto. Sono, così, andati formandosi numerosi statuti proprietari di diritto europeo, non solo in materie classicamente di tipo proprietario (si pensi alla proprietà dei beni di consumo o a quella agraria), ma anche e significativamente in nuovi e complessi ambiti (il riferimento è alla proprietà dei beni immateriali, oppure a quella dei beni culturali o ancora alla proprietà degli strumenti finanziari).

Il quadro risulta, infine, ulteriormente complicato se si ha anche riguardo agli orientamenti della Corte europea dei diritti dell’uomo, che, pur non integrando in senso proprio diritto comunitario/europeo, specie con riferimento ad alcuni profili (ad esempio l’indennità di espropriazione), hanno contribuito in modo significativo alla formazione e al consolidamento di una giurisprudenza europea sulla proprietà.

⁶ M. Trimarchi, *Proprietà e diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 711.



Nel complesso, si può dunque rilevare che si è ormai messo in moto e sviluppato un processo evolutivo della materia che muove “dal basso”, dai problemi di interesse dei consociati, processo che lentamente ma significativamente ha determinato in numerosi campi del diritto proprietario quanto meno un parziale avvicinamento degli ordinamenti nazionali e talora anche un’unificazione legislativa.

La presenza di questa ampia normativa e di una altrettanto significativa giurisprudenza non ha, peraltro, comportato in nessun modo che si sia formato un diritto europeo della proprietà dotato di quei caratteri (organicità, completezza e sistematicità) propri dei diritti interni, mancando, così, ad esempio, in ambito europeo una qualsiasi disciplina con portata generale dei modi di acquisto, delle modalità di godimento oppure delle forme di tutela del diritto. Ed anzi va rilevato come, a differenza che in altre materie ed in specie in quella del contratto, non è dato rinvenire segnali di un’organica unificazione legislativa o progetti destinati in tempi ragionevoli ad essere presi in considerazione dal legislatore europeo.

Al riguardo, va, invero, segnalato che il *Draft of Common Frame of Reference* (DCFR), nell’ultima edizione, quella del 2009, contiene nei libri VIII e IX una articolata proposta di regolamentazione delle materie, rispettivamente, dell’acquisto e della perdita della proprietà dei beni e dei diritti di garanzia sui beni mobili, ma occorre parimenti notare che trattasi di un progetto non solo recente e quindi ancora non oggetto di adeguata elaborazione, ma soprattutto concernente solo le forme tradizionali di proprietà, essenzialmente quella avente ad oggetto beni mobili. È stato, in altri termini, redatto un progetto, certamente significativo nella misura in cui prospetta la necessità di avviare una riflessione anche sulla normazione europea della proprietà, ma di per sé ancora incompleto, inadeguato rispetto alle nuove tematiche che l’istituto impone di affrontare e quindi destinato con tutta probabilità a non tradursi in diritto vigente.

Il dato, quindi, più significativo è quello costituito dall’esistenza di un insieme, di una rete di disposizioni normative e di orientamenti giurisprudenziali, ormai ampi e consolidati, concernenti svariate questioni e tematiche proprietarie, anche di primaria rilevanza. Tale complessità impone, allora, all’interprete di operare con metodo sistematico per condurre una analisi della struttura e della funzione dell’istituto proprietario nella dimensione precipuamente europea, prescindendo dalle normative e dalle relative concezioni prospettate in relazione ad un dato ordinamento nazionale⁷.

Da ultimo, come si è già accennato, l’ordinamento si è arricchito di un dato nuovo e di grande rilevanza, quale è quello costituito dall’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali della persona; disposizione questa, a differenza di tutte le altre operanti in materia in ambito europeo, con portata generale e definitiva, espressione di una logica sinora ignota al diritto europeo della proprietà, quella delle indicazioni delle scelte primarie di valore. La sua stessa presenza – prescindendo adesso dal modo in cui deve essere interpretata – testimonia lo sviluppo, in questi ultimi anni, anche in materia di proprietà, di quel comune sentire europeo, la cui ricorrenza è es-

⁷ M. Trimarchi, *op. cit.*, 712.



senziale per l'elaborazione e l'emanazione di una normativa comune. Sentire comune che si è, però, tradotto –giova ribadirlo – non tanto nella produzione legislativa di una disciplina organica della proprietà (ancor oggi praticamente assente), quanto piuttosto di un “minimo comune denominatore” dell'istituto, e cioè di alcune importanti disposizioni di principio sulle quali la società europea e il suo legislatore si sono riconosciuti.

3. – Il valore e il significato delle previsioni contenute nell'art. 17 della Carta sono strettamente connessi al ruolo che tale documento, nel suo complesso, ricopre nell'ambito delle fonti del diritto europeo⁸.

Considerato che, dopo il trattato di Lisbona, la Carta di Nizza integra a tutti gli effetti diritto primario, l'art. 17 non può non rappresentare la disposizione fondamentale dalla quale avviare l'analisi del diritto europeo della proprietà. Va, peraltro, subito avvertito che la sua interpretazione, trattandosi di una previsione sotto vari profili nuova in ambito europeo, va condotta con la dovuta cautela, evitando di attribuirle significati eccessivi o particolari, fondati su una mera esegesi della disposizione ed estranei al contesto socio-giuridico. L'art. 17, in altri termini, non può essere compreso nella sua reale portata se non procedendo con metodo sistematico e quindi alla luce delle disposizioni generali e cioè dei criteri interpretativi dettati dalla stessa Carta e comunque in modo da renderlo compatibile con i principi del diritto europeo⁹.

E, così, in primo luogo è importante definire l'ambito di applicazione della disposizione, che ai sensi dell'art. 51 della Carta, è quello del diritto dell'Unione europea, nel rispetto del principio di sussidiarietà; cosicché le previsioni contenute nell'art. 17 non riguardano, alla luce del criterio di competenza, materie di specifica rilevanza interna.

Il riferimento è, poi, all'art. 52.3 che, con tipica disposizione di coordinamento, chiarisce che laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ogni disposizione (l'art. 17 nella specie) va interpretata in modo che conferisca diritti con significato e portata almeno uguali a quelli previsti dalla Convenzione suddetta (con riferimento alla materia proprietaria, in particolare, dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale¹⁰).

⁸ Sulla Carta di Nizza vedi A. Manzella – P. Melograni – P. Paciotti – S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001; L. Ferrari Bravo – F.M. di Majo – A. Rizzo, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001.

⁹ V. U. Breccia, *Beni immobili e mobilità del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2009, 199 ss..

¹⁰ Può essere utile ricordare il testo della disposizione: “Protezione della proprietà. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende”.



In realtà, l'art.1 e l'art.17 non coincidono ed anzi presentano più di una significativa differenza¹¹. Così, ad es., l'art. 17 contiene l'esplicita previsione della tutela della proprietà intellettuale, assente nell'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU; oppure quest'ultimo prevede un (generico) diritto al rispetto dei beni, mentre la Carta di Nizza (più incisivamente e ampiamente) afferma l'esistenza di un diritto di godere della proprietà dei beni legalmente acquisiti, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità; o ancora in tema di espropriazione l'art. 17 dispone il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della proprietà, mentre sul punto la CEDU non contiene alcuna esplicita previsione.

Al di là, però, dei punti di contatto e delle discordanze esistenti tra le due disposizioni, occorre evidenziare come la funzione di coordinamento svolta dall'art. 52.3 non può che tradursi nell'accordare una precisa rilevanza in sede di interpretazione dell'art. 17 agli orientamenti giurisprudenziali formatisi attraverso le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, da tempo impegnata nell'elaborazione di principi e regole in materia proprietaria¹²; tali orientamenti vanno, però, tenendo anche conto dell'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (su cui *infra* par. 4 lett. c), attentamente vagliati al fine di verificare la loro piena compatibilità col diritto primario europeo e interno.

Un altro significativo richiamo, essenziale per inquadrare nel sistema del diritto europeo l'art. 17, è quello contenuto nell'art. 53 in base al quale l'interpretazione delle norme della Carta deve essere condotta in modo da non limitare o ledere i diritti e le libertà riconosciute dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle Convenzioni internazionali delle quali l'Unione europea o tutti gli Stati membri sono parti ed anche dalle Costituzioni degli Stati membri¹³.

Il riferimento diretto alle Carte costituzionali e non più o soltanto alle tradizioni costituzionali comuni, se da un lato favorisce opportune forme di collegamento tra le norme primarie europee e quelle nazionali, dall'altro si presenta particolarmente delicato in quanto potrebbe consentire un'interpretazione dell'art. 17 per qualche aspetto specifica del singolo ordinamento e, di conseguenza, non unitaria a livello comunitario. Adottando siffatta impostazione verrebbe confermato che, come ha avuto modo di evidenziare in altra materia la Corte europea di giustizia (Ceg 14 ottobre 2004 C 36/02), nulla esclude che valori e principi quadro europei possano poi essere sentiti in modo parzialmente diverso nelle varie realtà nazionali e quindi vissuti attraverso interpretazioni risultanti dalla combinazione del dato comunitario e di quello nazionale¹⁴.

¹¹ M. Comba, *I diritti civili. Verso una nuova funzione della proprietà privata*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, a cura di G. Zagrebelsky, Roma-Bari, 2003, 160, 166 ss.

¹² Sul tema, per tutti, v. F. Bilancia, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002; M.L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2003; F. Buonomo, *Tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005.

¹³ G. Vettori, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 681.

¹⁴ S. Rodotà, *Il progetto della Carta Europea e l'art. 42 Cost.*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, a cura di M. Compoti, Milano, 2005, 162.



Infine, il dato maggiormente significativo, assolutamente centrale per una corretta interpretazione della norma in esame, è quello testualmente ricavabile dall'art. 54 della Carta, sul divieto dell'abuso del diritto, in base al quale nessuna disposizione, e quindi neanche l'art. 17, deve essere intesa in modo da comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella Carta medesima o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle ivi previste. E così, in materia di proprietà, la previsione in esame non può essere intesa puramente e semplicemente nel senso che attribuisce al titolare del diritto il potere assoluto di godere, di disporre e di lasciare in eredità i beni che ha acquistato legalmente, in quanto operando in siffatto modo non si tengono nel debito conto le possibili conseguenze dell'esercizio di quel potere in termini di lesione di altri diritti e libertà ugualmente tutelati. Il che, poi, equivale sostanzialmente ad affermare che l'interpretazione dell'art. 17 deve essere condotta in modo da armonizzarla con le altre previsioni contenute nella Carta, nel contesto di un insieme di disposizioni che vede i valori della persona umana quale dato di riferimento e di coesione.

Definiti, così, i criteri da adottare per l'interpretazione dell'art. 17, è poi anche importante rilevare che la previsione trova collocazione nel titolo secondo della Carta rubricato «libertà», dedicato alla tutela di valori, interessi e diritti aventi prevalentemente natura personale quali, tra gli altri, il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto a costituire una famiglia, la libertà di pensiero, la libertà di religione, la libertà di espressione, la libertà di associazione, il diritto all'istruzione, il diritto al lavoro. La proprietà, in altri termini, a differenza di quanto accade nella Costituzione italiana, è prevista nel diritto europeo tra le libertà garantite, senza distinguere in ordine alla natura o alla pregnanza dei diritti considerati nell'ambito di quel titolo.

La collocazione della disposizione sulla proprietà insieme a quelle tradizionalmente regolatrici dei diritti civili ha suscitato, da più parti in dottrina, giudizi perplessi e ampie riserve¹⁵. In particolare dubbi vengono avanzati con riferimento al collegamento tra proprietà e libertà¹⁶; e si rileva che la disposizione riflette un'idea ottocentesca della proprietà, in contrasto con l'art. 42 della Costituzione e con una moderna concezione sociale dell'istituto¹⁷.

Ora, indubbiamente, l'inquadramento della disposizione tra quelle regolatrici le libertà apre prospettive diverse da quelle tradizionali, soprattutto in sede di sistemazione teorica del diritto di proprietà; la collocazione di una norma non è mai un'operazione meramente meccanica e senza significato e probabilmente imporrà una nuova classificazione dei diritti e delle libertà di tipo essenzialmente unitario alla luce del canone di indivisibilità, senza quindi attribuire rango normativo inferiore ad un dato gruppo di diritti (quelli sociali) rispetto agli altri¹⁸.

¹⁵ C. Salvi, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv.crit.dir.priv.* 2009, 409 ss.

¹⁶ P. Rescigno, *Conclusioni*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 180 ss.

¹⁷ F. Lucarelli, *Il diritto di proprietà. Valori costituzionali e valori condivisibili alla luce dei Trattati europei*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 28 ss.

¹⁸ S. Rodotà, *Il progetto della Carta Europea e l'art. 42 Cost.*, cit., 160.



Al di là dell'opportunità di operare siffatta ricatalogazione, è, comunque, essenziale rilevare come l'art. 17 non contiene né prospetta l'equazione proprietà-libertà; la disposizione, in altri termini, non afferma che la proprietà è libertà assoluta di godere e di disporre né configura la proprietà come un diritto naturale o innato¹⁹.

Se la disposizione si interpretasse in tal senso si perverrebbe ad un risultato oltretutto al di fuori ed in contrasto con qualsiasi realtà sociale e giuridica: molto più semplicemente, senza operare forzature ideologiche, adottando una prospettiva pragmatica e analitica si può sostenere che la norma in esame intende la proprietà come potere (diritto, libertà) da parte di un soggetto di porre in essere dei comportamenti relativamente a beni e cioè rispetto a cose (entità materiali o immateriali) qualificate come beni e quindi avuto riguardo alle utilità tutelate e consentite dall'ordinamento²⁰.

Ed ancora: l'art. 17 attribuisce e garantisce senza dubbio la libertà di scelta da parte del titolare del diritto, ma questa libertà non può mai configurarsi come arbitrio o potere incondizionato per la semplice ragione che è sempre la legge a definire le modalità di esercizio e a riempire di contenuto, in modo diverso da settore a settore, il diritto di proprietà.

Una seconda questione, peraltro strettamente connessa a quella sin qui esaminata, concerne la qualificazione della proprietà come diritto fondamentale. L'art. 17 contiene, infatti, delle regole in materia di proprietà all'interno di una Carta di disposizioni espressamente e testualmente dedicate ai diritti fondamentali della persona.

Al riguardo sembra potersi affermare che il problema va inquadrato, tenuto conto dell'evoluzione dell'ordinamento e delle formule ridondanti sempre più spesso adoperate dal legislatore al riguardo, nell'ambito di un processo di «fondamentalizzazione» dei diritti soggettivi, in forza del quale si è assistito ad una generalizzazione nell'uso del termine etichettando in tal modo un numero sempre maggiore di situazioni giuridiche soggettive²¹.

In dottrina si rileva che lo spostamento del diritto di proprietà dai diritti economico-sociali ai diritti civili è del tutto improprio ed antistorico in quanto i diritti fondamentali dell'uomo sono solo quelli di natura personale e non già quelli di natura patrimoniale²². In realtà l'ampliamento della categoria dei diritti fondamentali, giustificata da un punto di vista politico o di principio alla luce dello sforzo che si conduce per assicurare una migliore tutela degli interessi e dei valori della persona, ha inevitabilmente comportato un parziale annacquamento della stessa categoria, il cui significato e la cui portata tendono a stemperarsi e a divenire più generici e indeterminati²³.

Operate queste essenziali precisazioni e alla luce delle indicazioni sinora emerse, si dirà allo-

¹⁹ S. Rodotà, *Il progetto della Carta Europea e l'art. 42 Cost.*, cit., 165.

²⁰ M. Costantino, *Il diritto di proprietà tra diritto comunitario e diritto interno*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 84 ss.

²¹ S. Rodotà, *Diritto, diritti, globalizzazione*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2000, 772 ss.

²² M. Comporti, *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 5.

²³ M. Trimarchi, *La proprietà nella Costituzione europea*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, a cura di G. Iudica-G. Alpa, Napoli, 2006, 277.

JUS CIVILE



ra che la proprietà, nel suo vario articolarsi, è diritto fondamentale nel senso di diritto previsto e tutelato da una norma primaria e perciò idoneo a concorrere nel definire l'insieme dei valori e dei principi sui quali si basa l'ordinamento europeo.

4. – Qualsiasi discorso sulla proprietà europea non può prescindere dalle previsioni contenute nell'art. 17. Deve, però, al tempo stesso, tener conto di svariati altri dati di diritto primario e così dei principi contenuti nei trattati, della giurisprudenza della Corte di giustizia, delle tradizioni costituzionali comuni, nonché delle indicazioni provenienti dalle costituzioni nazionali e dalla giurisprudenza della CEDU. Solo da una considerazione complessiva di questo materiale normativo è possibile cogliere la reale portata dell'istituto e tentare di individuare almeno gli aspetti essenziali della dimensione europea della proprietà, in modo coerente ai valori fondamentali dell'ordinamento.

Le questioni principali da affrontare sono quelle rispettivamente concernenti l'oggetto del diritto, il suo contenuto e la sua privazione.

a) In relazione alla prima tematica va notato che l'orientamento del legislatore europeo è quello di prospettare una concezione «ampia» di proprietà. Il termine viene, cioè, utilizzato per riferirsi non soltanto alle cose materiali ma anche ad altre entità o porzioni della realtà, di tipo immateriale, in grado di fornire utilità e ciò nell'ambito della tendenza ad allargare l'uso della tecnica proprietaria, quale strumento ordinante in svariati campi.

Sicuramente significativa in materia è la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, pur con le dovute cautele, può essere proficuamente utilizzata. La Corte di Strasburgo in numerose pronunce ha, infatti, esteso l'operatività e la tutela prevista dall'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla CEDU a materie ulteriori rispetto a quelle tradizionalmente oggetto di proprietà²⁴ ed ha parificato il concetto di «bene» a quello di «proprietà» (Cedu 19 ottobre 2000 caso *Ambruosi c. Italia*; Cedu 5 gennaio 2000 caso *Beyeler c. Italia*; Cedu 3 luglio 2003 caso *Buffalo s.r.l. c. Italia*), riconoscendo così la protezione prevista dalla CEDU, oltre che alle cose corporali, anche a quelle incorporali, ai diritti di credito, ai brevetti e all'avviamento commerciale.

L'accoglimento a livello europeo di un'idea «ampia» di proprietà appare del tutto in linea con la tesi della pluralità degli statuti proprietari, ed anzi ne è una sua chiara conferma nella misura in cui il moltiplicarsi degli oggetti della proprietà comporta inevitabilmente la nascita di nuovi interessi giuridicamente rilevanti e di nuove modalità di tutela che poi si traducono in discipline differenziate, con profili caratterizzanti propri di ciascuna di esse.

Assunta l'operatività di siffatto orientamento giurisprudenziale, va rilevato che il problema dell'estensione del modo di concepire l'istituto va approfondito al fine di definire le entità alle quali si fa riferimento come possibile oggetto del diritto. Il rischio, infatti, è quello di stempera-

²⁴ F. Buonomo, *op. cit.*, 60 ss.

JUS CIVILE



re o diluire troppo il concetto e di non riuscire più a caratterizzarlo nell'ambito del complesso delle situazioni giuridiche predisposte per definire i problemi dell'assegnazione, della ripartizione e della gestione delle risorse. Attribuendo, in altri termini, un significato particolarmente esteso, quanto al suo oggetto, alla parola proprietà, si finisce per riferirla ad entità o realtà estremamente eterogenee, e così essenzialmente a tutti i cosiddetti nuovi beni o addirittura alle *new properties*²⁵.

Sembra di poter affermare che se l'oggetto della proprietà europea non è di certo costituito dalle sole cose materiali, per altro verso non è nemmeno rinvenibile in qualsiasi entità o realtà punto di riferimento di una appartenenza o di un godimento. L'indicazione è nel senso che bisogna accogliere un significato del termine proprietà sicuramente comprensivo della proprietà intellettuale e, quindi, più largo di quello tradizionale e però non è dato con sufficiente certezza fissare i confini del concetto. È verosimile che le disposizioni europee e lo stesso art. 17 debbano essere interpretate nel senso di fare riferimento sicuramente alle cose materiali ed inoltre a tutte quelle ad esse assimilabili, e cioè a quelle cui è estensibile lo strumentario proprietario²⁶.

b) In ordine, poi, al problema centrale costituito dall'individuazione del contenuto del diritto, va evidenziato che l'art. 17 delinea la struttura della situazione proprietaria quale diritto (e quindi potere) di godere, usare, disporre e lasciare in eredità beni. Si tratta di una formula che si colloca nell'alveo della tradizione, attenta a ribadire solennemente che la proprietà è l'istituto attraverso il quale in via prioritaria l'ordinamento garantisce ai soggetti i poteri di godimento e di disposizione sui beni.

Una breve riflessione va dedicata alla presenza nella previsione in esame del diritto di «lasciare in eredità» i beni di cui si è proprietari. Si tratta di disposizione di diritto successorio destinata almeno potenzialmente ad incidere in profondità sull'attuale assetto dei criteri deputati dall'ordinamento italiano a presiedere alla ripartizione del patrimonio ereditario. Infatti, né la norma in esame né altre norme del diritto primario europeo fanno riferimento alla necessità di riservare parte dell'eredità ai familiari del *de cuius* o ad altre persone fisiche o a enti collettivi privati o pubblici, cosicché, tranne che la limitazione all'uso dei beni consentita dalla legge nell'interesse generale prevista dall'art. 17 debba intendersi riferibile anche al potere di lasciare in eredità i propri beni, il proprietario potrebbe disporre liberamente del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere.

La ricorrenza di una formula di stampo codicistico, modellata secondo logiche tradizionali e centrata sull'affermazione dei poteri del proprietario potrebbe indurre l'interprete a ritenere che la norma in esame accolga una concezione individualistica e ottocentesca della proprie-

²⁵ A. Gambaro, *Dalla new property alle new properties (Itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali)*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del Prof. Angelo Falzea*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, 675 ss., specie 687 ss.; U. Mattei, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enc.dir. Annali*, V, Milano, 2012, 1117 ss.

²⁶ M. Trimarchi, *La proprietà nella Costituzione europea*, cit., 280 ss.

JUS CIVILE



tà²⁷. In realtà alle parole utilizzate dal legislatore europeo non vanno attribuiti tali significati, mirabolanti e ulteriori rispetto al dato secondo cui chi acquista legalmente un bene può goderne e disporne in quanto proprietario. In particolare, dalla norma in esame non può ricavarsi che il proprietario è assolutamente libero di godere e di disporre nel modo in cui ritiene più opportuno del suo bene, né tanto meno che la proprietà è proclamata diritto innato o naturale, non soggetto a limiti e condizioni.

È stato piuttosto rilevato che l'art. 17, inquadrato all'interno del sistema del diritto europeo, alla luce dei principi sanciti dai trattati, prospetti e accolga una concezione personalistica della proprietà, una concezione, cioè, nella quale i valori fondamentali della persona umana, assunti quali valori di vertice dall'ordinamento europeo, fondano al tempo stesso la ragion d'essere dell'istituto e la giustificazione dei suoi contenuti²⁸: la ragion d'essere dell'istituto, in quanto la proprietà è assunta (insieme ad altri) quale strumento tecnico per rendere concrete le condizioni economiche necessarie per consentire uno sviluppo della persona e dei suoi valori; la giustificazione dei suoi contenuti, perché i poteri del proprietario non possono espandersi o esercitarsi in modo tale da ledere diritti e valori di singoli, gruppi o dell'intera collettività, quali, ad es., la tutela dell'ambiente, della salute, del lavoro, dell'abitazione o di libertà fondamentali.

In realtà, il diritto europeo non è attento soltanto alla tutela di interessi di tipo economico-patrimoniale bensì mira a realizzare anche prevalenti valori di tipo personalistico. In quest'ottica la proprietà europea non può che essere riconosciuta e regolata in funzione degli scopi perseguiti dall'Unione europea e dei valori su cui essa è fondata.

Nei trattati in atto vigenti, gli artt. 1, 2, 3 e 6 del TUE e 2, 3 e 4 del TFUE delineano, in modo significativo, un ordinamento basato in campo economico-sociale sul principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, ma al tempo stesso proteso al conseguimento di obiettivi solidaristici, quali la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, dell'occupazione, della protezione sociale, dell'ambiente, della cultura, del tenore e della qualità della vita.

Ora, la proprietà deve collocarsi ed il relativo concetto essere ricostruito all'interno e in modo compatibile con questo quadro di valori e le disposizioni che la disciplinano devono essere interpretate coerentemente, al fine di favorire la realizzazione di tali obiettivi. La proprietà privata viene, quindi, tutelata dal diritto europeo e, segnatamente, dall'art. 17 quale strumento o tecnica giuridica di attribuzione e gestione delle risorse, funzionale al conseguimento di una pluralità di scopi, riassumibili in quello della promozione e realizzazione dei valori della persona umana²⁹.

Un'interpretazione personalistica della norma in esame, che giustifichi ed anzi assuma quali coessenziali al diritto le modalità del godimento stabilite dalla legge in funzione della realizza-

²⁷ M. Comporti, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.* 2008, I, 189 ss.; L. Nivarra, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europa dir. priv.* 2011, 575 ss.

²⁸ S. Rodotà, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 25 ss.

²⁹ M. Trimarchi, *Proprietà e diritto europeo*, cit., 718 ss.



zione degli scopi dianzi ricordati, risulta oltretutto pienamente compatibile con la dizione della terza parte del primo comma dell'art. 17 secondo cui «l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».

Tale formula riprende gli orientamenti giurisprudenziali sia della Corte di Giustizia, che in più occasioni, come si è già rilevato, ha avuto modo di ribadire che la proprietà non gode di una protezione assoluta e può essere limitata in funzione del perseguimento di interessi generali (da ultimo nella sentenza 16 novembre 2011 n.548), sia della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale l'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU contiene tre norme distinte: la prima, espressa nella prima frase del primo comma, riveste un carattere generale ed enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, che figura nella seconda frase dello stesso comma, concerne la privazione della proprietà e la sottomette a determinate condizioni; quanto alla terza, contenuta nel secondo comma, riconosce agli Stati contraenti il potere, tra l'altro, di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale. Non si tratta di regole sprovviste di rapporto tra loro; la seconda e la terza, che integrano ipotesi particolari di violazione del diritto di proprietà, devono interpretarsi alla luce del principio consacrato nella prima (Cedu 21 febbraio 1986 caso *James e altri c. Regno Unito*, che riprende il ragionamento già avviato da Cedu 23 settembre 1982 caso *Sporrong e Lonnroth c. Svezia*, e successivamente ribadito in Cedu 9 dicembre 1994 caso *I Santi Monasteri c. Grecia*, Cedu 25 marzo 1999 caso *Iatridis c. Grecia*, Cedu 5 gennaio 2000 caso *Beyeler c. Italia*, Cedu 2 agosto 2001 caso *Elia s.r.l. c. Italia*).

I poteri del proprietario garantiti dalla norma primaria europea non sono, quindi, determinabili *a priori* rispetto alla regolamentazione del godimento operata dalla legge. Tra tutte le utilità che astrattamente o naturalisticamente una cosa è in grado di fornire, la legge può selezionare e quindi regolare l'uso della cosa, e cioè consentire o autorizzare date modalità di godimento, favorirne altre o vietarne altre ancora.

Si conferma perciò che la proprietà è potere di godimento regolato dalla legge.

Alla luce di queste considerazioni un'interpretazione del primo comma dell'art. 17 che si faccia suggestionare dal tenore tradizionale della formula e si orienti verso un'impostazione meramente individualistica, non appare convincente ed anzi si pone in contrasto con l'utilizzo del canone sistematico che deve guidare il lavoro del giurista affinché non pervenga a soluzioni arbitrarie o di parte. Il diritto primario europeo, letto anche alla luce delle tradizioni costituzionali comuni, orientate verso una concezione sociale della proprietà, nonché nella logica, imposta dalle disposizioni finali della Carta di Nizza, di ricercare il bilanciamento tra i valori fondamentali per evitare l'abuso dei diritti, riafferma, in linea anche con le indicazioni della Corte di giustizia, l'idea che la proprietà integra un potere conformato dall'ordinamento.

Portando alle estreme conseguenze siffatta indicazione, si potrebbe, allora, ritenere che l'art. 17 non assicuri una garanzia circa un determinato contenuto del diritto di proprietà: la legge, infatti, non sarebbe necessariamente tenuta, almeno in linea di principio, a rispettare o non intaccare le modalità del godimento. E però, si deve anche notare che la regolamentazione del godimento ammessa dalla norma in esame presuppone logicamente che un qualche godimento giuri-



dicamente tutelato appunto ricorra e che non può perciò mancare del tutto la disciplina di una qualche modalità di uso del bene³⁰.

Occorre, piuttosto, evidenziare come la regolamentazione del godimento del proprietario deve essere effettuata nel rispetto di criteri e strumenti di giustificazione. Intanto e in primo luogo deve essere necessariamente prevista dalla legge; solo il legislatore e non certo la pubblica amministrazione o altra autorità pubblica o privata, può stabilire come i beni possono essere goduti dal proprietario³¹. Inoltre tale conformazione è consentita solo «nei limiti imposti dall'interesse generale» e, quindi, solo in presenza di tale interesse e in misura proporzionale alla sua realizzazione. Il legislatore può, quindi, regolamentare il godimento del proprietario, ma non gli è consentito farlo arbitrariamente, bensì solo ricorrendo un interesse generale e nei modi dallo stesso imposti.

In ordine all'espressione «interesse generale» sembra di poter dire che trattasi di una tipica clausola generale, di una previsione, cioè, che se da un lato lascia inevitabilmente al legislatore un più o meno ampio margine di discrezionalità in ordine alla individuazione degli obiettivi di interesse generale e delle misure regolatrici del godimento idonee a realizzarli, dall'altro postula e consente all'interprete e all'operatore del diritto il controllo sulla razionalità e congruità delle scelte, nel senso che la regolamentazione delle modalità del godimento deve essere ragionevole e proporzionale agli obiettivi fissati, con la conseguenza che potranno ritenersi in contrasto con la disposizione in esame tutte le normative proprietarie disciplinanti il godimento assurde, eccezionali, caotiche o non commisurate alle esigenze reali.

Con riferimento ai concetti di «pubblica utilità» e di «interesse generale», la Corte europea dei diritti dell'uomo ha elaborato la teoria del «margine di apprezzamento statale» (Cedu 21 febbraio 1986 caso *James e altri c. Regno Unito*) secondo cui è rimessa alla discrezionalità degli Stati la scelta sul contenuto di tali nozioni. La Corte ha, così, giustificato il proprio indirizzo: «le autorità nazionali, grazie ad una conoscenza diretta della loro società e dei bisogni della stessa possono stabilire cosa sia di pubblica utilità meglio del giudice internazionale» (Cedu 1 marzo 2001 caso *Malama c. Grecia*). La nozione di «pubblica utilità» è, infatti, di per sé una nozione molto ampia che implica necessariamente l'esame di questioni politiche, economiche e sociali rispetto alle quali il legislatore nazionale dispone di ampi margini di apprezzamento che la Corte dei diritti dell'uomo è tenuta a rispettare nei limiti della ragionevolezza (Cedu 21 febbraio 1986 caso *James e altri c. Regno Unito*; Cedu 25 settembre 1996 caso *Bucley c. Regno Unito*; Cedu 30 giugno 2005 caso *Jahn c. Germania*; Cedu 22 febbraio 2005 caso *Hutten-Czapska c. Polonia*).

Gli obiettivi di volta in volta perseguiti dal legislatore, in funzione dei quali viene condotto il controllo di ragionevolezza e di proporzionalità, devono poi essere compatibili con il sistema

³⁰ G. Vettori, *op. cit.*, 684.

³¹ B. Conforti, *La giurisprudenza della Corte di giustizia di Strasburgo in tema di proprietà*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 111 ss.



dei valori fondamentali dell'ordinamento europeo. Si tratterà, quindi, di valutare se una data regolamentazione del godimento proprietario sia adeguata, sufficiente o necessaria, per consentire la realizzazione dei principi che in ambito economico, in primo luogo la tutela del mercato e della concorrenza, ma soprattutto in ambito non patrimoniale – il riferimento è ai valori della persona – caratterizzano ormai da tempo il diritto europeo, alla stessa stregua degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea³².

c) Avuto, infine, riguardo al profilo della privazione della proprietà, va ricordato come la giurisprudenza europea, sia della Corte di giustizia, sia della Corte europea dei diritti dell'uomo afferma, tenendo anche conto di orientamenti sedimentati nel diritto internazionale, che il privato può subire la sottrazione del bene da parte dell'autorità (tramite confisca, occupazione o espropriazione) solo in base a un preciso disposto legislativo, in presenza di un interesse generale e contro la corresponsione di una giusta indennità.

L'art. 17, nella seconda parte del primo comma, recepisce queste indicazioni, specificando che il pagamento dell'indennità deve avvenire “in tempo utile”. In ordine, poi, alla misura dell'indennità, si può dire che tendenzialmente deve essere pari al valore di mercato del bene, rimanendo quindi salvi tutti quei casi nei quali circostanze eccezionali o eventi particolari impongano, nel concorso di pregnanti esigenze sociali, diverse e più limitate quantificazioni dell'indennizzo.

In materia di espropriazione, perché fosse rispettato il principio di legalità la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva, in passato, ritenuto sufficiente la mera sussistenza di una norma all'interno dell'ordinamento statale che giustificasse la condotta tenuta dalla P.A. Con le sentenze *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia* (30 ottobre 2003), *Prenna e altri c. Italia* (9 febbraio 2006) e *Carbonara e Ventura c. Italia* (11 dicembre 2003), però, la Corte ha operato un vero e proprio *revirement*, peraltro preannunciato dalla sentenza del 25 marzo 1999 caso *Iatridis c. Grecia*, col quale, mutando la prospettiva che riconduceva il principio di legalità alla mera garanzia dell'adeguatezza del risarcimento e del giusto bilanciamento tra interesse pubblico e diritto di proprietà, si perviene ad un'interpretazione più rigorosa e garantista fino ad ammettere il contrasto con l'art. 1, prot. n. 1 di ogni ingerenza illegale sul diritto dominicale.

Con tali pronunce, infatti, la Corte ha ritenuto che per rispettare il principio di legalità dovesse necessariamente effettuare anche un giudizio di conformità del provvedimento a specifici parametri sostanziali, avanzando, in particolare con la prima, una forte critica all'istituto dell'accessione invertita (o occupazione appropriativa), sul presupposto che in tali casi la compressione del diritto di proprietà era fondata su regole non sufficientemente chiare, precise e prevedibili né conformi al diritto internazionale come, invece, imposto dall'art. 1 del protocollo n. 1. La Corte di Strasburgo ha, poi, in più occasioni confermato tale indirizzo e, di conseguenza, ha posto a carico del Governo italiano l'obbligo di restituire il bene o di sopportare gli oneri economici sostitutivi, se la restituzione non è possibile (da ultimo Cedue 5 ottobre 2006 caso *Gianazza c. Italia*; Cedue 12 gennaio 2006 caso *Sciarrotta c. Italia*).

³² M. Trimarchi, *La proprietà nella Costituzione europea*, cit., 284 ss.



Per quanto riguarda la misura dell'indennità, tra le innumerevoli pronunce della Corte in materia, è sufficiente ricordare quelle relative al caso *Scordino c. Italia*, e quindi le sentenze del 29 luglio 2004 e del 29 marzo 2006 (quest'ultima della Grande Camera), con le quali si afferma che l'art. 1 del protocollo 1 non garantisce sempre ed in ogni caso il diritto ad una indennità pari al valore di mercato, ma che in caso di espropriazione singola o individuale, non connessa quindi a circostanze particolari di pubblico interesse quali nazionalizzazioni, riforme di tipo politico, economico o sociale o mutamenti del sistema costituzionale, solo un indennizzo integrale può ritenersi in rapporto ragionevole col valore del bene. Il consolidarsi di tale giurisprudenza ha comportato l'esistenza da parte dello Stato italiano di quella violazione di sistema che ha indotto prima la Cassazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale e poi la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 bis del dl. n. 333 del 1992 e del primo comma dell'art 37 del dpr. n. 327 del 2001 che prevedevano per l'espropriato indennità inferiori al valore di mercato del bene abitato³³.

La Corte si è altresì occupata delle leggi di proroga degli sfratti, sanzionando più volte l'Italia ove il sistema legale della proroga delle locazioni, della sospensione o del differimento dell'esecuzione forzata degli sfratti rende particolarmente lunga la procedura di recupero dell'immobile locato. A ciò si aggiunge, di frequente, la difficoltà di ottenere l'ausilio della forza pubblica, spesso dovuta a negligenza dell'amministrazione. In particolare, nella sentenza del 21 febbraio 2002 caso *Ghidotti c. Italia* ove la ricorrente lamentava la prolungata impossibilità di riprendere possesso del suo appartamento attraverso l'assistenza della forza pubblica, la Corte si sofferma sulla violazione dell'art. 1 Prot. n. 1. rilevando che il sistema italiano di scaglionare l'esecuzione delle ordinanze dei tribunali porta con sé il rischio di imporre ai locatori un eccessivo carico, in relazione alla loro capacità di disporre dei propri beni e deve, di conseguenza, prevedere alcune protezioni procedurali in modo da assicurare che tale sistema ed il suo impatto sui diritti di proprietà dei locatori non siano né arbitrari né imprevedibili (v. anche Cedu 11 gennaio 2001 caso *Lunari c. Italia*; Cedu 30 novembre 2000 caso *Palumbo c. Italia*; Cedu 3 agosto 2000 caso *G.L c. Italia*).

5. – L'attuazione, sul piano della disciplina, dei principi sin qui evidenziati regolatori della proprietà europea è stato realizzato in ambito comunitario in numerosi specifici settori, attraverso una ampia normativa, contenuta in singoli regolamenti o direttive, destinata ad incidere nella materia della proprietà e quindi a ridisegnare, modellare, conformare, se si vuole, l'istituto.

In questa sede non è ovviamente possibile condurre un'analisi dettagliata e trattare diffusamente dei singoli istituti. Sembra sufficiente, senza peraltro alcuna pretesa di completezza, ricordare le materie della proprietà letteraria (opere dell'ingegno), della proprietà industriale

³³ Per tutti, v. A. Gambaro, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 115 ss.



(marchi e brevetti), della proprietà agraria, della proprietà dei beni culturali, della proprietà degli strumenti finanziari, o ancora quelle della moneta (Euro), delle merci e dei prodotti, dei beni di consumo, dell'ambiente, dei rifiuti e della multiproprietà. Ed in via del tutto esemplificativa, per cogliere la sicura incidenza di tali normative sul diritto di proprietà, richiamare la specifica disciplina concernente l'esportazione e la circolazione dei beni culturali; oppure quella che introduce limiti all'utilizzazione e allo sfruttamento degli *habitat* naturali e seminaturali, nonché al commercio di specie animali e vegetali; oppure la normativa sulla valutazione d'impatto ambientale o sulla garanzia di conformità per i beni di consumo ed, ancora, quella che significativamente innova l'area dei cosiddetti beni immateriali o quella che tutela la libertà di circolazione delle merci, dei prodotti e dei capitali.

Dalla considerazione dell'insieme delle regole di secondo grado emanate dall'Unione europea concernenti, direttamente o indirettamente, la materia proprietaria emerge un approccio non troppo dissimile (né potrebbe probabilmente essere diversamente) da quello tipico dei legislatori nazionali negli ultimi decenni. E cioè un modo di procedere poco attento a inquadramenti sistematici e viceversa teso a regolare, dando attuazione ai valori fondamentali di riferimento prima ricordati, in modo differente o parzialmente differente da materia a materia la situazione proprietaria, attraverso la previsione di poteri e obblighi funzionali di volta in volta al conseguimento di determinati obiettivi³⁴.

Risulta quindi confermato, alla luce anche dell'orientamento della Corte europea di giustizia, il necessario rapporto di congruenza che per il diritto europeo deve ricorrere nell'ambito del singolo statuto proprietario tra i poteri e gli obblighi previsti e le finalità da realizzare (Ceg 13 luglio 2000 C-423/98).

Cercando, comunque, di prospettare una qualche distinzione, sembra possibile individuare uno statuto della proprietà mobiliare e uno statuto della proprietà immobiliare.

Al riguardo va premesso che non ricorre, nel diritto primario europeo, una definizione di bene mobile o di bene immobile e che quindi non sono ivi rinvenibili relativi concetti legislativi; ciò però non esclude che determinate realtà materiali o corporali, tradizionalmente fatte rientrare tra i beni mobili o tra quelli immobili (secondo la distinzione codicistica), vengano prese in considerazione dal diritto europeo, anche senza utilizzare tali concetti per articolare la disciplina.

Tra i beni mobili il riferimento più importante è alle merci, ai prodotti e ai beni di consumo. Al di là della coincidenza o meno di questi oggetti col bene mobile (tradizionalmente inteso), ciò che appare certa è la centralità di tali cose nella disciplina del mercato, come risulta, tra l'altro, dalla normativa sulla concorrenza, sulla libera circolazione, sulla garanzia di conformità e ancora sulle caratteristiche tecniche che ogni prodotto deve presentare a tutela della salute e della sicurezza dei consumatori. Del pari rilevante si presenta, poi, la normativa in tema di rifiuti nonché quella sugli strumenti finanziari. Prescindendo, quindi, dal *nomen iuris* e senza elaborare una categoria comunitaria di bene mobile, si può comunque concludere sul punto constatando

³⁴ M. Trimarchi, *Proprietà e diritto europeo*, cit., 720 ss.

JUS CIVILE



l'esistenza di una vasta normativa relativa a cose tradizionalmente qualificate come mobili, normativa incidente sul regime giuridico e quindi sulle situazioni giuridiche aventi come punto di riferimento oggettivo tali beni.

Per quanto riguarda gli immobili va constatata anche qui l'inesistenza a livello europeo di uno schema tecnico-definitivo di base predisposto per consentire economie di linguaggio nelle previsioni specifiche di ripartizione delle utilità tra le persone. Il concetto di bene immobile come concetto legislativo non è, almeno allo stato, utilizzato dal diritto europeo; il legislatore comunitario non ravvisa, cioè, la necessità o l'opportunità di operare in generale siffatti inquadramenti della realtà, per dettare relative discipline. Ciò, peraltro, non significa che in singole disposizioni o gruppi di disposizioni non vengano prese in considerazione porzioni della realtà tradizionalmente definite come beni immobili. Al riguardo si può ricordare la normativa a tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale, che riguarda anche la gestione del territorio, l'utilizzo del suolo e la conservazione degli edifici. E va, poi, segnalata la disciplina della multiproprietà, a proposito della quale si può notare come, a conferma di una scelta orientata a non definire, qualificare o classificare come concetti legislativi porzioni della realtà, il diritto europeo tratti la materia dalla prospettiva della circolazione del bene e cioè regolamenti il contratto che ha per oggetto il trasferimento di un diritto di godimento turnario sull'immobile, senza dire cosa si intende per immobile³⁵.

³⁵ M. Trimarchi, *I beni e la proprietà*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, I, in *Trattato Bessone*, XXVI, Torino, 2006, 171 ss.



DAÑOS PUNITIVOS Y FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. REFLEXIONES COMPARATISTAS A PARTIR DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA ITALIANA DE LEGITIMIDAD

SUMARIO: 1. *Introducción.* – 2. *Pluralidad de funciones de la responsabilidad civil.* – 3. *La función preventiva de los daños punitivos.* – 4. *La matriz anglosajona de los daños punitivos.* – 5. *La circulación del modelo de los daños punitivos hacia el derecho civil.* – 6. *La resistencia del derecho civil.* – 7. *La suerte corrida por los daños punitivos en el nuevo código civil y comercial de la nación argentina.* – 8. *La evolución mas reciente.* – 9. *Conclusion.*

1. — Es un lugar común en el discurso contemporáneo sobre la responsabilidad civil el señalamiento de su función preventiva. Teniendo en cuenta esa premisa, el objeto del presente artículo es volver la mirada al instituto de los daños punitivos, de amplia recepción en los países de *common law*, pero ampliamente resistido en los sistemas de derecho civil. Una reciente sentencia de la Corte de Casación italiana permite vislumbrar una nueva perspectiva en la consideración de este instrumento. La hipótesis es que su aplicación promovería de forma importante la proclamada función preventiva de la responsabilidad civil, mejorando su efectividad. En todo caso, parece innegable la pertinencia del debate.

2. — Si bien la indemnización o reparación del daño constituye el “problema fundamental” la responsabilidad civil,¹ puede cuestionarse que sea su exclusiva razón de ser. El concepto de responsabilidad civil es de una enorme riqueza, pero de gran polisemia, lo que hace necesario – en la medida en que el derecho es por esencia significado – que ajustemos su significación y, sobre todo, convengamos en su perfil funcional.

Se define normalmente a la responsabilidad civil como la obligación de resarcir un daño; pero ello no agota todos los remedios predispuestos por el ordenamiento para la tutela civil de los derechos lesionados, habiendo junto con los remedios indemnizatorios, remedios restitutorios y remedios coercitivos (ejecutorios e inhibitorios). En su obra sobre la responsabilidad civil, Viney utiliza el concepto en un sentido comprensivo de todos los remedios, ya sea ejecutorios o indemnizatorios, dedicando una larga primera parte a tratar y analizar remedios no indemnizatorios.²

¹ TORRENTE-SCHLESSINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 905.

² VINEY, Genevieve, *La responsabilité, conditions*, en *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, JGDJ, Paris, 2013, *passim*.



Sin embargo, la expresión responsabilidad civil es empleada más frecuentemente en sentido más restringido y preciso, para aludir al fenómeno del nacimiento, régimen jurídico y extinción de la obligación de indemnización de daños mediante una suma de dinero. De ahí que Larroumet haya dicho que existen ciertas obligaciones cuyo incumplimiento no plantea un problema de responsabilidad, como es el caso del incumplimiento de la obligación de resarcir un daño, o de la obligación de pagar una suma de dinero.³ El problema de la responsabilidad, en este sentido restringido, se plantea exclusivamente cuando hay que convertir un objeto debido y no cumplido, en un equivalente dinerario por daños y perjuicios.

Por tanto, se parte de que la responsabilidad civil consiste, en su núcleo esencial específico, en la imposición de una condena monetaria. Por ello – sin perjuicio de reconocer la enorme importancia de ampliar el conocimiento de las vías por las cuales el ordenamiento puede incorporar institutos tendientes a imponer haceres o no haceres en función del criterio precautorio – nos proponemos analizar en este artículo, la dimensión preventiva que se desprende de la condena monetaria, demostrando en particular la aptitud de la condena en daños punitivos para un logro eficiente de la prevención.

Connotamos aquí la función preventiva de la responsabilidad civil en cuanto atribución de una suma de dinero, proponiéndonos investigar si, y en qué medida, ella puede cumplir, además de una función reparatoria o indemnizatoria, una función preventiva.⁴

En este sentido, Seguí⁵ ha puesto en evidencia que existe una función preventiva ínsita en la propia resarcitoria, enfatizando la función preventiva indirecta de la reparación, que se concreta de dos modos, es a saber: con carácter preventivo especial o general, al servir, mediatamente, por una parte, para que el autor del daño evite dañar en el futuro, y por otra, para que los potenciales dañadores acepten el deber general de no dañar.

3. — La responsabilidad civil se encuentra en un estadio de revisión en el mundo entero, en un proceso en que se pone en duda sus fundamentos y sus funciones al compás de los cambios producidos por los daños inexorables que el avance del desarrollo tecnológico provoca en la sociedad. Se trata de una institución no está aún estabilizada;⁶ de un instrumento que se encuentra

³ LARROUMET, Christian, *Droit des obligations*, Economica, Paris, 1996, p. 6.

⁴ Alude a ella expresamente el artículo 1710 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015. Puede verse una completa reseña en ESCOBAR TORRES, Sebastián, “El papel de la prevención del daño en la responsabilidad civil. Un intento por descubrir el verdadero rol de la función preventiva en la órbita del derecho de daños”, en Univ. Estud. Bogotá (Colombia), No. 12, enero-diciembre de 2015, p. 33-70. Véase asimismo de CORES, Carlos, “Acerca de las funciones de la responsabilidad civil”, en Estudios jurídicos de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra, López Fernández, Caumont, Caffera (Coord.), FCU, Montevideo, 2001, p. 111.

⁵ SEGUI, Adela, *Prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil de 1998*, trabajo on line en www.alterini.org

⁶ VINEY, Geneviève, *Les obligations. La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de Jacques Ghestin, L.G.DJ, Paris, 1982, pág. 75. MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, *La Responsabilidad Ci-*



en un "tiempo entre paréntesis" o entre dos eras: la sociedad industrial que concluye y la otra nueva que viene a reemplazarla.⁷

Igual que ocurrió a fines del siglo XIX, cuando juristas con sensibilidad social impulsaron un derecho de daños que retaceaba la indemnización de los daños hacia un derecho protector de los más débiles, a fines del siglo XX, juristas que colocaron en el centro de su preocupación a la persona humana, reaccionaron contra una economía en la que los empresarios calculan los daños para incluirlos en los costos. Así, para poder cumplir su cometido, la teoría de la responsabilidad civil debió acudir al pensamiento económico, como la teoría de los costes de los accidentes,⁸ y con su auxilio considerar que, si para las empresas todo es una cuestión de eficiencia y de costos, las condenas debían ser lo suficientemente representativas para obligar a los autores a tomar las medidas de prevención de modo que les resultara más barato evitar los daños que dañar. Frente a la posibilidad de que luego del estudio de costos, las empresas decidieran que les “conviene” seguir dañando, se creyó necesario acudir en auxilio de la regla de equivalencia y pensar en condenas que, por cumplir con la función de una pena por la conducta ofensiva, descuidada, o indiferente del causante, hicieran posible finalmente la función de prevención general y prevención especial de la indemnización.⁹

El tema desemboca claramente en los daños punitivos, que por sus características resultan sumamente idóneos para enfrentar este tipo de problemática. Es que, en la actual coyuntura posmoderna, el enfoque de la responsabilidad centrado en su función resarcitoria muestra su carácter incompleto e incluso parcialmente inidóneo para lograr el objetivo de reducir los daños, lo que lleva de la mano a considerar compatibles las funciones de reparación, prevención y punición como propias todas ellas de la responsabilidad civil.¹⁰

La doctrina argentina ha reconocido ampliamente que la “reparación” puede leerse también en clave de “prevención”,¹¹ lo que lleva de la mano a considerar en la perspectiva la cuestión de los daños punitivos. En el actual pensamiento jurídico rioplatense no se ignora que en el de-

vil en la Era Tecnológica, Abeledo Perrot, 1998, citada por Adela Seguí.

⁷ ALTERINI, Atilio A., "Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era posindustrial", en Responsabilidad Civil, de ALTERINI, Atilio A. – LOPEZ CABANA, Roberto, Dike, Medellín, 1995, pág. 83. Id.

⁸ CALABRESI, Guido, *El Coste de los Accidentes, Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad Civil*, Ariel, Barcelona, 1984.

⁹ SEGUI, Adela, *Prevención de los daños en el Proyecto de Código Civil de 1998*, trabajo on line en www.alterini.org.

¹⁰ DE ANGEL-YAGÜEZ, R., "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)", pág. 233, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, citado por Adela Seguí.

¹¹ UBIRIA, Fernando Alfredo, *Derecho de daños en el Código civil y comercial de la Nación Argentina*, Abeledo Perrot, 2016; COSSARI, Maximiliano N. G., "La necesidad de prevención de daños ante los límites del régimen clásico de reparación argentino", en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Segunda época. Año 9. N.º 10 (diciembre 2014), p. 13-40; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, "Función actual de la responsabilidad civil", en Derecho de Daños. Primera Parte. TRIGO REPRESAS – STIGLITZ R. (dirs.), Derecho de Daños, Segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1989; LORENZETTI Ricardo, "Las Normas Fundamentales...", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995, "Jornadas sobre Responsabilidad Civil en homenaje a Roberto H. Brebbia", Rosario, 1986 y "Jornadas Marplatenses sobre Responsabilidad Civil y Seguros", diciembre de 1989.



recho anglosajón hace mucho ya que no se duda en consagrar al trinomio *compensation – deterrence – punishment*, finalidades que por cierto se relacionan o penetran recíprocamente.¹²

Se trata pues de aislar y desarrollar el aspecto no meramente reparatorio, que puede operar allí donde la mera reparación no es disuasivo suficiente, ya sea porque los daños aún no se han verificado y la reparación no es posible, o porque los daños son de difícil prueba, o se encuentran diseminados en una miríada de situaciones individuales que son de pequeño monto, pero mirados en perspectiva constituyen un perjuicio apreciable para la sociedad, que redundo, además, en beneficio exclusivo del sujeto que provoca el daño. La condena en dinero o su amenaza tienen pluralidad de funciones. Por eso se revela capaz de actuar como disuasivo en casos de daños no ocurridos, pero cuyo peligro se generó, o por daños ocurridos en una medida menor a la que es objeto de indemnización, o por daños de difícil prueba.

En efecto, la razón por la cual aparece el tema de los daños punitivos en el derecho civil postmoderno es consecuencia de las limitaciones del modelo resarcitorio clásico propio de la post revolución industrial, que no toma en cuenta la gravedad de la ofensa, gravedad que se mide sobre la base del criterio de la potencialidad dañosa y del desprecio del ofensor ante la eventualidad de la causación del daño o de su magnitud, ni las situaciones en que no se produce daño efectivamente, aunque sí pueda haberse generado un peligro.

Reviste una relevancia particular la creciente conciencia de que la matriz tradicional de cuño exclusivamente reparatorio no es suficiente para proteger al hombre en aspectos que refieren más bien a su dignidad personal que a perfiles patrimoniales, lo que mueve el foco de atención hacia aquellos instrumentos que pudieran ser útiles a ese efecto. El empeño reclama que el problema se aborde desde una perspectiva antropológica y filosófica del hombre que revele lo más humano de él y permita reconstruir las herramientas jurídicas con esta nueva dimensión.¹³

4. — La teoría de los daños punitivos es una creación original del mundo del Common Law.

En el derecho anglosajón, se ha desarrollado el instituto de los daños punitivos o ejemplares (también llamados daños vindicativos o presuntivos), que pueden definirse como sumas de dinero que un sujeto puede ser judicialmente condenado a pagar a otro – aparte de los daños compensatorios o nominales – como castigo o prevención en virtud de una conducta especialmente grave por parte del demandado.¹⁴ Están establecidos con el confesado propósito de dar un castigo al demandado, y no como medida de pérdida o detrimento del actor. Constituyen por tanto

¹² UBIRÍA, Fernando Alfredo, *La responsabilidad civil*, disponible en el repositorio <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/responsabilidad-civil-fernando-ubiria.pdf>.

¹³ NEGRI, Héctor, “La Responsabilidad Civil como problema antropológico”, en *La Responsabilidad. Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*. Atilio Aníbal Alterini, Roberto M. López Cabana. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 56.

¹⁴ MALLOR, Jane, ROBERTS, Barry, “Punitive damages: toward a principled approach”, en *The Hastings Law Journal*, vol. 31, 1979-1980, University of California, pp. 639 y ss.



un gravamen pecuniario impuesto por sentencia judicial al autor de un comportamiento ilícito especialmente reprochable, en favor de un sujeto privado, dañado por dicho comportamiento. Va de suyo que nos referimos a daño no exclusivamente en el concepto preindicado de daño patrimonial, sino comprensivo también del daño no patrimonial, abarcando la mera lesión de un derecho o interés protegido.

Su característica más destacada es entonces que tienen por finalidad no la reparación del daño causado a la víctima, sino el castigo al autor de un comportamiento particularmente grave, y la consiguiente prevención, a fin de evitar que se reitere el comportamiento indeseado.¹⁵ Por lo tanto, son en cierto modo independientes de la entidad y aún de la existencia del daño, ya que pueden ser otorgados incluso en ausencia de éste (al menos, en ausencia de daño patrimonial); y a su vez serán tanto mayores cuanto más reprochable sea la conducta del condenado. Se han revelado como un poderoso instrumento de castigo, porque no se admite el seguro contra estos daños, que afectan directamente al condenado (*smart money* significa “dinero que duele”).

Es sumamente relevante considerar el origen remoto de la doctrina de los daños punitivos, para lo cual debemos remontarnos a la Edad Media inglesa, donde el ejercicio de la función jurisdiccional se llevaba a cabo por medio de tribunales locales, integrados por jurados, sujetos elegidos de entre la comunidad, que conocían bien las circunstancias del caso concreto y aplicaban el derecho local consuetudinario.¹⁶

Ello explica la particular fascinación y al mismo tiempo la intriga y la resistencia que el instituto inspira en los juristas formados en la cultura positivista legalista, ya que tiende a una aplicación del derecho por la sociedad civil, y no por órdenes burocráticas o legislación.¹⁷

La actual formulación de los supuestos en que procede aplicar los daños punitivos en el derecho inglés, viene dada por la sentencia redactada en 1964 por Lord Devlin,¹⁸ según la cual los daños punitivos o ejemplares pueden aplicarse fundamentalmente en los siguientes casos:

1. Actuación opresiva, arbitraria o inconstitucional de los funcionarios públicos.
2. Cuando el demandado ha hecho el cálculo de que su conducta ilícita le proporcionaría un provecho que excedería la compensación a pagar a la parte perjudicada. El sentido de estas condenas es enseñar públicamente que “el delito (en este caso, civil) no paga”.
3. En los casos previstos por la ley.

La sentencia de Lord Devlin aporta la formulación específica de dos núcleos fundamentales de los daños punitivos, que representan un verdadero desafío para los juristas del derecho civil.

¹⁵ FELDTHUSEN, Bruce, “Recent developments in the Canadian law of punitive damages”, en *Rev. Can. De Droit de Commerce*, vol. 16, n. 3, mayo 1990, p. 241 y ss.

¹⁶ BODENHEIMER, Karl, *et al.*, *An introduction to the anglo-american legal system*, West Pub. Co., Minn., 1980, p. 23 y ss.

¹⁷ MOMIOKA, Hironari, “Punitive damages revisited: a statistical analysis of how federal circuit courts decide the constitutionality of such awards”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 65, no. 3, july 2017, p. 379-410. *Academic Search Complete*, EBSCOHOST (accessed June 2, 2018).

¹⁸ Caso *Rookes vs. Barnard*, [1964] UKHL 1, [1964] AC 1129, [1964] 1 ALL ER 367., 21 de enero de 1964.

JUS CIVILE



Primero, en cuando coloca a los daños punitivos como un freno a la arbitrariedad del poder público. Esto tiene el enorme mérito de otorgar a los sujetos de derecho un instrumento para defenderse de las incursiones arbitrarias de los funcionarios públicos en la esfera de los derechos individuales. Esta es, por otra parte, la ratio de la primera sentencia fundadora de los daños punitivos, *Huckle v. Money*,¹⁹ lo que tiñe al instituto de un perfil de defensa de las libertades fundamentales. Es paradigmático el caso jurisprudencial registrado en California, denominado “Zarcone”. Un juez había ordenado a su conserje traerle una taza de café, que éste se procuró de un vendedor ambulante ubicado frente a la puerta del edificio del Tribunal. El café no fue del agrado del magistrado quien, entonces, ordenó traer esposado al vendedor, sometiénolo a una dura reprimenda. Este abuso fue condenado con daños punitivos, indicándose que los mismos “pueden ser invalores en casos de opresión, ya se trate de opresión gubernamental o económica”.²⁰

En segundo lugar, el desarrollo de Lord Devlin coloca en la palestra otro problema, que ha estado en general ausente de los desarrollos de los civilistas, y que se refiere a la posibilidad de redistribuir no sólo los daños causados (transfiriéndolos del patrimonio de la víctima a la del ofensor) sino también las utilidades producidas por el hecho ilícito. Puede ocurrir que el hecho ilícito haya provocado no sólo un empobrecimiento de la víctima, sino un enriquecimiento del demandado.²¹ Las reglas del derecho civil clásico no dan respuesta satisfactoria a este fenómeno. Las normas de la responsabilidad civil, reducen el derecho a la indemnización al daño causado. El cuasicontrato de enriquecimiento sin causa prevé la situación en la cual “una persona ha hecho mejor su condición en daño de otra”, pero su disciplina prescribe que el derecho del dañado se extiende sólo hasta la concurrencia del empobrecimiento con el enriquecimiento, es decir, que impide que el autor del hecho deba compartir o restituir su enriquecimiento neto.

Si agregamos al cuadro de hecho la hipótesis del sujeto que calcula premeditadamente que su conducta ilícita le reportará un beneficio mayor que la eventual condena al resarcimiento, podemos ver con evidencia que el derecho civil clásico se encuentra inerme para reaccionar contra la injusticia que revela este proceder.

Los daños ejemplares en cambio, son idóneos para contrarrestar los provechos indebidos que un sujeto saca de su infracción a la ley. Este tipo de situaciones, muy vinculada con la protección de la propiedad intelectual y de los derechos de autor,²² se hace cada vez más frecuente en el marco de la contratación masiva y del derecho del consumidor. La normativa más cercana

¹⁹ JOHN, Leslie, “Punitive damages in the borderland of contract and tort”, en *California Law Review*, vol. 75, enero de 1987, No. 1, p. 2033.

²⁰ MALLOR, Jane, ROBERTS, Barry, “Punitive damages: toward a principled approach”, en *The Hastings Law Journal*, vol. 31, 1979-1980, University of California, pp. 639 y ss.

²¹ RAMÍREZ, Juan Andrés, CARNELLI, Santiago, “Responsabilidad por el hecho ilícito que enriquece al sujeto responsable”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XXXIII, p. 577.

²² GUTIÉRREZ CARRAU, Juan Manuel, *Manual teórico práctico de marcas*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 2009, p. 200.



propia del derecho civil es la relativa a la causa ilícita, pero carece claramente de la portada necesaria para enfrentar el tipo de situaciones descrito.

El talón de Aquiles de la doctrina de los daños punitivos es la posibilidad de enormes variaciones en su cuantificación. En el derecho estadounidense, el caso más impactante es el conocido asunto *Grimshaw c. Ford Motor Co.*,²³ en el cual en primera instancia se condenó al demandado a daños ejemplares por la suma de U\$S 125.000.000 (además de los daños compensatorios). En segunda instancia, esta condena fue reducida a US 3.500.000. A primera vista, daría la impresión de que la arbitrariedad en la determinación de los montos es tal que descalifica totalmente el instituto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el caso planteado era de características tan especiales que, sin justificarse la conducta del jurado inferior que otorgó un daño de U\$S 125.000.000, al menos puede comprenderse. La descripción concreta del caso *Grimshaw c. Ford* puede además resultar muy explicativa del concepto de daños ejemplares que estamos analizando. En efecto, la Ford Motor Co. había diseñado un modelo denominado “Pinto”, que se supone debería ser accesible a una amplia capa de consumidores, ya que el valor de la unidad era inferior a U\$S 10.000. Resultó ser que las características del tanque de nafta y del diseño de la parte posterior del auto, determinaban que en caso de choque trasero, el habitáculo del auto se incendiara. Puesto en venta el modelo, se verificaron algunos accidentes, con casos de muerte y quemaduras graves. En uno de los procesos llevados a cabo ante los tribunales de California, el actor pudo probar que los ejecutivos de la compañía con poder de decisión, habían tenido a disposición los informes técnicos que demostraban la peligrosidad del diseño del modelo en la forma especificada, no obstante lo cual, esos responsables de la gestión habían decidido continuar con el proyecto.

De ese proceso surge entonces probado un elemento de temeridad y de desprecio por la vida y la integridad física que justifica plenamente un castigo. Pero el elemento más interesante surge del hecho de que en relación con el referido proceso de toma de decisión corporativa, el actor produjo prueba en el sentido de que se habría evaluado el costo que para la compañía habría tenido cumplir con determinadas exigencias y estándares de seguridad planteados por regulaciones federales, surgiendo de un memorándum interno que se estimaba este costo en U\$S 125.000.000, lo que significaba por tanto un ahorro para la compañía, es decir, un aumento de sus utilidades en ese importe.

Dado que una de las finalidades reconocidas de los daños punitivos es la de servir de elemento preventivo, enseñando que “el crimen no paga”, y sobre la base de que la prueba de tal ahorro era válida es que el jurado en primera instancia condena al pago de U\$S 125.000.000 en daños punitivos. El fundamento conceptual es que la función preventiva se cumple si la condena convierte en inprovechable para el infractor la conducta violatoria del derecho.

²³ 119 Cal.App.3d 757, *RICHARD GRIMSHAW, a Minor, etc., Plaintiff and Appellant, v. FORD MOTOR COMPANY, Defendant and Appellant; CARMEN GRAY, a Minor, etc., et al., Plaintiffs and Appellants, v. FORD MOTOR COMPANY, Defendant and Appellant.*



Otro *leading case* en la materia en los Estados Unidos fue el asunto conocido como “MER /29” (caso Toole c. Richardson-Merrel). La compañía farmacéutica Richardson-Merrel puso en el mercado un medicamento denominado MER /29, que se suponía estar indicada para el tratamiento de la arterioesclerosis mediante la disminución del colesterol en la sangre. Pese a que de los análisis efectuados surgieron graves efectos secundarios, principalmente dañosos de la vista, en el proceso de autorización de la comercialización del medicamento llevada a cabo ante la FDA (*Food and Drug Administration*) el laboratorio falsificó y engañó dichos análisis y finalmente lanzó el producto al mercado, con el mayor despliegue publicitario jamás realizado por la compañía.²⁴ El resultado fue el daño a la vista de más de 5.000 personas.

El tribunal de apelaciones de California que entendió en el caso Toole castigó a la Richardson Merrell con daños punitivos por U\$S 250.000. De todos modos, se afirma que la compañía ganó U\$S 7.000.000 con el emprendimiento durante el primer año de ventas.

5. — Como señala documentadamente Aida Kemelmajer,²⁵ la aceptación de los llamados daños punitivos en un sistema jurídico de base continental no es fácil desde que, mayoritariamente, se reconoce que se trata de una “figura perteneciente al Common Law, ajena a la tradición del sistema de derecho civil escrito”. Aún con ley, muchos se muestran opositores netos a los daños punitivos; otros los aceptan con prevenciones y algunos los admiten con entusiasmo.

Para tomar una posición con fundamento, resulta útil mirar cómo el instrumento de los daños punitivos hace su irrupción en el proceso de evolución histórica de la responsabilidad civil propia del derecho continental.

Es paradigmático el pensamiento de Domat y de los redactores del Código de Napoleón, (en particular, Tarrible)²⁶ en el sentido de que los daños en principio deben permanecer donde se han producido, ya que la víctima ha sido elegida por el destino para sufrirlo. Esta sólo puede pretender su traslado a otro sujeto, es decir, que otro sujeto lo indemnice, si ese otro sujeto merece ser castigado con la imputación del daño en virtud de un acto consciente y voluntario, que lo “responsabiliza”. Punición y reparación van – en esta perspectiva – de la mano.

Sin embargo, es sabido que la responsabilidad civil ha sufrido un proceso de transformación esencial en el curso del siglo XX, desde el sistema clásico, en que el resarcimiento era sanción a un comportamiento prohibido, a un modelo que pone en el centro del instituto el hecho dañoso y la función reparatoria; pasaje en que se expresa más que un hecho cultural de refinamiento de los conceptos jurídicos, un cambio completo del modo de entender la función de la responsabi-

²⁴ MALLOR, Jane, ROBERTS, Barry, “Punitive damages: toward a principled approach”, en *The Hastings Law Journal*, vol. 31, 1979-1980, University of California, p. 653.

²⁵ KEMELMAJER, Aida, “Breves reflexiones sobre los mal llamados “daños punitivos” en la jurisprudencia argentina y el fallido intento de su incorporación en el código civil y comercial de 2014”, en www.juscivile.it

²⁶ MERLIN, Philippe, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, J. P. Roret, Paris, 1827, vol. 7, p. 794.



lidad.²⁷ Paulatinamente vamos entonces pasando de un concepto de culpa subjetivo, a uno medido sobre parámetros de disconformidad de la conducta con cierto estándar objetivo.

El modelo basado en la responsabilidad subjetiva, que era idóneo para cumplir simultáneamente la función punitiva y la indemnizatoria, y que a su vez fue funcional al desarrollo de la economía industrial incipiente, va quedando obsoleto frente al desarrollo de la sociedad moderna. En todos los derechos, más tarde o más temprano, se va planteando fuertemente la necesidad de proteger a los damnificados por los accidentes cada vez más frecuentes provocados por las máquinas, frente a los cuales el instrumento de la responsabilidad subjetiva, que requería la prueba de la culpa en el responsable, se revelaba inapropiado, dejando a multitud de víctimas sin remedio, lo que constituía una injusticia que golpeaba la conciencia de los juristas. La responsabilidad por accidentes de trabajo y de circulación de vehículos se va desgajando y asumiendo una connotación objetiva, desvinculada de toda culpa y por tanto de todo reproche. En Francia, Saleilles, Josserand, Sainctelette, desarrollan la teoría del riesgo, y proclaman la necesidad de que se vuelque la atención a la víctima.²⁸ En Italia, Rodotà y Scognamiglio protagonizan un giro copernicano del discurso sobre la responsabilidad civil, poniendo el centro no en el castigo de la culpa del agente, sino en la reparación del daño causado por la víctima. Pasamos así de la concepción individualista a la concepción solidarista. Se llega a enunciar principios generales de responsabilidad objetiva basados en el riesgo o el provecho-beneficio. Se acepta incluso en algunos derechos la responsabilidad del sujeto incapaz.

La consecuencia más importante de este proceso, en lo que tiene que ver con nuestro estudio, es que la responsabilidad deja entonces de implicar un juicio de reprochabilidad de una conducta dolosa o culposa, para configurar una mera circunstancia objetiva en el mecanismo de imputación y transferencia de las consecuencias de un hecho dañoso de uno a otro sujeto, que podía incluso haber obrado con la diligencia de un buen padre de familia.

Va de suyo que, si bien esta inflexión significa un enorme avance en la justicia, la responsabilidad deja de cumplir aquella función normativa y punitiva que la caracterizaba precedentemente, porque no se impone más como castigo. Piénsese en el caso de la responsabilidad por el hecho del dependiente. El que hace frente a la reparación del daño resulta ser el patrón o dueño de un establecimiento comercial o industrial, que muchas veces es una gran corporación, y que a su vez está casi siempre asegurado en una poderosa compañía de seguros. Ninguno de estos responsables experimentan estar siendo castigados cuando son condenados a reparar.

Ahora bien; ¿qué ha ocurrido entonces con la función punitiva y preventiva de la responsabi-

²⁷ SALVI, Césare, *La responsabilità civile*, in Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 1998, p. 11. LLAMAS POMBO, Eugenio, *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, 1ª ed. Consejo Superior de la Judicatura – Módulo de Formación de Jueces y Magistrados, 2011, p. 46; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, *Las funciones del derecho de daños de cara al Siglo XXI*, Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI, t. IV, v. 2. Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Temis, Bogotá, 2012, pág. 5.

²⁸ De CORES, Carlos et al., *Tratado jurisprudencial y doctrinario sobre incumplimiento de contrato*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, tomo I, p. 105.

JUS CIVILE



lidad? ¿Qué normativa presiona psicológicamente a los sujetos para comportarse como un buen padre de familia para prevenir los daños?

El derecho penal, entendiendo por tal el derecho de los castigos, es un medio de control social, que ordena el comportamiento de los sujetos mediante la dupla “represión – prevención”. Se entiende por pena la aplicación de una aflicción al sujeto que cometió un ilícito, que se justifica no por reparar el daño causado, sino para satisfacer una función de justicia y disuadir al castigado y a los terceros de reiterar ese comportamiento. El caso más claro es el de la pena de penitenciaría por homicidio: la pena de penitenciaría no puede reparar el homicidio perpetrado, porque es imposible volver a la vida al fallecido. Sin embargo, el derecho objetivo castiga al autor del hecho, en primer lugar, para evitar que lo vuelva a ejecutar, para rehabilitarlo, para disuadir a los demás de cumplir esa conducta delictiva, y así encauzar la convivencia social y hacerla posible sobre una base civilizada. Hay una idea de reparación e incluso de proporción, pero en un sentido trascendente: el castigo es proporcional a la gravedad del hecho, y en ese sentido hay un sentido retributivo. El derecho penal busca moralizar los comportamientos castigando al culpable y presionando para que los sujetos se comporten de una manera determinada.

Desde el momento en que la responsabilidad civil se recuesta hacia el resarcimiento del daño a la víctima, se prescinde cada vez más del análisis de la conducta del sujeto, si ella es o no reprochable. La responsabilidad se objetiviza; se hace asegurable, lo que permite que sea la sociedad la que en definitiva se haga cargo de los daños. Ello va provocando paulatinamente la disolución de aquella función punitivo-preventiva propia de la responsabilidad decimonónica. Si todos los daños pueden asegurarse, y no importa quién tiene la culpa, se supone que el standard de conducta va a hacerse más grosero, ya que a los sujetos no les importa conducirse sin culpa, puesto que, de todos modos, actúen con diligencia o con culpa, tienen que responder objetivamente, y además, de la reparación se hace cargo el seguro.

Esto es signo de un avance muy importante en la civilización, porque responde al influjo de la solidaridad humana, valor ciertamente positivo. Pero al mismo tiempo presenta una desventaja, porque tiende a reducir el nivel de diligencia y ello aumenta los daños, con las consecuencias negativas que ello trae para toda la sociedad.

Se hace necesario encontrar elementos que motiven a los sujetos a conducirse con cuidado para no dañar a otros. De lo contrario, invocando el verso de Enrique Santos Discépolo, “todo es igual, nada es mejor”; da lo mismo comportarse en forma diligente que en forma descuidada, y ello no es signo de progreso, sino de decadencia de la sociedad.

Ya en su clásica tesis publicada en 1947,²⁹ Boris Starck consideraba la doble función de la responsabilidad civil como garantía y como pena privada. En su más reciente obra sobre Obligaciones,³⁰ Starck sostiene que la culpa no es condición necesaria de la responsabilidad, ya que

²⁹ STARCK, Boris, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Editorial L. Rodstein, Paris, 1947.

³⁰ STARCK, Boris, *Droit Civil. Obligations*, Ed. Librairies Techniques, Paris, 1972.



ésta adviene incluso en ausencia de aquella. Sin embargo, sostiene que la existencia de una culpa no puede ser indiferente para el Derecho. En el área del derecho civil, Starck identifica manifestaciones de esta función represiva: la tendencia de los jueces a aumentar las indemnizaciones en casos de faltas graves, siempre que el monto del perjuicio no puede ser exactamente determinado; la reducción de la indemnización en el caso de culpa de la víctima, que en el derecho francés tiene un sentido más marcadamente punitivo que en el uruguayo, ya que no existe – como entre nosotros – un principio legal por el cual se establezca la responsabilidad proporcional entre todos los coautores de un mismo hecho dañoso (incluida la víctima) en función de la idoneidad causal de cada culpa en la producción del resultado; el rechazo de cláusulas de no responsabilidad o el aumento de las primas de los seguros en casos de culpa grave, etc. Concluye Starck que, si la garantía es una de las funciones esenciales de la responsabilidad, la prevención y la sanción de culpas caracterizadas son igualmente necesarias, y abren camino a la función represiva de la responsabilidad.³¹

Más recientemente, Suzanne Carval³² hace una completa reseña de la incidencia de la función que puede cumplir la responsabilidad civil como pena privada. Luego de efectuar un prolijo análisis de los casos en que – a juicio de la autora – la responsabilidad civil cumple una función punitiva en el ordenamiento jurídico, traza dos amplios campos en los que ella se revela como una herramienta indispensable: la protección de la personalidad humana, y la moralización del orden económico.

Es posible señalar que en el esquema de un derecho individualista el incumplimiento contractual es moralmente neutro (*efficient breach of contract*). Sin embargo, el propio derecho del *common law* acepta excepciones, y ha ido elaborando, entre ellas, la situación en la cual el demandado es un proveedor de bienes o servicios consumidos por el público (antiguamente, los fonderos, posaderos, herreros y conductores de carruajes).³³ Se trata de un desarrollo que ha desembocado en el derecho del consumidor: protección del libre consentimiento, buena fe, protección del contratante en situación de inferioridad.

Por otra parte, Carval señala otra gran área en la que se revela la utilidad de los daños punitivos, referida a la protección del mercado y la represión de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas, así como en el área del derecho de autor, donde tan difícil es la liquidación del daño.

Entendemos que es evidente que las profundas transformaciones de la época postmoderna (globalización, consumismo, problemas del medio ambiente) convierten a este tipo de condena en un instrumento muy apto para la defensa de intereses emergentes básicos. Se trata de un modelo a ser seriamente considerado por el legislador, y aplicado en un vasto ámbito del derecho

³¹ STARCK, Boris, *Droit Civil, Obligations*, Ed. Libraires Techniques, Paris, 1972, p. 41.

³² CARVAL, Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Paris, 1996.

³³ JOHN, Leslie, “Punitive damages in the borderland of contract and tort”, en *California Law Rev.*, vol 75, jan. 1987, No. 1, p. 2033, nota 1.

JUS CIVILE



civil, si es que éste aspira a continuar cumpliendo su función natural, que no es otra que – como ya expresó Domat hace más de 300 años – regular las relaciones humanas en vista de la satisfacción de las necesidades.

El hecho mismo de que el daño es colocado en la actualidad como el verdadero centro de la doctrina de la responsabilidad civil aumenta la trascendencia de su conceptualización. En efecto, es presupuesto de la responsabilidad la existencia de un daño resarcible. Pero el concepto de daño resarcible ha ido en progresiva ampliación.

La noción de daño patrimonial se funda en el concepto de equivalencia económica del dinero propio del mercado, que asigna a los bienes un valor de cambio expresable monetariamente. La lesión de un bien es entonces daño si determina una disminución de aquel valor de cambio, que determina el cálculo de la cantidad correspondiente al resarcimiento. Pero la definición del daño como lesión de un derecho o interés protegido expresa la necesidad de ampliar el ámbito operativo de la tutela más allá de las hipótesis de daño económicamente relevante. Hoy día el mercado está fuertemente incidido por regulaciones. Se aprecian los valores personalistas, que generan una necesidad de tutela y garantía frente a hechos lesivos no reducibles a la lógica económica.

Ante esa realidad, queda en evidencia la inidoneidad del modelo monetario para expresar la entidad del daño resarcible. En este mundo nuevo, globalizado, aparecen en forma impactante nuevos comportamientos lesivos de características muy específicas. Se trata de operaciones masivas en el mercado, que provocan pequeños daños individuales pero grandes daños colectivos. Cada sujeto individual, por tanto, no está proclive a reclamar por la lesión de su derecho porque los costos del juicio lo disuadirán de tal conducta. Esta circunstancia es aprovechada por empresarios inescrupulosos.

Lo mismo ocurre con el daño al medio ambiente. No se daña a nadie en particular. Uno o varios empresarios lucran con ello, especulando con que nadie en forma particular va a iniciar una acción, y aun cuando lo haga, el riesgo es que sea condenado a reparar los daños, que, en el caso individual, son pequeños.

6. — No obstante, pese a la indudable funcionalidad del instituto de los daños punitivos en la sociedad postmoderna, el mismo encuentra en los países de derecho civil radicales y viscerales resistencias. En efecto, el instituto de los daños punitivos no es aceptado, como tal, en casi ninguno de los países del derecho civil, estando restringida su aplicación al área del *common law*.

Es significativa la cita de Busnelli, quien ya en la década de los años 30 sostenía la importancia de una rigurosa repartición de roles entre la responsabilidad civil y otros institutos de protección o tutela de intereses lesionados; subrayando en particular, la oportunidad de ordenar los diversos casos de sanciones civiles pecuniarias o penas privadas reconocidas en la legislación, categoría que según Busnelli podía tener una utilidad perdurable a condición de que se la distinguiese, ya sea desde el punto de vista estructural como funcional, de la tutela aquiliana derivada de la regla general de la responsabilidad civil.

Llevando la cuestión al extremo, toda connotación punitiva de la responsabilidad civil es



considerada como una lesión al principio de laicidad republicana y de sumisión del juez al principio de legalidad. Alguna doctrina ha hablado de “secularización” de la responsabilidad civil, aludiendo a su exclusiva función reparatoria.³⁴

Señala Baudouin que la concepción del daño punitivo es extraña al derecho civil clásico, para el cual, en principio, la responsabilidad civil tiene únicamente una función reparatoria y que deja a la responsabilidad penal el cuidado de castigar una conducta juzgada reprensible.³⁵

Es explicable para esta mentalidad civilista, que en el anteproyecto de Código Civil de Québec,³⁶ al incorporar, como instituto de portada general, a los daños ejemplares, se hubiera establecido en su art. 1680, que el Tribunal quedara facultado para designar como beneficiario de los daños ejemplares, a un organismo público o asociación que “estuviera directamente interesada en la prevención del género de hecho perjudicial reprochado al deudor”. La solución proyectada para el Código Civil de Québec finalmente encontró demasiadas resistencias como para ser finalmente incorporada en el texto definitivo, pero es – para nosotros – de suma trascendencia. Implica un verdadero modelo alternativo de la responsabilidad civil, en el que no sólo juega el interés individual, sino que se reconoce un rol importante al interés colectivo, agrupado y organizado para su defensa en una sociedad democrática y pluralista.

El art. 1621 del code civil del Québec no establece los daños punitivos con carácter general, sino que será la ley que los impondrá caso por caso, disponiendo solamente una regla general:

“Lorsque la loi prévoit l’attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive. Ils s’apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l’étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.”

7. — En el derecho argentino, la forma como la cuestión de los daños punitivos estaba planteada no difería en gran medida respecto de los parámetros culturales propios de la generalidad de los países de derecho civil.³⁷ Sin embargo, ya en ocasión de la sanción de la ley de protección de los consumidores, se había incorporado una previsión al respecto.³⁸ El proyecto de Có-

³⁴ La imagen de la secularización de la responsabilidad civil se encuentra CASTRONOVO, Carlo, *La nuova responsabilità civile*, 3a ed., Giuffrè, Milano, 2006, 283 y 325.

³⁵ BAUDOUIN, J.L., *La responsabilité civile délictuelle*, Les éditions Yvon Blais Inc., Québec, 1990, p. 113.

³⁶ Para un análisis de la disciplina de los daños punitivos en Canadá, v. DE CORES, Carlos, Los daños ejemplares. Un estudio de derecho civil canadiense y uruguayo, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, No. 1, Montevideo, 2000, p. 223 y ss.

³⁷ CAUMONT, Arturo, LARRAÑAGA, Luis, SAUX, Edgardo, Los daños punitivos en el sistema civil argentino”, en *Anuario de derecho civil uruguayo*, tomo XXIX, FCU, Montevideo, 1999, p. 413.

³⁸ El art. 52 bis de la ley 24240 relativa a las relaciones de consumo en la redacción dada por la ley 26.361 de 7 de abril de 2008, reza así: “Artículo 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o con-

JUS CIVILE



digo Civil y Comercial de la Nación Argentina elaborado bajo la dirección de Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer de Carlucci contenía un título V relativo a “otras fuentes de las obligaciones”, cuyo capítulo I alude a la responsabilidad civil. Su primer artículo, en el ámbito de las disposiciones generales, bajo el *nomen iuris* “funciones de la reparación”, establecía expresamente que las mismas son aplicables “a la prevención del daño y a su reparación”.

La descripción del supuesto referido a la función preventiva se encontraba en el artículo 1710, donde resulta que toda persona tiene el deber de prevenir el daño, situación pasiva que comprende las siguientes conductas:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.

El art. 1711 menciona a la acción preventiva, que procede toda vez que “una omisión antijurídica haga previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”. Aquí aparece la idea de la “prevención del daño” que desarrollaba Adela Seguí, coherentes con el principio precautorio y con el de la coordinación de dos derechos: el principio de libertad que puede invocar el demandado, y el principio de prevención de los daños que sostendrá el actor.

Todas estas disposiciones contenidas en el Anteproyecto fueron reproducidas casi sin modificaciones en el texto definitivo sancionado por el Congreso.

Es en relación con los artículos 1714 y 1715 que el Anteproyecto resultó modificado por el código finalmente aprobado, y ello dice relación precisamente con los daños punitivos.

Los art. 1714 y 1715 del Anteproyecto rezaban así:

ARTÍCULO 1714.– Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

tractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.



ARTÍCULO 1715.— Punción excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

Esta redacción fue sustituida por el texto de los art. 1714 y 1715, que aluden solamente a la punición excesiva:

ARTICULO 1714.— Punción excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

ARTICULO 1715.— Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

De este modo, el legislador argentino, pagando tributo al consabido prejuicio civilista, renunció a consagrar a nivel del sistema general del derecho privado, el instrumento de los daños punitivos, quedando la misma reducida a la previsión del art. 52 bis de la ley 24240 relativa a las relaciones de consumo en la redacción dada por la ley 26.361 de 7 de abril de 2008.

ARTICULO 52 bis: — [Daño Punitivo].

Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

En nuestra opinión, el código argentino perdió una excelente oportunidad de consolidar un instrumento de función preventiva de los daños por medio de la condena punitiva como remedio general del derecho civil, quedando a medio camino, ya que una vez anunciado el principio de que la responsabilidad civil no se reduce a la sola función indemnizatoria, no concretó la consagración con carácter general de un instituto posee importante aptitud para mejorar el sistema tradicional de la responsabilidad civil continental.

8. — Esta actitud del legislador argentino, aunque no es compartible, es comprensible. Como señalamos, la tradición civilística ha sido siempre radical en rechazar el instituto de los daños punitivos, resistiéndose a admitir confusión alguna entre el estatuto resarcitorio y el punitivo-disuasivo, disminuyendo así — quíerese o no acéptalo — la función preventiva de la responsabilidad civil.

Sin embargo, una reciente jurisprudencia de la corte de casación italiana hace aparecer en el panorama comparado una flexibilización a esta tradicional postura de rechazo propia del derecho continental. Considerando el rol de vanguardia que le es sin duda reconocido al derecho ci-



vil italiano, es de interés considerar en detalle esta evolución. Ella se percibe si se toma en cuenta la mutación operada en el pensamiento de los supremos magistrados italianos en los últimos diez años, que se manifiestan en las sentencias que han resuelto casos de *exequatur* de sentencias extranjeras ejecutoriadas provenientes de países del *common law*.

El caso a referir es AXO Sport SpA c. Nosa Inc., en el cual estaba en juego la homologación para su ejecución en el territorio italiano, de una sentencia de condena en daños punitivos pronunciada en los Estados Unidos.³⁹ Y el cambio de actitud se hace evidente en la evolución del criterio para resolver el problema de si la condena en daños punitivos puede considerarse o no contraria al orden público italiano.⁴⁰

En esa saga, la primera sentencia a considerar, representativa de la posición tradicional, es la Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183. La Sección Tercera había reafirmado en esa oportunidad que la idea de la punición y de la sanción es extraña a la disciplina positiva de la responsabilidad civil, así como le es indiferente la conducta del sujeto que causa el daño: la competencia que se asigna al resarcimiento del daño es la restauración de la esfera patrimonial del sujeto que ha sufrido la lesión, mediante el pago de una suma de dinero que tienda a eliminar las consecuencias del perjuicio producido. Señala Carlotta Demenech en la tesis de doctorado recién citada, que este pasaje es reproducción exacta de la formulación de Salvatore Patti para la voz “pena privada”.⁴¹ Siendo por consecuencia los daños punitivos contrarios a la esencia de la responsabilidad civil, se entendía que una cuestión de orden público obstaba a su ejecución en Italia.

En una segunda sentencia de la Sección Primera, del 8 de febrero de 2012, n. 1781, se mantuvo el criterio indicado, pero evidenciándose una mayor apertura del ordenamiento italiano a valores jurídicos de otras naciones, por cuanto se admitió que el ingreso de productos judiciales extranjeros sólo puede ser obstaculizado por una argumentación adecuada.

El tercer pronunciamiento de la corte de Casación que interesa considerar es de mayo de 2016 (caso AXO Sport SpA vs. NOSA Inc.).⁴² En el mismo, la Primera Sección considera que la cuestión de la o las funciones de la responsabilidad civil es de máxima importancia y amerita un pronunciamiento de las Secciones Unidas, el cual ocurrió finalmente en la sentencia No. 16601 de 5 de julio de 2017.⁴³

³⁹ Es a todas luces obvio que el campo en el cual ha de manifestarse en forma aguda la resistencia del derecho civil a la aplicación de daños punitivos es el de la homologación de sentencias extranjeras que contienen condenas en ese tipo de daños. La misma problemática ha sido informada en relación con las dificultades del ordenamiento jurídico japonés. V. BRASLOW, Norman T., “The Recognition and Enforcement of Common Law Punitive Damages in a Civil Law System: Some Reflections on the Japanese Experience”, 16 Arizona Journal of International and comparative Law, n. 285, 1999, p. 288-299.

⁴⁰ Para un planteamiento actual de la cuestión, v. La questione dei «danni punitivi», uno studio sulla dimensione sanzionatoria del diritto privato. Tesi di dottorato di Carlotta De Menech tutor: Chiar.mo Prof. Carlo Granelli, Università degli Studi di Pavia, dottorato di ricerca in diritto privato, diritto romano e cultura giuridica europea, XXIX ciclo.

⁴¹ PATTI, Salvatore, voce *Pena privata*, in *Dig. it.*, XIII, Torino, 2004, 353.

⁴² Se trata de Cass., sez. I, ord. 16 maggio 2016, n. 9978, en *Corr. giur.*, 2016, 912, con nota de C. Scognamiglio; y en *Danno e resp.*, 2016, 827, con nota de P. G. Monateri y G. Ponzanelli.

⁴³ Puede verse un comentario en VENCHIARUTTI, Angelo. “The Recognition of Punitive Damages in Italy: A



La sentencia de la Primera Sección plantea pues el problema en términos de determinar la función de la responsabilidad civil, y las Secciones Unidas admiten el método. En el numeral 5.1, las Secciones Unidas aluden a que, en el 2007, la casación había afirmado que la idea de punición o sanción, así como la conducta del ofensor, eran extrañas e indiferentes al resarcimiento del daño, afirmando que su exclusiva función era la de “restaurar la esfera patrimonial” del sujeto lesionado. Sin embargo, las Secciones Unidas recuerdan asimismo un pronunciamiento del año 2015 (SU 9100/2015, en el tema de la responsabilidad de los administradores) que afirmó que la función sancionatoria no es más “incompatible con los principios generales de nuestro ordenamiento, como se entendía anteriormente, ya que en las últimas décadas se han introducido, aquí y allá, disposiciones tendientes a dar una connotación sancionatoria, en sentido amplio, al resarcimiento”.

Las Secciones Unidas, por tanto, cuestionan la concepción *monofuncional* de la responsabilidad civil, sosteniendo la tesis de la pluralidad funcional.

Aludiendo a la trayectoria recorrida por el instituto de la responsabilidad civil en estos últimos años, afirma la Corte que en una síntesis extrema, puede decirse que junto con la función preponderante y primaria de la compensación reparatoria (que siempre se acerca a la prevención) ha aparecido una naturaleza *polifuncional*,⁴⁴ que se proyecta hacia varias áreas, entre las cuales son principales la preventiva (o deterrente o disuasiva) y la sancionatoria-punitiva. La sentencia enumera una larga lista de hipótesis de sanciones legales que según las Secciones Unidas son un signo de la multiplicidad de funciones que distinguen la actualidad del problemático instituto.

Este carácter polifuncional se nutre fundamentalmente de la exigencia de la efectividad de la tutela, que en muchos casos quedaría sacrificada en la estrechez monofuncional.

Ello no significa – indica la Corte – que el instituto aquiliano haya mudado su esencia y que este desvío preventivo-sancionatorio permita a los jueces italianos imprimir en forma subjetiva una acentuación de los resarcimientos liquidados, ya sea en materia contractual o extracontractual. Toda imposición de una prestación personal exige una “intermediación legislativa”, a instancia del principio del art. 23 de la Constitución, que pone una reserva de ley en cuanto a nuevas prestaciones patrimoniales y precluye un incontrolado subjetivismo judicial.

Lo mismo es exigible para el exequatur de condenas extranjeras, respecto de las cuales se re-

commentary on *Cass Sez Un 5 July 2017, 16601, AXO Sport, SpA v NOSA Inc*. *Journal Of European Tort Law* 9, no. 1 (April 2018): 104-122. *Academic Search Complete*, EBSCOHOST (accessed May 31, 2018).

⁴⁴ La Corte alude a los análisis de la doctrina, indicando que un autor ha puesto de relieve más de diez funciones. En ese sentido, puede verse ALPA, Guido, *Responsabilità civile*, pág. 6. t. I, Giuffrè, Milano, 1979, que incluye como funciones de la responsabilidad civil: a) la de publicidad negativa de los actos

irregulares conocidos por la gestión judicial; b) la distribución eficiente y justa de las pérdidas causadas por el perjuicio; c) la reducción de los costos de transacción y de los costos judiciales; d) la asignación de una distribución correcta de estos costos sobre las empresas para que este tipo de pérdida lleve a presionar para reducir daños; e) la satisfacción de las necesidades de seguridad de las personas; f) el ejercicio de un control sobre actividades humanas; g) la reafirmación del poder sancionatorio del Estado; h) el aseguramiento al sistema capitalista el máximo de beneficios, incitando a evitar el costo de daños resarcibles; y finalmente i) el desincentivo de actos perjudiciales a terceros.



quiere un anclaje normativo para la condena; o sea que el principio de legalidad postula que toda sentencia extranjera a “resarcimientos punitivos” debe provenir de una fuente normativa reconocible, es decir, que el juez haya pronunciado su condena sobre bases normativas adecuadas, que respondan al principio de tipicidad y previsibilidad. Se requiere por tanto una ley o una fuente de categoría similar, que haya regulado la materia según principios y soluciones con efectos que no resulten contrastantes con el ordenamiento italiano. Lo que significa que deberá existir una definición precisa del perímetro del supuesto (tipicidad) y puntualización de los límites cuantitativos de las condenas (previsibilidad).

Señala Ponzanelli que la sentencia no puede entenderse como un reconocimiento general a la figura del resarcimiento punitivo en manos de magistrado.⁴⁵ Sin embargo, queda abierto el reconocimiento a la singularidad de cada ordenamiento, según la atención que se preste a la figura del autor del ilícito o a la del damnificado, en cuanto a la declinación de los resarcimientos punitivos y su anclaje a perfiles más bien sancionatorios o más estrictamente compensatorios, que responderá verosímelmente al carácter culposo o doloso del ilícito, lo que conecta el tema con el principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y de las penas.

Ello que implica que los jueces de mérito deberán controlar la proporcionalidad entre el resarcimiento reparatorio-compensativo y resarcimiento punitivo, y entre este último y la conducta censurada, ya que la proporcionalidad del resarcimiento, cualquiera sea su articulación, es sí uno de los elementos cardinales de la responsabilidad civil.⁴⁶

La apertura a la multifuncionalidad es consagrada en el numeral 8 de la sentencia dictada por las Secciones Unidas: en el ordenamiento vigente, no se asigna a la responsabilidad civil la competencia exclusiva de restaurar la esfera patrimonial del sujeto que ha sufrido una lesión, ya que también son propias del sistema la función de prevención (*deterrenza*) y la sancionatoria del responsable civil.

No puede, por tanto, considerarse ontológicamente incompatible con el ordenamiento italiano el instituto de origen estadounidense de los daños punitivos. Sin embargo, el reconocimiento de una sentencia extranjera que contenga un pronunciamiento de tal género, debe no obstante corresponder a la condición establecida en el ordenamiento extranjero, sobre bases normativas que garanticen la tipicidad de las hipótesis de condena, la previsibilidad de la misma y los límites cuantitativos.

⁴⁵ PONZANELLI, Giulio, “Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?”, en www.juscivile.it. En el mismo sentido CORSI, Giorgia, “Danni punitivi: ancora attese le sezioni unite”; DE NOVA, Giorgio, “Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages”; DEMENECH, Carlotta, “Verso il riconoscimento dei danni punitivi?”, loc. cit.

⁴⁶ Es de señalar que esta cuestión de la proporcionalidad no es ajena a la discusión del asunto en los Estados Unidos, donde la Suprema Corte ha planteado en repetidas ocasiones que una condena en daños punitivos que sea “grossly excessive” o “skyrocketing” puede implicar una violación de las reglas constitucionales del debido proceso. V. MOMIOKA, Hironari, “Punitive damages revisited: a statistical analysis of how federal circuit courts decide the constitutionality of such awards”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 65, no. 3, July 2017, p. 379-410. *Academic Search Complete*, EBSCOHOST (accessed June 2, 2018).



9. — Debe aceptarse como una verdad que en la visión del derecho propia de los sistemas continentales, no se admite cómodamente el empleo de la responsabilidad civil en función punitiva.⁴⁷ Señala Gamarra⁴⁸ que podría reprocharse a una política legislativa de estímulo de las penas privadas, el pretender retornar a épocas rudimentarias, resurgiendo institutos ya caducos. Sin embargo, citando a Hugueney concluye que las penas privadas en el presente no sólo “gozan de buena salud”, sino que constituyen un instrumento útil para el cumplimiento de una función intimidatoria tendiente a impedir la violación de la regla de conducta defensora de “valores muy delicados”. Es aquí — enseña Gamarra — donde se encuentra la gran utilidad de la pena privada. Sin llegar al pesado extremo de tipificar delictivamente la violación de algunos deberes, permite sustituir la pena pública por la pena privada, cuando se trata de “pequeños delitos”, tutelando mejor algunos derechos y situaciones (que merecen atención especial).

Lo que dice Gamarra es muy sabio, porque todos tenemos experiencia de que la gestión de la criminalidad no es precisamente el caso en que el Estado demuestra mayor eficiencia. La concesión a los jueces civiles de la potestad de condenar en daños punitivos, por medio de normas legales que precisaran sus límites y condiciones en base al respeto de los principios constitucionales, contribuiría a involucrar al poder judicial en la policía de los comportamientos ciudadanos.

Constituyen, al decir de Clarence Morris, “*a serviceable tool for the protection of the general security*”.⁴⁹ Y en fecha más reciente, concluye Momioka⁵⁰ — desde una visión externa al mundo anglosajón, pues lo hace desde la perspectiva de un observador japonés — que el sistema de los daños punitivos ha servido en forma permanente al propósito de la justicia social, permitiendo a las víctimas de las grandes compañías lograr el reconocimiento de sus derechos por medio de la justicia civil.

La particular utilidad de las penas privadas y de los daños punitivos para proteger derechos fundamentales de rango constitucional, y para proteger los derechos de los más débiles, haciendo efectivo el principio de igualdad, hace que debiéramos considerarlo como tema relevante y punto de discusión en la agenda de las reformas posibles del derecho civil actual. Es posible que su uso pueda ser considerado insoslayable en la sociedad postmoderna.

Naturalmente, no es sostenible que esta herramienta sea empleada *motu proprio* por el Juez, sin previsión legislativa ni control institucional. Pero compete a los juristas promover un debate sin prejuicios, porque en aras de un progreso del derecho, y en particular, como forma de hacer efectiva la función preventiva, no constituye una actitud racional seguir rechazando — en base a

⁴⁷ GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XXV, FCU, Montevideo, 1994, p. 391.

⁴⁸ GAMARRA, Jorge, *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XVIII, FCU, Montevideo, 2006, p. 191.

⁴⁹ MORRIS, Clarence, “Punitive damages in tort cases”, en *Harvard Law Review*, vol. XLIV, Cambridge, Mass., 1931, p. 1187.

⁵⁰ MOMIOKA, Hironari, “Punitive damages revisited: a statistical analysis of how federal circuit courts decide the constitutionality of such awards”, en *Cleveland State Law Review*, vol. 65, no. 3, july 2017, p. 379-410. *Academic Search Complete*, EBSCOHOST (accessed June 2, 2018).

JUS CIVILE



prejuicios conceptuales que se encuentran desmentidos por la experiencia jurídica contemporánea – el uso del instituto de los daños punitivos, que en los ámbitos en los que se aplica, ha contribuido probada y significativamente a superar la valencia exclusivamente reparadora de la responsabilidad civil, y a alcanzar en forma efectiva su función preventiva.

The regard of prevention as a function of civil liability law is becoming increasingly as a part of common speech. On that basis, the aim of the present study is to focus the institution of punitive or exemplary damages, widely admitted in the common law systems, but strongly resisted in civil law countries. A recent judgement by the Italian Corte di Cassazione allows a new perspective in the consideration of this legal device. The hypothesis is that receiving punitive damages in civil law systems could improve significantly the role assigned to prevention as a function of civil liability, promoting its efficiency. Anyhow, the pertinence of the debate is undoubtful.



EL CONSENTIMIENTO INFORMADO: ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTOS CON OPIOIDES

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El principio general del consentimiento informado. – 2.1. La información a) ¿De qué se debe informar? b) ¿Quién debe informar? c) ¿A quién se debe informar? d) ¿Cuándo y cómo informar? – 2.2 Prestación del consentimiento a) ¿Quién consiente? b) ¿Cómo se manifiesta el consentimiento? c) ¿Se puede prescindir del consentimiento del paciente? – 3. Particularidades del consentimiento en tratamientos a menores.

1. — Desde hace algún un tiempo, los medios de comunicación se han venido haciendo eco de una preocupación creciente entre la opinión pública, como es la relativa al importante número de fallecimientos ocasionados por el consumo excesivo de opiáceos y otros medicamentos que habían sido obtenidos mediante prescripción facultativa ¹.

Según un artículo publicado en *The Guardian* por Jean Nevius², el uso de los opiáceos en EEUU se remonta a la llegada de los primeros colonos allá por 1620, siendo así que en los primeros y duros tiempos de la conquista, era sumamente frecuente la utilización de láudano para combatir el dolor generado por enfermedades tales como la viruela, el cólera y la disentería. Más tarde, ya en el siglo XIX se generalizó el uso “recreativo” del opio siendo, además, habitual su empleo en dentífricos y como jarabe relajante para “niños revoltosos”. En 1906 se promulgó la *Ley de Drogas y alimentos no adulterados*, y tres años más tarde, la *Ley de exclusión del opio* que, sin embargo, no lograron erradicar el problema. Tras distintas iniciativas legales, todas ellas tendentes a paliar las terribles consecuencias del consumo excesivo de opiáceos, el artículo termina con una apocalíptica afirmación: “mañana, otros 44 estadounidenses morirán como consecuencia de los calmantes que toman, según los datos de los Centros para el Control y la Pre-

¹ El titular publicado por la BBC en el 2011 no puede ser más ilustrativo: “Los analgésicos causan más muertes en EE.UU. que la cocaína”. En el primer párrafo del artículo se señala que “cada día mueren 100 personas a causa de una sobredosis en Estados Unidos y la mayoría de estas sobredosis ocurren con medicamentos que requieren una receta médica”

(http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/11/111102_epidemia_analgescicos_eeuu_men)

La información digital existente al respecto es, ciertamente abundante y, con frecuencia, se reiteran las mismas o parecidas afirmaciones: “Las consecuencias nefastas del abuso a opioides ya no es únicamente responsabilidad del mercado negro y el tráfico de drogas en la calle, sino ahora también de las compañías farmacéuticas y sistemas de salud”

(<http://www.saludyfarmacos.org/lang/es/boletin-farmacos/boletines/ago2014/ago2014704/>)

² Se trata de un interesante artículo que narra la historia de los opiáceos en los EEUU que, traducido por Emma Reverter, se encuentra disponible en https://www.eldiario.es/theguardian/historia-opiaceos-Unidos-infantil-militar_0_495900433.html



vención de Enfermedades. Si la historia puede servirnos como referente, una ley no puede curar una enfermedad y lo único que conseguirá es que los adictos tengan que buscar otras vías para obtener su dosis”.

En todo caso, podríamos preguntarnos si la experiencia americana es trasladable a los países de nuestra órbita continental y, si la respuesta es positiva, deberíamos plantearnos por la posible existencia de medios adecuados para evitar la proliferación del fenómeno. Desde un punto de vista legal, el contenido de la exposición habría de centrarse en los requisitos legales que deberían cumplirse en orden a una correcta prescripción del uso de tan peligrosos medicamentos (creo que, a la vista de los datos publicados, no constituye un exceso verbal calificarlos así).

Desde la perspectiva indicada, el régimen legal del consentimiento informado alcanza un protagonismo indiscutible.

2. — De todos es bien sabido que, mediante el consentimiento del enfermo, se convierten en lícitos ciertos comportamientos del facultativo que, en otras circunstancias, podrían ser penalmente relevantes³. Como se ha encargado de precisar la jurisprudencia, el consentimiento informado es hoy un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis ad hoc*⁴, de modo que el facultativo no podrá alegar correcto ejercicio de su profesión, de acuerdo con las concretas circunstancias concurrentes si, con carácter previo, no ha obtenido la autorización del paciente.

La doctrina del consentimiento informado no constituye una constante de la tradición médica, siendo una conquista relativamente reciente. En sus orígenes, el desempeño de la medicina estaba basado en el principio de beneficencia, de modo que el profesional había de procurar lo que mejor conviniese al paciente, pero sin necesidad de contar con su opinión. A este último no sólo le faltaban los conocimientos técnicos adecuados para comprender el alcance de la terapia, sino que, además, como sujeto enfermo, se presumía que no se encontraba en condiciones de discernir adecuadamente. Estaríamos hablando de una especie de “despotismo ilustrado” ejercido por el médico. Será posteriormente cuando este paternalismo médico, de modo gradual, se vea sustituido por el reconocimiento de un principio de autonomía del propio enfermo. Responsable de este cambio radical no lo es únicamente el mayor respeto que se dispensa a la dignidad humana sino, también (y de forma sustancial), la necesidad de la clase médica de defenderse

³ En tal sentido, previene el art. 156.1º del Código penal (en adelante, CP), que “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transsexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

⁴ Con cita de abundante jurisprudencia previa, en la STS 27 diciembre 2011 (RJ 2012/3102) se señala que “la falta o insuficiencia de la información debida al paciente... constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la *lex artis ad hoc*, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan”.



contra el cada vez mayor número de demandas interpuestas por pacientes insatisfechos. Desde esta perspectiva se ha llegado incluso a hablar del consentimiento informado calificándolo de *praxis* médica “defensiva”.

La más depurada expresión legal del referido principio en el ordenamiento español se encuentra en la Ley 41/2002⁵, cuyo art. 2.2º establece que “*toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley*”⁶.

Del contenido del precepto cabría destacar, en línea de principio, el alcance general del mismo (“*toda actuación en el ámbito de la sanidad*”), de donde se deduce que también se exigirá en relación con la prescripción de medicamentos (máxime cuando de la ingesta de los mismos pueden derivarse serios riesgos para la salud del paciente o graves efectos colaterales)⁷.

En cualquier caso, para que el consentimiento informado convierta en lícita la actuación del facultativo, han de concurrir —como fácilmente puede colegirse de su nombre— dos elementos: información y consentimiento.

2.1. — La válida emisión por el paciente de su consentimiento requiere que se le haya pro-

⁵ Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LBAP). El texto original ha sido objeto de diversas reformas, la última, operada en el 2015.

Además de esta ley de ámbito general, existe normativa autonómica reguladora del consentimiento informado. Así, por ejemplo, la ley gallega 3/2001, de 28 mayo, *Reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes* (reformada en 2005); Orden de 8 julio 2009, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, *por la que dicta instrucciones a los Centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en relación al procedimiento de Consentimiento Informado*; Ley de Salud de Valencia (Ley 10/2014, de 29 de diciembre, última modificación en abril de 2018); Ley de Autonomía del Paciente y Derechos de Información y Documentación Clínica de Cataluña (Ley 21/2000, de 29 de diciembre. Última modificación en enero 2011); Ley Foral de Derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra (Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre). Última modificación en enero de 2017). En nuestra exposición sólo vamos a referirnos, salvo contadas excepciones, al régimen general representado por la primera de las leyes citadas.

⁶ Se define el consentimiento informado como “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*” (art. 3 LBAP).

⁷ De acuerdo con lo establecido en art. 19.2º de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (Ley 1/2015, de 24 de julio), “*estarán en todo caso sujetos a prescripción médica los medicamentos que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:*

a) Puedan presentar un peligro, directa o indirectamente, incluso en condiciones normales de uso, si se utilizan sin control médico.

b) Se utilicen frecuentemente, y de forma muy considerable, en condiciones anormales de utilización, y ello pueda suponer, directa o indirectamente, un peligro para la salud.

c) Contengan sustancias o preparados a base de dichas sustancias, cuya actividad y/o reacciones adversas sea necesario estudiar más detalladamente.

d) Se administren por vía parenteral, salvo casos excepcionales, por prescripción médica”.

Por su parte, Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, relativo al control de sustancias psicotrópicas (última modificación en noviembre de 2017), dispone que “*... los aludidos preparados habrán de prescribirse en receta médica con los datos e información precisos para la ejecución y comprobación correcta de las dispensaciones*”.



porcionado la información necesaria sobre determinados extremos relativos a su enfermedad. Únicamente de este modo su voluntad se habrá formado adecuadamente en orden a autorizar el tratamiento al que va a ser sometido. En torno a este deber caben formularse distintas preguntas, cuya adecuada respuesta permitirá determinar cuándo nos encontramos ante una información eficaz en orden a validar el consentimiento prestado:

a) ¿De qué se debe informar?

Evidentemente, al formular esta cuestión nos estamos preguntando por el contenido específico del deber de información. A este respecto, señala que el art. 4.1º, *in fine* que “*comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*”.

Pues bien, contrariamente a lo que se aprecia habitualmente en los protocolos de consentimiento informado, la información no tiene por qué extenderse hasta las últimas (y, normalmente, fatales) consecuencias que puedan derivarse de la actuación médica a la que se refiere. En tal sentido, el art. 10.1º LBAP alude expresamente a los siguientes extremos:

“a) *Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.*

b) *Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.*

c) *Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.*

d) *Las contraindicaciones*”.

Quiere ello decir que el deber de información no tendría necesariamente que extenderse al riesgo remoto –posible, pero improbable⁸–, sin que, por otra parte, su inclusión en el protocolo de consentimiento permita eludir la responsabilidad del facultativo, si llega, en efecto, a materializarse⁹.

⁸ Como dice el Tribunal Supremo en su Sentencia 24 noviembre 2016 (RJ 2016\5649), “... no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria –SSTS de 28 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10164), 17 de abril de 2007 (RJ 2007, 3541) y 30 de abril de 2007 (RJ 2007, 2397)...”.

⁹ Dicho en otras palabras, la *praxis* defensiva que representa la firma, por parte del paciente, del protocolo de consentimiento, no alcanza al resultado desproporcionado (en relación con el tipo de actuación practicada), por mucho que se haya aludido al mismo en el referido documento. El daño desproporcionado –STS de 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5004)– “es aquél no explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo ... Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS 30 de junio 2009 (RJ 2009, 6460), 27 de diciembre 2011 (RJ 2012, 166), entre otras)”, “sin que ello implique la objetivación, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico,



Ciertamente, la jurisprudencia se ha encargado de establecer distintos parámetros de exigencia, en relación con la información sobre riesgos que hay que suministrar, según se trate de medicina satisfactiva o necesaria, enfatizando esta exigencia cuando se trata de la primera¹⁰. Ahora bien, puesto que el supuesto sobre el que versan las presentes líneas –prescripción de opioides– se ubicaría dentro de la medicina necesaria –como terapia indicada para combatir el dolor–, vamos a obviar toda referencia a la práctica médica puramente satisfactiva (dentro de la que podrían encuadrarse, por ejemplo, las intervenciones destinadas a la mejora física o estética del paciente o la transformación de una actividad biológica).

Al contenido legalmente constitutivo de la información básica que debe suministrarse al paciente, la jurisprudencia ha añadido la relativa a los posibles tratamientos alternativos¹¹, a fin de que el paciente pueda sopesar adecuadamente la necesidad de la actuación médica y, en su caso, decida someterse a ella con pleno conocimiento de causa. Así, por ejemplo, en la STS 1 junio 2011 se consideró que hubo válida emisión del consentimiento informado porque “el paciente conocía perfectamente el tipo de intervención a que iba a ser sometido, sus alternativas, riesgos y posible consecuencias o secuelas”¹². La información acerca de la posible existencia de tratamientos alternativos parece particularmente necesaria en todos aquellos casos en los que el paciente, al acceder a la concreta actuación médica, asume importantes riesgos vitales y, creemos, la adquisición de un hábito de consumo, de una dependencia que puede llevarle a un fatal desen-

sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia...” (STS 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789)).

Como ya señalamos en el trabajo “Función y desnaturalización de los protocolos de consentimiento informado”, publicado en la *Revista Jurídica del Notariado*, nº 65 (enero-marzo), 2008, pp. 313-341, concr. p. 340, la exoneración del facultativo frente al resultado indeseable exige, por supuesto, que al paciente se le hubiese informado sobre tal eventualidad; pero también que la práctica haya sido correcta. Semejante afirmación se encuentra respaldada por amplia jurisprudencia ya citada en el referido trabajo.

¹⁰ Entre otras muchas, puede citarse aquí la STS 23 octubre 2008 (RJ 2008\5789), en la que expresamente se indica que “en la medicina satisfactiva ... la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria –prescindible– o de una necesidad relativa”.

¹¹ Pese a constituir una afirmación generalizada la que acentúa el protagonismo de la jurisprudencia en la exigencia de información sobre los posibles tratamientos alternativos, lo cierto es que ya la propia LBAP –si bien, fuera del ámbito específico del art. 10–, dentro de los principios generales, establecía que “*El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles*” (art. 2.3°). Por su parte, dentro del Derecho autonómico, hay normas reguladoras del consentimiento informado que expresamente se refieren a la obligación de informar sobre los posibles tratamientos alternativos. Así, el art. 49.3° de la Ley de Navarra reguladora de esta materia previene que “*La información debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas*”. Pronunciamientos análogos a éste aparecen, entre otras, en la ley gallega del consentimiento informado (art. 8).

¹² (RJ 2011/4260). En el mismo sentido y entre las más recientes, STS 27 junio 2017 (RJ 2017\3590): “... la misma Sala advirtió una quiebra generalizada de la *lex artis*, tanto en la regularidad del régimen del consentimiento informado como en la actuación propiamente médica. De esta manera la información prestada no mencionaba posibles tratamientos alternativos...”.



lace, sin duda alguna lo es. Por esta razón, al prescribir sustancias opiáceas como medio para combatir el dolor, se debería informar al paciente de la existencia, si se diera el caso, de otros procedimientos (ya sean fármacos, ya se trate de otros tipos de terapias) que, con la misma finalidad, le permitieran conseguir efectos más o menos análogos.

En definitiva, es esencial que se informe al paciente de todos aquellos extremos que pueden orientarle a fin de ejercer válidamente su derecho a decidir, de modo que pueda ejercitar adecuadamente su autonomía de la voluntad.

b) ¿Quién debe informar?

La respuesta a esta pregunta parece sencilla, por cuanto como sujeto activo del deber de información se presenta, en línea de principio, el propio facultativo. La LBAP, en su art. 4.3º, establece que *“el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”*.

Ahora bien, cuando se trata de la prescripción de un fármaco, la compañía responsable del mismo, evidentemente, asume un deber de información que se materializaría a través de los correspondientes prospectos. No obstante, en estos supuestos cabe plantearse acerca de si el deber de información sobre el medicamento en cuestión se traslada por completo del médico a la compañía farmacéutica o, si por el contrario, nos encontraríamos ante supuestos de deberes de información concurrentes.

Pues bien, en este sentido, el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre¹³, previene en su art. 29.2º que *“el etiquetado y el prospecto garantizarán la inequívoca identificación del medicamento, proporcionando la información necesaria para su correcta administración y uso por los pacientes o usuarios y, en su caso, por los profesionales sanitarios”*, estableciendo en su art. 36 los requisitos generales del prospecto¹⁴, con remisión a lo establecido en el Anexo V de la nor-

¹³ Que regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (versión vigente de 18 septiembre 2013).

¹⁴ “1. El prospecto es la información escrita que acompaña al medicamento, dirigida al paciente o al usuario. En él se identifica al titular de la autorización y en su caso, el nombre del representante del titular de la autorización de comercialización y al responsable de la fabricación del medicamento, se declara su composición y se dan instrucciones para su administración, empleo y conservación, así como sus efectos adversos, interacciones, contraindicaciones y demás datos que se determinan en el anexo V, con el fin de proponer su más correcto uso y la observancia del tratamiento prescrito, así como las medidas a adoptar en caso de intoxicación.

2. El prospecto deberá estar redactado y concebido en términos claros y comprensibles para permitir que los pacientes y usuarios actúen de forma adecuada, cuando sea necesario con ayuda de los profesionales sanitarios.

3. El prospecto deberá reflejar los resultados de las consultas con los grupos de pacientes o de usuarios para garantizar su legibilidad, claridad y facilidad de comprensión para favorecer el uso correcto del medicamento.

4. Como norma general, el prospecto sólo contendrá la información concerniente al medicamento al que se refiere. No obstante, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá autorizar, en determinadas circunstancias, que se incluya información relativa a distintas dosis y formas farmacéuticas disponibles de un mismo medicamento.

5. Es obligatoria la inserción del prospecto en todos los medicamentos, salvo si toda la información exigida se incluye en el embalaje exterior o, en su defecto, en el acondicionamiento primario.

6. El titular de la autorización de comercialización garantizará que, previa solicitud de las organizaciones de



ma, en orden a la fijación del contenido informativo del mismo ¹⁵.

El análisis comparativo de la norma recién citada y la contemplada en la LBAP arroja como resultado un mayor nivel de exigencia de la primera, en cuanto al contenido del deber de información.

La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que “el prospecto constituye una vertiente fundamental del derecho a la información en el ámbito del derecho sanitario y que, con arreglo a la doctrina constitucional, se relaciona con la garantía del derecho a la integridad física y moral,

pacientes, el prospecto esté disponible en formatos apropiados para las personas invidentes o con visión parcial”.

¹⁵ “El prospecto se elaborará de conformidad con la ficha técnica, y deberá incluir los siguientes datos, en este orden:

1. Para la identificación del medicamento:

...

b) Grupo farmacoterapéutico, o tipo de actividad, en términos fácilmente comprensibles para el consumidor o usuario

2. Indicaciones terapéuticas.

3. Enumeración de las informaciones necesarias previas a la toma del medicamento:

a) contraindicaciones,

b) precauciones de empleo adecuadas,

c) interacciones medicamentosas y otras interacciones (por ejemplo, alcohol, tabaco, alimentos) que puedan afectar a la acción del medicamento,

d) advertencias especiales que deberán:

1º Tener en cuenta la situación particular de ciertas categorías de usuarios (niños, mujeres embarazadas o durante el periodo de lactancia, ancianos, deportistas, personas con ciertas patologías específicas).

2º mencionar los posibles efectos del tratamiento sobre la capacidad para conducir un vehículo o manipular determinadas máquinas;

3º incluir las advertencias relativas a los excipientes cuyo conocimiento sea importante para una utilización segura y eficaz del medicamento.

4. Instrucciones necesarias y habituales para una buena utilización, en particular:

...

d) en caso de los medicamentos radiofármacos, todas las precauciones que deban tomar el usuario y el paciente durante la preparación y administración del medicamento, y en caso necesario, cuando la naturaleza del medicamento lo requiera;

e) duración del tratamiento, cuando tenga que ser limitada;

f) medidas que deban tomarse en caso de sobredosis (por ejemplo: síntomas, tratamiento de urgencia);

g) actitud que deba tomarse en caso de que se haya omitido la administración de una o varias dosis;

h) indicación del riesgo de síndrome de abstinencia, si procede;

i) recomendación específica de consultar al médico o farmacéutico, según proceda, para cualquier aclaración sobre la utilización del producto;

5. Descripción de los efectos adversos que puedan observarse durante el uso normal del medicamento y, en su caso, medidas que deban adoptarse. Se indicará expresamente al usuario que debe comunicar a su médico, farmacéutico o profesional sanitario, cualquier efecto adverso. Además se incluirá en este apartado un texto estándar en el que se informe a los pacientes sobre la posibilidad de que notifiquen cualquier sospecha de reacción adversa directamente al Sistema Español de Farmacovigilancia (se incluirá enlace al formulario web que la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios establecerá al efecto).

....

13. Adicionalmente, los medicamentos sometidos a un seguimiento adicional deberán incluir junto al nombre del medicamento la siguiente declaración: “Este medicamento está sujeto a un seguimiento adicional”. Esta declaración irá precedida por el símbolo negro a que se refiere el artículo 1 del Reglamento de ejecución (UE) n.º 198/ 2013 de la Comisión, de 7 de marzo de 2013, y seguida por la frase explicativa normalizada que corresponda”.

Sobre esta materia también incide la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, cuyo art. 15 hace referencia a las garantías de información.



que, como derechos fundamentales contempla el artículo 15 de la Constitución Española”¹⁶, habiendo declarado el Tribunal Supremo, en relación con un medicamento en cuyo prospecto no se hallaban descritos suficientemente sus efectos adversos, que “la información en el contenido, insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco... permite calificar de defectuoso a un medicamento”¹⁷, confirmandose la responsabilidad de la compañía farmacéutica que había sido ya apreciada en instancia.

Pero con los pronunciamientos previos no se resuelve la cuestión planteada acerca de la interacción entre el deber de información que pesa sobre el médico que prescribe el tratamiento y el deber de información que incumbe a la entidad responsable del medicamento. De forma colateral afloró esta cuestión en la SAP Barcelona 20 mayo 2013, que no admitió la alegación de la empresa farmacéutica tendente a desplazar la responsabilidad hacia el médico que había prescrito el medicamento en cuestión¹⁸.

Por su parte, en la STSJ Cataluña 15 abril 2016¹⁹, en relación con la cuestión que estamos aquí planteando, se distinguió entre los medicamentos consumidos en casa (respecto de los cuales el propio paciente tenía la posibilidad de informarse a través de la lectura del prospecto) y los dispensados directamente en unas instalaciones hospitalarias (en las que no cabía semejante posibilidad)²⁰.

En cualquier caso, hay algunos extremos de la información que, *ex lege*, debe ser suministrada al paciente en las que la intervención del facultativo no puede ser sustituida por el contenido de un prospecto (por mucho que este se ajuste, efectivamente, a la legislación vigente). Más concretamente, nos estamos refiriendo a la posible existencia de tratamientos alternativos, así como a los riesgos relacionados con las circunstancias personales y profesionales del paciente en cuestión. En relación con los primeros, no parece que pueda resultar exigible a la empresa

¹⁶ SAP Barcelona 301/2012 de 7 junio (AC\2013\536).

¹⁷ STS 18 junio 2013 (RJ 2013/4630). Actualmente, la normativa sobre productos defectuosos se integra en la *Ley de Consumidores y Usuarios* (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), arts. 128 y siguientes.

¹⁸ “No podemos estar de acuerdo con el Laboratorio farmacéutico cuando afirma en su recurso que el médico prescriptor del fármaco era quien debía garantizar al paciente el cumplimiento del derecho de información. No se trata de eludir la responsabilidad del clínico por el uso de medicamentos ni tampoco desplazar aquella con el fin de eximir de responsabilidad al Laboratorio Farmacéutico. Pues sin desconocer el papel relevante del prescriptor –médico– y del dispensador –farmacéutico– la clave de todo este litigio ... viene referida precisamente a la información que contenía el prospecto; a fin de dilucidar si esta era la adecuada y suficiente para el consentimiento informado del consumidor del fármaco...” (AC\2013\2389).

¹⁹ (JUR\2016\175712).

²⁰ Más concretamente, en la referida sentencia se señala que “esta Sala con carácter general ya ha diferenciado entre aquellos medicamentos cuya dispensación se efectúa a través de la farmacia, lo que posibilita la lectura por el paciente de las indicaciones y efectos adversos que se hacen constar por la empresa farmacéutica, constituyendo un acervo de información, de aquellos dispensados en el medio hospitalario, por la farmacia del Hospital, en los que el paciente no tiene acceso en principio al prospecto y en los que, no de manera general pero si en alguna ocasión, se podría plantear un posible desconocimiento del alcance de esos efectos adversos del medicamento más allá de la información que dispensa el propio Hospital”.



farmacéutica la expresa indicación de otros fármacos o terapias que puedan cumplir una función análoga a la del propio producto. Por tal razón, con respecto a las posibles terapias alternativas, está claro que el deber de información sigue recayendo sobre el facultativo. Y en relación con el tipo de fármaco sobre el que se está hablando aquí, resulta particularmente trascendente esta información sobre terapias alternativas (si existen y, en su caso, si pueden estar aconsejadas para el particular enfermo), había cuenta de los graves efectos adversos que, al parecer, pueden derivarse del consumo habitual de aquéllos.

Estas últimas afirmaciones nos llevan precisamente hasta el segundo extremo informativo que no va a aparecer en el prospecto de un fármaco y que se concreta en los riesgos relacionados con las circunstancias personales y profesionales del concreto paciente. Ciertamente, la normativa reguladora del medicamento establece como contenido obligatorio del prospecto, entre otros extremos, *“la situación particular de ciertas categorías de usuarios (niños, mujeres embarazadas o durante el período de lactancia, ancianos, deportistas, personas con ciertas patologías específicas)”*, pero parece evidente que con esta información de tipo generalista podría no quedar cubierta las específicas circunstancias del concreto paciente que sólo su médico estaría en condiciones de valorar.

En definitiva, de lo que se trataría es que la información dispensada por el facultativo confluyera con la proporcionada por el correspondiente prospecto de manera que la voluntad del paciente quedara adecuadamente conformada. Desde esta perspectiva, las deberes de información de médico y compañía farmacéutica no serían alternativos, sino complementarios.

c) ¿A quién se debe informar?

En principio, el destinatario “natural” de esa información es el propio paciente y así se establece en la normativa aplicable²¹ que, permite, no obstante, limitar esa información por necesidades terapéuticas²², así como informar a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho²³, en la medida en que el propio enfermo lo permita de manera expresa o tácita. A este respecto, debe tenerse en consideración que toda persona tiene derecho a que se respete su intimidad, dentro de la que se incluiría, como un aspecto de la misma, la confidencialidad de los datos relativos a su salud²⁴.

²¹ “El titular del derecho a la información es el paciente”: art. 5.1º LBAP.

²² “Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho” (art. 5.4º LBAP)

²³ Entendemos que al referirse la norma en cuestión a las personas vinculadas de hecho con el paciente, está aludiendo a la pareja no matrimonial. En todo caso, dada la jurisprudencia constitucional existente en relación con este concreto extremo, puede resultar discutible la distinción entre sujetos vinculados por relaciones familiares y quienes lo están por esta otra vía, ya que la unión estable también es generadora de relaciones familiares. A título meramente ejemplificativo pude citarse la STSJ Cataluña 13 febrero 2003 (RJ 2003\4576), en la que literalmente se precisa que “... nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio...”.

²⁴ Art. 7 LBAP.



Pero puede suceder que sea el propio enfermo el que no desee ser informado, en cuyo caso, se acatará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente²⁵. Como más adelante veremos, esta expresa negativa a ser informado no implica que no haya de obtenerse su consentimiento previo para la concreta intervención que haya de practicársele.

d) ¿Cuándo y cómo informar?

Puesto que la finalidad de la información es permitir una conformación adecuada de la voluntad del paciente que le permita ejercitar válidamente su derecho a decidir, parece obvio que esa información sólo puede cumplir tal finalidad si se le dispensa antes de la prestación del consentimiento y con la antelación suficiente como para que pueda adoptar una decisión completamente consciente²⁶. La normativa aplicable no determina expresamente el plazo que debe mediar entre la información dispensada y al obtención del consentimiento. Ello es una consecuencia lógica de la diversas de elementos y factores que pueden concurrir en cada concreto supuesto, lo que obligarían a modular el tiempo de reflexión de acuerdo con las circunstancias *ad hoc*²⁷.

En otro orden de consideraciones, ha de reseñarse la obligación de suministrar la información en términos que resulten comprensibles para su destinatario lo que, igualmente, obligará al facultativo a efectuar una valoración previa con la finalidad de que el cumplimiento de su deber de información no quede por completo desvirtuado al atribuirle un contenido excesivamente técnico y, por tanto, alejado del nivel de comprensión del destinatario de esta información²⁸. En relación con la información suministrada por escrito, ya la jurisprudencia alertó de la ineficacia (en orden a la legitimación del comportamiento del facultativo) de los protocolos de consentimiento excesivamente generales²⁹.

²⁵ Sobre la configuración del “derecho a no saber” y sus implicaciones, véase M.L. Arcos Vieira, “Consentimiento no informado: reflexiones en torno a la existencia de un *derecho a no saber* aplicado a la información clínica”, en *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, (dir. M.L. Arcos Vieira), Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 23-71.

²⁶ Obviamente, por razones de urgencia en la actuación médica puede prescindirse no sólo de la información, sino incluso del propio consentimiento del paciente. En tal sentido, el art. 9.2, apartado b) LBAP establece semejante posibilidad “*Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él*”.

²⁷ De ahí que el legislador, a estos concretos efectos, normalmente se limite a exigir que la información se dé “...con antelación suficiente a la actuación asistencial para permitir a la persona elegir con libertad y conocimiento de causa” (art. 42.4º Ley 17/2010, de Navarra).

²⁸ Semejante afirmación puede fácilmente colegirse de la lectura de distintos preceptos reguladores del instituto. Así, por ejemplo, el art. 8.2º de la ley gallega ya citada exige que la información sea, entre otras cosas, “*comprensible, adecuada a las necesidades del paciente*”. La específica normativa andaluza expresamente señala que “*la información debe comunicarse a la persona interesada de forma comprensible, evitando en lo posible el uso de tecnicismos, de tal forma que, sin menoscabar la veracidad científica, se optimice al mismo tiempo la comunicación efectiva. El uso complementario de soportes audiovisuales, informáticos o herramientas de ayuda a la toma de decisiones es altamente recomendable*” (art. 1.5º). Con carácter general, el art. 4.2º LBAP precisa que la información “*se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades*”.

²⁹ Entre otras muchas, STS 15 noviembre 2006 (RJ 2006/8059).



Esta última cuestión nos lleva a otra íntimamente relacionada con ella, como es la relativa a la forma en que debe ejecutarse esta obligación. Normalmente se tiende a considerar que la prestación del consentimiento (y la consiguiente información previa) ha de ser necesariamente escrita y sólo se exige respecto de aquellas actuaciones médicas que más gravemente pueden incidir sobre la salud del paciente, como pueden ser intervenciones quirúrgicas o procedimientos diagnósticos de carácter invasivo. Sin embargo, en semejante consideración subyace un claro error de base, ya que el deber de información existe siempre: como principio esencial de la materia, el art. 2.2º LBAP previene que *“toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una **información adecuada**, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”*.

Así pues, el deber de información tiene un alcance general, si bien, por razones de operatividad, la LBAP previene que el cumplimiento del mismo se realice con verbalmente carácter general³⁰. De este modo, antes de prescribir un concreto tratamiento – del tipo que sea – debería informarse al paciente sobre los extremos a los que no hemos referido ya en un apartado precedente.

Al margen de ello, cuando se trate de una *“intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*, como el consentimiento en estos casos se exige que se preste por escrito y dicho consentimiento sólo será eficaz en la medida en que se acredite la correspondiente información previa, dicha información se suele incorporar al correspondiente documento, proporcionándose pues, de forma escrita.

En todo caso, conviene subrayar la idea ya expresada relativa a la necesidad de informar, antes de prescribir.

2.2 –También aquí es conveniente tener en cuenta ciertos extremos a fin de precisar si en el concreto supuesto se han cumplido o no con las exigencias que hacen de la prestación del consentimiento un acto con eficacia legitimadora de la actuación del facultativo:

a) ¿Quién consiente?

En línea de principio, es el propio enfermo el que ha de prestar su consentimiento al concreto tratamiento que, como ya hemos indicado, habrá de exteriorizar después de haber recibido la correspondiente información. La LBAP contempla la posibilidad de que el paciente no se encuentre en condiciones de exteriorizar su consentimiento. Dejando al margen la hipótesis del enfermo menor –al que nos referiremos en un epígrafe específico– caben aquí varios escenarios posibles:

³⁰ En efecto, dispone el art. 4.1º, *in fine* que *“La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”*.



– El enfermo, actualmente, no se encuentra en condiciones de prestar su consentimiento pero, cuando lo estaba, redactó unas instrucciones previas³¹ (lo que popularmente se conoce con el nombre de testamento vital), en cuyo caso, habrá que estar al contenido del mismo³².

– Concurre la misma situación de incapacidad anterior, pero no existe testamento vital. En semejante hipótesis, el consentimiento habrá de ser prestado por el representante legal del enfermo y, en su defecto, las personas vinculadas a él por “razones familiares o de hecho”³³. La cuestión que podemos plantearnos en relación con esta última hipótesis es qué sucede en el caso de exista discrepancia entre los familiares que han de prestar su consentimiento por representación del enfermo. A tales efectos, cabría pensar que la mayor proximidad en grado de parentesco puede ser un factor para dilucidar el orden de preferencia entre las voluntades discrepantes³⁴. Pero también puede suceder que la discrepancia surja entre parientes que lo sean en el mismo grado respecto del enfermo. ¿Cómo resolver aquí la cuestión? En ausencia de específico pronunciamiento por parte del legislador, habría de intentarse dilucidar la cuestión de acuerdo con los principios generales rectores de esta materia y, singularmente, atendiendo al contenido en el apartado 6º del art. 9 LBAP, a cuyo tenor, “*en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse*

³¹ “Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas” (art. 11.1º LBAP).

³² También aquí existe una extensa regulación autonómica. A título ejemplificativo, podemos citar la *Ley de declaración vital anticipada de Andalucía* (Ley 5/2003, de 9 de octubre. Régimen vigente de mayo de 2010); o *Ley de Voluntades anticipadas en Aragón* (Ley 8/2009, de 22 de diciembre), entre otras. La normativa consagra la preferencia del contenido del testamento vital sobre la voluntad de los familiares. Como dice el art. 7 de la ley andaluza reguladora de la materia, “*Dicha declaración prevalecerá sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por los familiares, allegados o, en su caso, el representante designado por el autor de la declaración y por los profesionales que participen en su atención sanitaria*”.

³³ Expresión literalmente tomada del art. 9.3º, a) LBAP.

³⁴ Ciertamente, el Código civil establece un orden jerárquico en determinados supuestos que, tal vez, pudieran resultar aplicables aquí por vía de analogía. Así, el establecido en el art. 184 en relación con la representación del ausente, o el art. 234 con respecto al nombramiento de tutor. En el Código civil de Cataluña, su art. 212.2 prevé que “*Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación ni decidir, el consentimiento debe obtenerse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, de las mismas personas que deben recibir la información a que se refiere el artículo 212-1.4º*”, precisando este último precepto que “*Si la persona se halla en un estado físico o psíquico que no le permite recibir la información o comprenderla, ésta debe darse, de la forma establecida por la legislación para el ámbito sanitario, a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de hecho, a los familiares o a las personas que están vinculadas a ella, según proceda*”. Una extensa valoración de este precepto puede encontrarse en Ribot Igualada, “Consentiment informat en pacients vulnerables: el cas dels menor d’edat i altres d’atorgament del consentiment pers substitució”, en *El consentimiento del paciente en el Código Civil Catalán*, (coord. por C.M. Lázaro), Barcelona, 2012, pp. 43-66.



atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”³⁵.

b) ¿Cómo se manifiesta el consentimiento?

Como ya hemos indicado, el consentimiento será verbal como regla general, pudiendo manifestarse tanto expresa como tácitamente. Sin embargo, existe una exigencia legal de forma escrita cuando se refiere a intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, “*aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*”(art. 8.2º LBAP).

Tratándose de la prescripción de medicamentos cuyo consumo puede tener un efecto adictivo –y, a la vista de experiencia americana, repercutir de forma muy importante en la salud del paciente que los recibe–, tal vez fuera conveniente considerarlos como uno de los supuestos en los que convendría exigir consentimiento escrito.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que es esa exigencia formal, a la vista de la jurisprudencia relativa a la misma, no es *ab solemnitate*, sino *ad probationem*. En efecto, existen reiterados pronunciamientos en los que se ha admitido la validez del consentimiento prestado verbalmente, pese a tratarse de supuestos en los que era indicado el consentimiento escrito³⁶.

En todo caso, tal como señala el párrafo 2º del art. 10 LBAP, se “*deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente*”. De este modo, la constancia del consentimiento escrito facilita la actividad probatoria, pero la documental no se erige, ni mucho menos, como el único medio de prueba posible.

En todo caso, la carga de la prueba corresponde, en la legislación vigente, al facultativo³⁷.

c) ¿Se puede prescindir del consentimiento del paciente?

³⁵ El precepto continúa señalando que “*Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad*”. Valorando este apartado introducido en la reforma la de LBAP operada en el 2015, J.L. Beltrán Aguirre afirma que “... el legislador... presume que el paciente siempre optaría por la prolongación de su vida y..., por ende, limita la capacidad del otorgante del consentimiento por representación (familiar, representante legal) a posicionarse siempre a favor de la salvaguarda de la vida. Cualquier otra opción... no tendría fuerza vinculante y el equipo médico deberá acudir al Juez directamente o a través del Fiscal para que decida...” (“Autonomía del paciente: límites derivados de la cartera de servicios, de la organización y funcionamiento de los centros sanitarios y de otros derechos y bienes enfrentados”, en *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, (dir. M.L. Arcos Vieira), Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 73-130, conr. p. 124.

³⁶ Así, por ejemplo, en la STS 22 septiembre 2010 (RJ 2010\7135).

³⁷ Dado que la prestación del consentimiento se debe producir después de haber recibido la suficiente información, la jurisprudencia suele incidir en la carga de la prueba del exacto cumplimiento del deber de información sin el cual, el consentimiento prestado carecería de eficacia legitimadora. Así, por ejemplo, entre las más recientes, SSTS 19 julio 2013 (RJ 2013\4641); 9 mayo 2014 (RJ 2014\2716); ó 9 junio 2015 (RJ 2015\5979). Dentro de la jurisprudencia menor, los pronunciamientos dictados al respecto son, ciertamente, muy abundantes: SAP Valencia 18 junio 2012 (AC 2012\1338); SAP Málaga 27 septiembre 2012 (AC 2013\782);, SAP Barcelona 53/2013 de 31 enero (AC 2013\1401); SAP 29 septiembre 2017 (JUR 2017\298297), entre otras muchas.



De acuerdo con lo que acabamos de indicar en el apartado precedente, la ausencia de prueba por parte del facultativo de la existencia de consentimiento informado debería tener consecuencias jurídicas, haciéndole responsable, cuanto menos, de una lesión del derecho a la libre determinación del paciente, generador de un daño moral susceptible de indemnización (y ello, incluso, en la hipótesis de que la terapia aplicada haya sido la adecuada, dadas las circunstancias).

La cuestión, sin embargo, dista mucho de recibir un tratamiento unívoco por parte de la jurisprudencia. En efecto, hay sentencias que se pronuncian a favor de la tesis recién enunciada, entendiendo que “... la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia del lamentable resultado final, que no es imputable a dicha falta de información, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de tal intervención, que debe ser indemnizado siguiendo las pautas marcadas ya por la jurisprudencia”³⁸.

No obstante, existen otros muchos pronunciamientos que vinculan la exigencia de responsabilidad por ausencia de consentimiento informado a la efectiva constatación de resultados indeseados (de los que el paciente no fue informado), de tal modo que, de acuerdo con esta última línea jurisprudencial, “la falta del derecho a la información del paciente constituye en todo caso una mala *praxis ad hoc*, pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial y a la consiguiente indemnización si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente”³⁹. Esta última tesis, qué duda cabe, supone la práctica relegación del consentimiento informado a la categoría de simple deber moral, ya que su incumplimiento, en tanto no haya secuelas físicas, resultados físicos indeseados, no generaría responsabilidad alguna, resultando, a la postre, incoercible (o sólo punible en el supuesto de intervención con resultados negativos).

Por tales razones, la invocación de un principio de mínima coherencia argumental nos lleva a decantarnos a favor de la tesis enunciada en primer lugar: si el consentimiento del paciente es un

³⁸ STSJ Cataluña 27 febrero 2007 (JUR 2007/132452). En el mismo sentido, la SAP Cantabria 19 noviembre 2004 (AC 2005/84), señalaba que “la inexistencia de consentimiento informado supone que el paciente ha sido privado de la oportunidad de decidir que las cosas fueran de otra manera; el bien jurídico lesionado es el derecho del paciente a ejercitar su facultad o capacidad de autodeterminación...”. Más recientemente, sostiene la misma tesis, entre otras, la STS 25 mayo 2011 (RJ 2012\415), de acuerdo con la cual “los efectos de esta falta de consentimiento, según lo que en el párrafo anterior se acaba de exponer, no pueden ser los mismos en los casos en los que la Administración haya actuado conforme a la *lex artis* y se haya producido el daño al concurrir un riesgo imprevisible (en ausencia de fuerza mayor, claro está) de aquellos otros casos en los que la actuación médica no se ha producido conforme a la *lex artis*, pues en estos últimos supuestos, lo determinante a juicio del Tribunal sería la infracción de la *praxis médica*, como causa del daño antijurídico, sin perjuicio de que la omisión del consentimiento informado deba valorarse y tenerse en consideración a los efectos de determinar el importe de resarcimiento”.

³⁹ STS 15 junio 2011 (RJ 2011/5371). En la doctrina, sostiene tal tesis E.M. Martínez Gallego, “Contenido y requisitos del consentimiento informado. Responsabilidades civiles por su incumplimiento”, en *Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales*, N. Sanz Mulas (coord.), Granada, 2012, pp. 25-48, concr. p. 45: “De este modo, se establece como principio que la falta de información por sí misma no es suficiente para tener derecho a ser indemnizado sino que se precisa la concurrencia de otros factores”. En el mismo sentido, I. Sancho Gargallo, “La exigencia legal del consentimiento informado y sus consecuencias”, en *El consentimiento del paciente en el Código Civil Catalán*, (coord. por C.M. Lázaro), Barcelona, 2012, pp.27-42, concr. pp. 39 y 40.



derecho del mismo cuyo incumplimiento afecta al principio de autodeterminación –que, recuérdese, constituye un corolario del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad⁴⁰–, si constituye una exigencia de la *lex artis*, la ausencia del mismo, *per se*, supondría una vulneración de aquel derecho y de la correcta práctica profesional y, en esa medida, habría de dar lugar a la correspondiente indemnización por el daño moral ocasionado. De lo contrario, estaríamos abriendo nuevamente la puerta al retorno de un obsoleto “paternalismo médico” que, hoy por hoy, habíamos considerado ya superado.

Al margen del anterior supuesto –el paciente podría haber otorgado consentimiento, pero se ha visto privado de su derecho a emitirlo forma válida–, la normativa aplicable prevé la existencia de otros supuestos en los que el médico prescindir puede lícitamente –ahora, sí– del consentimiento de su paciente. Más específicamente, ello puede acontecer cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, o cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

No parece que las situaciones descritas puedan plantearse en relación con la prescripción de opioides, por lo que estimamos justificada la omisión deliberada de un pronunciamiento más extenso sobre las mismas en la redacción de las presentes líneas.

3.–El consentimiento médico en el caso de tratamientos dispensados a menores de edad presenta particulares connotaciones. Al igual que en el caso de los mayores de edad, ha de ir precedido de la correspondiente información que debe ser suministrada, también, al propio menor, en la medida adecuada a su capacidad de comprensión⁴¹. En el ámbito civil, aún correspondiendo a los padres (que ostenten la patria potestad) la representación legal de sus hijos menores no emancipados, se excluye de la representación paterna “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”⁴². Indiscutiblemente, la vida, la salud, la integridad física y la libertad personal del paciente son bienes de la personalidad, de modo que la traducción de la regla del artículo 162 CC al ámbito específico del acto médico aquí analizado implicaría el deber del facultativo de obtener el consentimiento del propio enfermo, aún cuando sea un menor, siempre

⁴⁰ “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE). En sentido opuesto se manifiesta A. Magdaleno Alegría, “Algunas consideraciones constitucionales en torno a la autonomía del paciente”, en *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, (dir. M.L. Arcos Vieira), Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 309-341, concur. p. 314.

⁴¹ Con un alcance general que trasciende al acto médico, el art. 5.1º de la Ley de Protección Jurídica del Menor (Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, modificada en el 2015), establece que “Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo”.

⁴² Art. 162 Código civil.



que tenga suficiente juicio.

Sin embargo, la normativa específica aplicable, en su redacción actualmente vigente, atribuye la facultad de decisión a los representantes legales del menor, salvo contadas excepciones. En efecto, el artículo 9 LBAP, párrafos 3º y 4º, distingue dos hipótesis distintas (al igual que hacía la legislación precedente), pero estableciendo reglas que, en la práctica, conducen a resultados esencialmente análogos:

– Tratándose de menores de edad con 16 años cumplidos⁴³, la prestación del consentimiento para el acto médico procederá de ellos mismos siempre que no implique un grave riesgo para la vida o salud del menor; en otro caso, el consentimiento corresponderá a sus progenitores⁴⁴.

Entendemos que esta última regla la que debería ser invocada con respecto a la actuación médica que se está aquí tratando –prescripción de opioides– en la medida en que conlleve esos serios riesgos asociados a los que ya se han aludido.

– Por su parte, para menores de 16 años e incapacitados, la regla genérica es que el consentimiento debe ser prestado por sus representantes legales, “*después de haber escuchado su opinión*”⁴⁵, siendo esta la misma solución aplicable en el supuesto de que se trate de un menor incapacitado⁴⁶.

La aplicación de la norma, realmente, puede ser más complicada de lo que a primera vista parece ya que desplaza la emisión del consentimiento hacia los representantes legales del menor, pero “*teniendo en cuenta la opinión del mismo*” (mayores de 16 años, respecto a tratamientos de riesgo) o “*después de escuchar su opinión*” (restantes menores de edad). ¿Qué implicaciones prácticas tendrían tales previsiones? Si realmente se les quiere atribuir un significado específico

⁴³ La LBAP contempla este supuesto aludiendo a “menores emancipados o mayores de 16 años”, lo que en la legislación vigente constituye una clara redundancia, ya que, actualmente, todas las formas de emancipación requieren contar con, al menos, 16 años. Véanse los arts. 314 y siguientes Código civil.

⁴⁴ De acuerdo con el art. 9.4º LBAP, “*Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo”.

Antes de la reforma operada en el año 2015, la regla era, justamente, la opuesta en caso de actuación de grave riesgo, ya que, en semejante hipótesis, los padres debían ser informados y su opinión sería tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente, que seguía correspondiendo al menor.

⁴⁵ El art. 9.3º, apartado c) LBAP se remite al art. 9 de la Ley Orgánica de protección Jurídica del Menor, a cuyo tenor, “*El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias....*”

⁴⁶ En la legislación civil actualmente vigente se emplea el eufemismo “persona con capacidad de obrar modificada” para referirse al que tradicionalmente se conocía como “incapacitado”, situación que puede darse, también, respecto a menores de edad, los cuales, podrán ser incapacitados cuando adolezca de enfermedades permanentes de carácter psíquico o físico que le impidan autogobernarse y se prevea razonablemente que persistirán tras la mayoría de edad (arts. 200 y 201 Código civil).



y no relegarlas al plano puramente formal, la opinión del menor también habría de ser tenida en cuenta por el facultativo. Ello, evidentemente, puede plantear ciertas dificultades si existen discrepancias entre las voluntades de los progenitores, de una parte, y la del menor, de otra.

Pero las discrepancias pueden afectar, también, a los progenitores entre sí, en cuyo caso, aplicando la normativa civil, debería ser el juez quien decidiera la cuestión⁴⁷. No obstante, teniendo en cuenta la regla general del art. 9.6º LBAP, probablemente ello resultaría innecesario, habida cuenta que prevé la solución de cualquier discrepancia atendiendo al mayor beneficio para la salud y la vida del menor, cuestión ésta que podrá ser dilucidada por el propio facultativo, sin necesidad de requerir un pronunciamiento judicial que se puede solicitar, no obstante, a fin de ratificar la decisión adoptada.

Y será este mismo principio general el que deba ser aplicado en caso de que los progenitores, estando de acuerdo entre sí, se nieguen injustificadamente a la prestación del consentimiento. Cualquier intento de resolución de la cuestión planteada pasa por la precisión del calificativo “injustificado” aplicado a la negativa al tratamiento: ¿es injustificada en todo caso, por ejemplo, la negativa de los progenitores fundada en razones de tipo religioso? Obviamente, la respuesta a esta pregunta va a venir condicionada por una serie de factores tales como la naturaleza vital o no del tratamiento, la posibilidad de tratamientos alternativos, etcétera. Algunos autores hacen hincapié en las consecuencias de la no administración del tratamiento: es inadmisibles la negativa cuando pueda perjudicar o poner en peligro la vida del menor.

En el pasado, esta negativa injustificada a la prestación del consentimiento por parte de los progenitores ha dado lugar a importantes pronunciamientos judiciales y doctrinales, debido a la inexistencia de una norma que específicamente contemplara y resolviera semejante supuesto⁴⁸.

En la actualidad, en el concreto ámbito sanitario, el problema se haya previsto y resuelto por la LBAP⁴⁹ de forma que aquellas decisiones adoptadas por quienes tengan que prestar su con-

⁴⁷ En efecto, de acuerdo con lo establecido en el art. 156 Código civil, “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años...”.

⁴⁸ A finales de la década de los 90, el fallecimiento de un menor cuyos padres eran Testigos de Jehová por la negativa a someterse a una transfusión sanguínea y las sentencias relativas a este supuesto, dieron lugar a todo un cuerpo doctrinal sobre la objeción de conciencia por razones religiosas, así como en relación con el deber de custodia y posición de garantes que a los padres corresponden respecto de sus hijos sometidos a patria potestad. Se trata de la SAP Huesca 20 noviembre 1996 (AREP 1996/1064), casada por el Supremo en su STS 27 junio 1997 (RJ 1997/4987) y, esta última, anulada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 154/2002, de 18 de julio. Véase, entre otros muchos, mi comentario “Implicaciones jurídicas del rechazo de un tratamiento médico vital para un menor”, en *Revista Práctica de Derecho de Daños*, nº 2, febrero 2003, pp. 17– 26.

⁴⁹ Art. 9.6º LBAP. Comentando la norma contenida en este precepto, Beltrán Aguirre, *ob. cit.*, p. 125 señala que “... el nuevo mandato legal supone un retroceso inmenso en el reconocimiento del derecho a la disponibilidad de la vida ya que concibe la vida como un valor absoluto y como tal indisponible por todos los intervinientes (representantes, médico e incluso juez)”.



sentimiento por representación que sean contrarias a la salvaguarda de la vida o la salud del paciente, deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente. Si no fuera posible, por razones de urgencia, recabar la autorización judicial, los profesionales sanitarios deberán adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad⁵⁰.

En el ámbito civil, la negativa injustificada de los progenitores a prestar su consentimiento podría dar lugar a determinadas consecuencias, ya que, de poder calificarse así, estaríamos ante una desviación del ejercicio de la patria potestad, ante un abuso de la misma que permitiría la intervención de los poderes públicos. Piénsese que la idea que vertebra el ejercicio de la patria potestad es, precisamente, la salvaguarda de los intereses del menor, que quedarían gravemente conculcados con el comportamiento referido de sus progenitores.

Posiblemente, esta situación podría considerarse como “de riesgo”, en los términos del artículo 17 de la Ley Orgánica de Protección del Menor; esto es, situación de cualquier índole que perjudique el desarrollo personal o social del menor y que no requiera la asunción de la tutela por ministerio de la ley, aunque sí la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. Ello podría traducirse, por ejemplo, en la exclusión dentro del contenido de la patria potestad –que seguiría correspondiendo a los progenitores-, de las facultades de decisión en relación con el sometimiento a tratamientos médicos por parte del menor.

Mucho más discutible es la posibilidad de que se produzca una privación de la patria potestad amparándose en la negativa injustificada a autorizar el tratamiento médico al menor. En efecto, según reiterada jurisprudencia, la privación de la patria potestad en nuestro Derecho, por su naturaleza y efectos, así como la gravedad de sus consecuencias, está reservada y limitada para supuestos excepcionales⁵¹.

⁵⁰ Quiere ello decir que el facultativo que actuase *motu proprio* en tales circunstancias, quedaría exento de responsabilidad. Así, de acuerdo con el art. 20 Código Penal, están exentos de responsabilidad criminal, “... 5º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

/.../

7º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Sobre la exención de responsabilidad civil, véase art. 118 Código Penal.

⁵¹ Entre otras muchas, SAP Barcelona 5 junio 2009 (JUR 2009/408819).



MARIA CARMELA VENUTI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Palermo

IL JOBS ACT DEI LAVORATORI AUTONOMI E LE STRATEGIE DI TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE NEI RAPPORTI “B2B”: IL METICCIAMENTO DELLE REGOLE COME PRELUDIO A POSSIBILI APPRODI UNIFORMI E LE SFIDE PER L’INTERPRETE *

*Und das gemeine Recht ist doch der mütterliche Boden,
aus dem auch die Sonderrechte hervorsprossen;
an ihm lernt die Jugend das juristische Denken;
aus ihm saugt der Richterstand seine Nahrung!*

OTTO VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*.

SOMMARIO: 1. Le novità introdotte dal Jobs Act dei lavoratori autonomi. – 2. Segue: le clausole abusive nei contratti stipulati dal lavoratore autonomo. – 3. Segue: la peculiare prescrizione sull’abusività del rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta. – 4. Un caso emblematico di meticciamiento delle regole e di singolari strategie di tutela: le conseguenze dell’inefficacia della clausola che fissa il tempo del pagamento del compenso del lavoratore autonomo oltre i sessanta giorni dal ricevimento della fattura o dalla richiesta di adempimento.

1. – La legge 22 maggio 2017, n. 81, meglio nota come *Jobs Act* dei lavoratori autonomi¹, offre motivi di interesse per il civilista. Essa interseca non soltanto la disciplina codicistica in tema di contratto d’opera e di contratto d’opera intellettuale ma anche le previsioni del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e quelle della legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura. Soprattutto, per quanto qui specificamente interessa, traccia nel capo I (in particolare negli artt. 1-3) una regolamentazione a tutela del contraente debole-lavoratore autonomo riferita all’inserimento di clausole abusive nei contratti ricadenti sotto il suo ambito di operatività, che si segnala per taluni tratti se non di autentica novità comunque di specifica peculiarità. Per altro verso essa richiama al riguardo regole già sperimentate nella legislazione dedicata ai rapporti “b2b”².

Cominciando da quest’ultimo aspetto, va segnalato anzitutto come, a protezione del lavoro-

* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Salvatore Mazzamuto*.

¹ Sull’argomento cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il c.d. jobs act dei lavoratori autonomi: verso un’ulteriore articolazione della categoria del contratto?*, in *Corr. giur.*, 10/2017, p. 1181 ss.. Per una lettura ad ampio raggio dell’intervento normativo v. A. PERULLI, *Il Jobs act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 173 ss.. Con specifico riferimento alla posizione dei professionisti intellettuali in relazione alla fattispecie dell’abuso di dipendenza economica cfr. P.P. FERRARO, *Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 2/2018, p. 217 ss.

² La formula viene qui intesa in via stipulativa come comprensiva anche dei contratti conclusi tra un imprenditore/libero professionista/lavoratore autonomo *tout court* e una pubblica amministrazione.



re autonomo «nelle transazioni commerciali» – così la rubrica dell'art. 2 –, la legge di conio recente disponga l'applicazione delle norme del richiamato d.lgs. n. 231 del 2002 in tema di lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali *anche* alle transazioni commerciali tra lavoratori autonomi e imprese, a quelle tra lavoratori autonomi e amministrazioni pubbliche³, ed alle transazioni tra lavoratori autonomi. Ciò nel duplice presupposto che esse siano compatibili e che non ricorrano disposizioni più favorevoli per (si suppone) il prestatore d'opera-creditore del corrispettivo.

Al di là della puntualizzazione che le richiamate ipotesi di «transazioni commerciali» rientrano nella sfera di applicazione del d.lgs. n. 231/2002⁴, dall'enunciato emerge la volontà legislativa di garantire al lavoratore autonomo-creditore del compenso la tutela apprestata al titolare del corrispettivo da «transazione commerciale». Offrendogli così copertura rispetto a clausole contrattuali o prassi negoziali *gravemente inique* relative alla fissazione del termine di pagamento del corrispettivo del (bene fornito o) del servizio prestato, alla determinazione del saggio degli interessi di mora in caso di ritardo, al rimborso dei costi sostenuti dal (lavoratore autonomo) creditore per il recupero delle somme non tempestivamente corrispostegli⁵. Ciò – si ripete – nei

³ Come individuate all'art. 1, comma 2°, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 («Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»), ossia «tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI.».

⁴ Forse superflua, almeno per gli esercenti una libera professione, giacché il decreto legislativo in parola riferisce (art. 2) la locuzione «transazioni commerciali» ai «contratti, comunque denominati, (...) che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la *prestazione di servizi* contro il pagamento di un prezzo» e che siano stipulati tra imprenditori o tra essi e pubbliche amministrazioni, precisando che per «imprenditore» si intende ogni soggetto che eserciti un'attività economica organizzata o anche «una *libera professione*» (lett. c).

⁵ Il d.lgs. n. 231/2002, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192 di attuazione della seconda direttiva in tema di lotta ai ritardi di pagamento (direttiva 2011/7/UE) e dalla legge 30 ottobre 2014, n. 161 («Legge europea 2013-bis»), prende in considerazione – per quanto concerne i profili squisitamente negoziali delle fattispecie considerate – la clausola relativa alla determinazione del termine di pagamento del corrispettivo in denaro a fronte della fornitura di merci o della prestazione di servizi (art. 4), quella concernente la determinazione del tasso degli interessi di mora in caso di ritardo nella corresponsione del prezzo (art. 5), il patto inerente al rimborso dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente rimosse dal creditore (artt. 6 e 7) e, soltanto in caso in cui il debitore sia una pubblica amministrazione, la clausola con cui si predetermina o si modifica la data di ricevimento della fattura (art. 7, ult. comma). Quanto ai rimedi, viene in rilievo l'art. 7 sulla nullità di dette clausole ove risultino gravemente inique in danno del creditore e sulla nullità della clausola relativa alla predeterminazione o alla modifica della data di ricevimento della fattura nelle transazioni commerciali in cui sia parte una p.a.. E altresì l'art. 8 concernente la tutela in via collettiva contro l'inserzione nelle condizioni generali di contratto di clausole gravemente inique in ordine al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori, al risarcimento dei costi di recupero.

Sulla direttiva 2000/35/CE e sulla prima versione del d.lgs. n. 231/2002 sia consentito il rinvio al nostro *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004. Cfr. altresì AA.VV., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2003; G. DE NOVA, S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*,



contratti che costui stipula con le imprese, con la p.a., o con altri professionisti⁶ e purché, come detto, vi sia la condizione positiva della compatibilità e manchi quella negativa dell'insussistenza di diverse previsioni più favorevoli al lavoratore autonomo⁷.

Com'è noto, in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, l'approccio del legislatore interno, in conformità con la direttiva europea 2011/7/UE di riferimento⁸, non è in linea di principio (immediatamente) limitativo dell'autonomia privata, ma – con l'eccezione di talune evenienze⁹ – preferisce piuttosto delineare i confini entro i quali i contraenti sono liberi

Milano, 2003; AA.VV., *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*. Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 461 ss.; P. MENGOZZI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'interpretazione delle norme nazionali di attuazione delle direttive comunitarie*, Padova, 2007. Sull'attuale disciplina cfr. almeno V. PANDOLFINI, *Le modifiche alla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Corr. mer.*, 4/2013, p. 378 ss.; ID., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Torino, 2013; AA.VV., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, S. Pagliantini, Torino, 2013; S. ZORZETTO, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Itinerario di una riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5/2013, p. 1043 ss.; *I ritardi nei pagamenti*, a cura di A.M. Benedetti, S. Pagliantini, Milano, 2016. Con riferimento alle novità introdotte dalla legge dalla legge 30 ottobre 2014, n. 161 («Legge europea 2013-bis») v. S. PAGLIANTINI, *I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4/2015, p. 800 ss.. Com'è noto, l'art. 24 della legge n. 161/2014 ha disposto modifiche e integrazioni al testo del decreto legislativo n. 231 del 2002 (già ampiamente rivisitato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192 di attuazione della seconda direttiva in tema di lotta ai ritardi di pagamento), e contiene una norma d'interpretazione autentica relativa all'art. 2 del d.lgs. n. 231/2002, secondo cui nel concetto di transazioni commerciali vanno ricompresi i contratti a suo tempo previsti al comma 3° dell'art. 3, del «Codice dei contratti pubblici» di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ora sostituito dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recante il «Codice dei contratti pubblici»).

⁶ Restano fuori, quindi, i contratti conclusi con un consumatore o forse sarebbe meglio dire con chi non è imprenditore, lavoratore autonomo, pubblica amministrazione.

⁷ Con la precisazione che, in caso di transazione conclusa da due lavoratori autonomi, il maggior favore garantito dalle differenti norme si indirizza alla parte che presta la propria opera a favore dell'altra e sia, quindi, creditrice del relativo compenso (in denaro).

⁸ Il suo 28° Considerando afferma che «La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale a danno del creditore. Di conseguenza, quando una clausola contrattuale o una prassi relativa alla data o al periodo di pagamento, al tasso di interesse di mora o al risarcimento dei costi di recupero non sia giustificata sulla base delle condizioni concesse al debitore, o abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, si può ritenere che si configuri un siffatto *abuso*. (...)». In altre parole, il legislatore europeo concentra la propria attenzione sulla condotta «abusiva» del debitore del corrispettivo da transazione commerciale che si traduca in una clausola contrattuale o in una prassi gravemente iniqua ai danni della controparte creditrice, ma soltanto con riferimento agli elementi più volte ricordati. Non si occupa di altri aspetti della formazione del contratto o della dinamica *in executivis* del rapporto tra le parti.

⁹ La clausola che esclude in radice la corresponsione, da parte del debitore del prezzo, di interessi di mora laddove sussista la sua responsabilità per il ritardo nel pagamento è considerata gravemente iniqua (e pertanto nulla) senza possibilità di prova contraria (art. 7, 3° comma, d.lgs. n. 231/2002). Inoltre, nei contratti che vedono come parte debitrice del prezzo la p.a., il patto relativo alla predeterminazione o alla modifica della data di ricevimento della fattura è *tout court* folgorato da nullità. Sempre nelle ipotesi in cui il debitore del prezzo è la p.a., la determinazione pattizia del tempo del relativo pagamento non può essere superiore a sessanta giorni (art. 4, comma 4°). L'enunciato municipale non si distacca nella sostanza dalla direttiva di riferimento, il cui art. 4, § 6, recita: «Gli Stati membri assicurano che il periodo di pagamento stabilito nel contratto non superi il termine di cui al paragrafo 3, se non diversamente concordato espressamente nel contratto e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche, e non superi comunque sessanta giorni di calendario». La violazione della prescrizione, da ritenersi imperativa, secondo la dottrina maggioritaria comporta la nullità della clausola: in questo senso v. F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento*



di regolare i propri interessi. Sicché è solo il superamento della soglia di (in)ammissibilità, individuata nella grave iniquità delle clausole «in danno del creditore» del corrispettivo pecuniario, che attiva la sanzione della nullità delle singole pattuizioni¹⁰, rilevabile d'ufficio dal giudice.

Ciò vale soltanto con riferimento al profilo del tempo del pagamento del corrispettivo in moneta, degli interessi moratori, della rifusione dei cosiddetti costi di recupero. Per quanto non specificamente contemplato dal d.lgs. n. 231/2002 alla «transazione commerciale» si applicheranno le disposizioni di diritto comune sul contratto in generale e quelle concernenti lo specifico tipo negoziale di volta in volta in rilievo¹¹. Il che comporta, trattandosi di negozi «b2b», che le eventuali clausole vessatorie imposte dal predisponente al lavoratore autonomo-creditore del corrispettivo in denaro-aderente ricadranno sotto il disposto degli artt. 1341, 1342, 1370 c.c.

Sul punto la legge n. 81 del 2017 pone un elemento di novità di cui si dirà a breve (§ 2).

Restando ancora alle previsioni del d.lgs. n. 231/2002 dedicate al contratto, vale la pena di rammentare come esse concernano elementi del regolamento negoziale che non valgono a connotare tipologicamente la fattispecie di volta in volta riconducibile all'incolore categoria della «transazione commerciale»¹². Piuttosto, il dato unificante che giustifica la scelta del legislatore

nelle transazioni commerciali, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1/2015, p. 23 ss., spec. p. 53 ss., il quale condivisibilmente precisa che l'eventuale superamento del limite di sessanta giorni «darebbe luogo ad una nullità della clausola indipendente dalla sua iniquità [ex art. 7: N.d.A.] perché sottratta ad ogni valutazione discrezionale delle singole circostanze della pattuizione». Sul punto cfr. anche T. PASQUINO, *Termini di pagamento e computo degli interessi*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, S. Pagliantini, cit., p. 57 ss., in part. p. 66 s.

Ancora, non v'è spazio per una derogabilità (quanto meno a favore della p.a. debitrice del corrispettivo in denaro) della previsione dell'art. 5 sul saggio degli interessi di mora, calcolato con riferimento agli «interessi legali di mora»: sul punto cfr. V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 100 s.; T. PASQUINO, *Termini di pagamento e computo degli interessi*, cit., p. 74; F. PIRAINO, *I ritardi di pagamento e la novella dell'art. 1284 c.c.*, in *I ritardi nei pagamenti*, a cura di A.M. Benedetti, S. Pagliantini, cit., p. 121 ss., spec. p. 135.

¹⁰ I limiti di questo contributo non consentono di analizzare in maniera puntuale i tanti profili di interesse legati alla nullità delle clausole della «transazione commerciale» che violano i limiti posti dal d.lgs. n. 231/2002 all'autonomia privata. Sul tema il confronto tra gli interpreti è assai nutrito: impossibile qui darne conto in maniera (auspicabilmente) esauriente, ma si v. almeno R. ALESSI, *Transazioni commerciali e redistribuzione tra le parti del costo del ritardato pagamento: per un lettura del d.lgs. 231/2002 al riparo dell'ambiguo richiamo all'«equità»*, in *Studi in onore di A. Palazzo. Diritto privato*, 3, Proprietà e rapporti obbligatori, a cura di A. Garilli, A. Sassi, Milano: Fiori Assago, 2009, p. 1 ss.; e, con riferimento all'attuale disciplina, tributaria della seconda direttiva 2011/7/UE sulla lotta ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, cfr. A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»: regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista, A. Plaia, Milano, 2011, p. 361 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 4/2013, p. 406 ss.; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*. Saggi, Torino, 2013; F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit.

¹¹ Il 28° Considerando della direttiva 2011/7/UE (su cui v. anche la nota 8) precisa che «La presente direttiva non dovrebbe incidere sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali inique nei confronti del debitore». Materia, quindi, che resta appannaggio delle legislazioni municipali.

¹² Come s'è visto, è lo stesso legislatore che all'art. 2, lett. a), riferisce tale appellativo a contratti «comunque denominati», onerosi, caratterizzati da un nesso di sinallagmaticità tra una prestazione di dare («consegna di merci») o di fare («prestazione di servizi») e il corrispettivo di un prezzo. In sostanza, si tratta di figure a tipologia variabile che



europeo (e nazionale) di intervenire nella materia negoziale attiene, oltre che alla connotazione professionale dei soggetti del rapporto (*b2b*), al concreto dispiegarsi di tali elementi all'interno della convenzione: giacché la o le clausole considerate (inerenti alla determinazione dei termini di pagamento, alla responsabilità per il ritardato pagamento, agli interessi moratori, ai cosiddetti costi di recupero) o si pongono in contrasto con le scarse prescrizioni imperative cui si accennava¹³ o si fanno veicolo di illegittima sopraffazione di un contraente (debitore pecuniario) ai danni dell'altro (creditore del prezzo). Conseguenza, questa, che l'ordinamento intende contrastare anche per le distorsioni che simili condotte possono arrecare al leale gioco concorrenziale¹⁴.

2. – L'altro momento di intersezione si rinviene nell'art. 3, ult. comma, che estende ai contratti che ricadono entro la sua sfera di operatività le regole in materia di *abuso di dipendenza economica* di cui all'art. 9 della richiamata legge n. 192/1998 sulla subfornitura, purché *compatibili*.

La prescrizione comporta che venga sottoposto a vaglio l'intero regolamento negoziale sospettato di essere veicolo di abuso di dipendenza economica, giacché a mente del 1° comma dell'art. 9, l. n. 192/1998, la dipendenza economica consiste in un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi determinato dall'impresa forte ai danni della controparte e, secondo l'esemplificazione di abuso di dipendenza economica contenuta al 2° comma dello stesso art. 9, tale figura può concretizzarsi nell'imposizione di «condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie»¹⁵. Sicché tutte le determinazioni convenzionali possono venire in rilievo ai fini della valutazione in discorso.

possono identificarsi nell'appalto, nella sub-fornitura, nella vendita, nel contratto d'opera, o d'opera intellettuale, e via discorrendo.

¹³ *Supra*, nota 9.

¹⁴ In questo senso v'è piena continuità con la prima direttiva sui ritardi di pagamento 2000/35/CE e la normativa interna di attuazione: v. le considerazioni svolte a suo tempo nel nostro *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., p. 10 ss.. L'idea della duplicità di piani – il rapporto negoziale e il mercato – su cui si riversa la funzione di gran parte delle moderne regole in materia di contratto è espressa da S. MAZZAMUTO in diversi scritti, tra cui, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1029 ss., p. 1085; *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 534; *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 51 ss., spec. p. 56 s.; *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, p. 31, p. 189. Sul punto v. anche M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 33 ss.; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, p. 104 ss.. Per una recente panoramica v. A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.

¹⁵ Sull'abuso di dipendenza economica la letteratura è assai ampia e non può darsene adeguatamente conto in queste brevi note. Si segnalano almeno R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 116 ss.; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 131 ss.; A. MUSSO, *La subfornitura*, nel *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2003, sub art. 9, p. 466 ss. Sulla specifica previsione della legge n. 81/2017 qui in esame, in relazione alla posizione dell'esercente una libera professione, cfr. P.P. FERRARO, *Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica*, cit.



Ai sensi dell'art. 9, l. n. 192/1998, l'eventuale esito affermativo dello scrutinio di abuso di dipendenza economica determina, com'è noto, la nullità del patto attraverso il quale esso si realizza (comma 3°), cui può aggiungersi il risarcimento dei danni.

Passando, infine, ai profili rimediali “autoctoni” contenuti nella legge n. 81/2017, essi sono racchiusi nei primi tre commi dell'art. 3 che, rubricato «clausole e condotte abusive», esibisce una contaminazione tra regole preposte alla salvaguardia del contraente debole nei rapporti “b2b” e quelle appannaggio, invece, del consumatore¹⁶: a testimonianza, se mai ve ne fosse bisogno, della vicinanza tra le due sponde di regolazione “speciale” e della possibile emersione, al di là degli steccati soggettivi (b2c v. b2b), di una disciplina unitaria volta a rispondere a medesimi bisogni di protezione a fronte di analoghe condotte pregiudizievoli nel quadro della dinamica contrattuale.

Il legislatore, invero, inappagato dalla tutela offerta all'aderente dall'art. 1341 c.c., dribbla – per così dire – le preclusioni relative ai requisiti soggettivi di operatività dell'art. 33 del Codice del consumo e al 1° comma dell'art. 3 riproduce la strategia di protezione del consumatore contemplata in materia di clausole vessatorie per la cosiddetta *black list*. Considera, infatti, *tout court* abusive, senza possibilità di far valere l'estremo dell'eventuale trattativa individuale, talune pattuizioni che, riesumando l'originaria formulazione dell'art. 1469-*quinquies* c.c., dichiara *prive di efficacia*.¹⁷ Si tratta delle clausole con cui il committente si riserva il *ius variandi* delle condizioni contrattuali, di quelle che fissano termini di pagamento (si suppone) del corrispettivo del lavoratore autonomo superiori a sessanta giorni dalla data in cui il committente riceve la fattura o la richiesta di adempimento e, nei contratti «aventi ad oggetto una prestazione continuativa», delle previsioni che attribuiscono al committente la facoltà di recedere senza congruo preavviso.

Accanto all'inefficacia della clausola abusiva il legislatore riconosce a favore del lavoratore autonomo il risarcimento del danno, che costui potrà richiedere anche in sede di tentativo di conciliazione promosso tramite gli organismi abilitati (art. 3, comma 3°).

Tralasciando per il momento il disposto del 2° comma, va sottolineato come l'interesse per tali prescrizioni derivi anzitutto dalla circostanza che esse costituiscono il nucleo di tutela “propria”, in ambito contrattuale, destinata ai lavoratori autonomi non imprenditori. La loro operatività non è segnata da limiti di compatibilità né interdetta dalla sussistenza di altre disposizioni più favorevoli, come invece avviene per le discipline chiamate a regolare *anche* i contratti stipulati dai lavoratori autonomi con imprenditori, p.a., o con altri lavoratori autonomi (in posizione di maggior forza contrattuale): il d.lgs. n. 231/2002 sui ritardi di pagamento nelle transazioni

¹⁶ Per una riflessione critica su una espansione della figura del «contraente debole» non opportunamente governata in senso dogmatico e sistematico cfr. C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 831 ss.

¹⁷ Sul punto cfr. S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 45 ss.. Per una prospettiva a compasso allargato sul diritto europeo dei contratti cfr. V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 167 ss. (spec. p. 187 ss.), p. 421 ss.



commerciali e l'art. 9 della l. n. 192/1998 in tema di abuso di dipendenza economica.

La “specialità” soggettiva ed oggettiva della regolamentazione in esame esclude, inoltre, che alle pattuizioni contemplate all'art. 3, l. n. 81/2017 si applichino le previsioni del codice civile in tema di condizioni generali di contratto e di clausole vessatorie, laddove le fattispecie coincidano, nonché quelle specificamente dedicate al contratto d'opera.

L'approccio scelto dal legislatore del 2017 per la tutela “specificata” del lavoratore autonomo (non imprenditore) sollecita, come detto, l'interesse del civilista, per il fatto di esibire un meccanismo protettivo analogo a quello adottato nella disciplina consumeristica per la cosiddetta “black list”, che qualifica senz'altro come vessatorie (*rectius*: abusive)¹⁸ le previsioni negoziali richiamate paralizzandone l'operatività (oltre all'eventuale risarcimento del danno). E ciò, si noti, senza procedere ad un preventivo vaglio sulla grave iniquità in danno del creditore del corrispettivo in denaro¹⁹ come avviene nel caso dell'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002 salvo, lo si è rammentato, che per la clausola che esclude del tutto la corresponsione di interessi di mora e per quella che, nelle transazioni con una p.a., predetermina o modifica la data di ricezione della fattura. O senza scrutinare i requisiti per la sussistenza dell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi imposto dalla parte che attua un abuso di dipendenza economica nei confronti dell'altra, ai sensi dell'art. 9, l. n. 192/1998.

Con la previsione di inefficacia delle pattuizioni contemplate all'art. 3 viene indirettamente posto un deterrente all'autonomia privata, sollecitandola a non spingersi nei territori segnati *ex ante* da una valutazione di abusività/vessatorietà, pena – appunto – la paralisi delle disposizioni considerate. Senza dimenticare che il congegno rimediale coniuga l'inefficacia con il risarcimento del danno a favore del lavoratore autonomo.

Il legislatore speciale ha omissso, però, di indicare quali siano le conseguenze sul contratto della declaratoria di inefficacia delle pattuizioni “abusive” *ex art.* 3, così distaccandosi dal modello del codice del consumo e da quello della normativa sui ritardi di pagamento (art. 7, d.lgs. n. 231/2002) che, pur con modalità e percorsi non (del tutto) coincidenti, espressamente optano per la conservazione del negozio a fronte della nullità di una o più clausole del regolamento negoziale. Sul punto si tornerà in chiusura di queste brevi note.

3. – La peculiare prescrizione sull'abusività del rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta.

¹⁸ Sulla questione è d'obbligo il riferimento a C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 5 ss.

¹⁹ Com'è noto, ai sensi del 2° comma dell'art. 7 il vaglio sulla grave iniquità in danno del creditore del corrispettivo va operato valutando tutte le circostanze del caso e, in particolare, il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di ragioni oggettive per la deroga al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento, all'importo forfettario dovuto per i costi di recupero sostenuti dal creditore.



Riprendendo l'esame dell'art. 3, l. n. 81/2017, si segnala la singolarità dell'enunciato del 2° comma, che «considera abusivo» il «rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta», sanzionandolo con il risarcimento del danno (così il 3° comma).

La stravaganza della statuizione si apprezza dal punto di vista dogmatico e per il congegno operativo selezionato per attuare lo scopo di tutela perseguito.

Invero, il rifiuto è un atto unilaterale che viene manifestato nella fase precedente la conclusione dell'accordo e che non costituisce, a rigore, una clausola riversata nel contratto. Non si comprende, pertanto, come esso possa direttamente interferire sulla vicenda negoziale in quanto tale. D'altra parte le regole generali sul contratto (art. 1325 c.c.) insegnano che, salvo che sussista una espressa prescrizione di legge che imponga ai contraenti di adottare la forma scritta per il perfezionamento dell'accordo pena la sua nullità, ovvero una precedente convenzione adottata dalle parti sulla forma del futuro contratto (art. 1352 c.c.), sta nella libertà dei privati non sottoporsi ad oneri formali nella stipula del negozio.

Queste conclusioni urtano, tuttavia, con la qualificazione data ora dall'art. 3 al rifiuto come *abusivo* e, soprattutto, con la previsione (contenuta al comma 3°) del diritto del lavoratore autonomo, che si è visto rigettare la propria proposta di concludere il contratto in forma scritta, al *risarcimento del danno*: segno inequivocabile di lesione inferta ad una situazione soggettiva ritenuta meritevole di protezione da parte dell'ordinamento.

Così, andando con ordine, si può inferire che se il legislatore avesse ipotizzato una clausola imposta dal committente al lavoratore autonomo avente ad oggetto l'esclusione della forma scritta per la conclusione del loro contratto, e l'avesse giudicata abusiva, l'avrebbe verosimilmente ricompresa nella formulazione del 1° alinea dell'art. 3, sancendone l'inefficacia. Ma poiché così non è, e il rifiuto, per quanto abusivo, non può tradursi in una clausola negoziale, una conclusione piana ed in linea con la lettera del 2° e del 3° comma è considerare che il contratto non sia stato concluso in forma scritta (dato, appunto, il rifiuto del committente) e che venga attribuito al prestatore d'opera il risarcimento del danno. Quindi, la considerazione legislativa dell'abusività del rifiuto del committente non avrebbe ricadute sulla validità del contratto, ma comporterebbe esclusivamente, restando al disposto del 2° cpv., il risarcimento dei danni a favore del prestatore d'opera, per violazione del precetto di buona fede precontrattuale. Precetto che, in una lettura *a contrario* della comminatoria di abusività del rifiuto, nella fattispecie in esame si concretizzerebbe nel dovere del committente di accogliere la proposta del lavoratore autonomo in tema di forma scritta dell'accordo.

È, peraltro, possibile una diversa – e a nostro parere preferibile, in quanto meglio rispondente alla *ratio* dell'impianto regolamentare in esame – soluzione, alla stregua della quale la qualifica in termini di abusività del rifiuto condurrebbe, in applicazione analogica del disposto del 1° comma dell'art. 3, a privare di effetto la dichiarazione negativa. Con l'ulteriore conseguenza di considerare sussistente una realtà giuridica difforme da quella fattuale e che pertanto, per finzione legislativa, il contratto sia *stato concluso senz'altro* e direttamente *per iscritto*. Senza tralasciare l'obbligo del committente di risarcire i danni subiti dal lavoratore autonomo.



In sostanza attraverso questa singolare qualificazione di abusività del rifiuto di stipulare il negozio in forma scritta – altrimenti astrattamente legittimo – il legislatore avrebbe posto una cripto-regola sulla forma dei negozi cui trova applicazione il *Jobs Act* in esame. Forma, beninteso, richiesta non a pena di nullità, bensì a fini di tutela del lavoratore autonomo secondo un modello invalso nella normativa sui contratti “asimmetrici” per consentire al contraente “debole” di avere piena contezza del regolamento negoziale che ha accettato²⁰.

La previsione tende indirettamente ad indurre i paciscenti “forti” ad adottare spontaneamente la forma scritta o ad accettare siffatta richiesta formulata dal prestatore d’opera.

Nell’eventualità che invece ciò non avvenga, potrebbe altresì ritenersi che, ove prima della declaratoria di abusività del rifiuto del committente costui addivenisse alla tempestiva rinnovazione del negozio per iscritto, assecondando così la proposta a suo tempo formulata dal lavoratore autonomo, tale vicenda integrerebbe una sorta di adempimento sanante idoneo a paralizzare la richiesta di risarcimento del danno.

4. – Se, ad una prima lettura delle norme richiamate, si trae l’impressione positiva, segnalata in apertura, di un meticciamiento delle tutele del consumatore con quelle del *professionnel* debole, che può far sperare in un futuro regolamento unitario che, indipendentemente da steccati soggettivi – *b2c*, *b2b* –, porti a una disciplina di diritto comune delle clausole vessatorie che archivi definitivamente lo strumentario ormai davvero spuntato degli artt. 1341 e 1342 c.c., tuttavia, guardando al tempo presente si profila una sorta di sovraccarico di regole, di provenienza diversa – da quelle codicistiche a quelle sui ritardi di pagamento e sull’abuso di dipendenza economica nella subfornitura, oltre a quelle, infine, che si è definito “autoctone” –, chiamate a disciplinare medesime o molto simili porzioni di realtà attivando rimedi non sempre perfettamente coincidenti. Per altro verso, l’ordito regolamentare si palesa in taluni aspetti fin troppo rarefatto, come nel caso del silenzio in ordine alle ricadute dell’accertata inefficacia delle clausole del contratto contemplate nel primo comma dell’art. 3.

Ciò sollecita un lavoro di ricomposizione e tessitura razionale della trama normativa da parte degli interpreti in vista non solo della individuazione completa e coerente della disciplina applicabile ai negozi conclusi dal lavoratore autonomo non imprenditore, ma anche di una lettura sistematica di queste nuove previsioni in tema di clausole e condotte “abusive” nel quadro dell’attuale diritto dei contratti.

Nell’impossibilità di scandagliare adeguatamente, nell’ambito di queste brevi note, le diverse questioni emergenti, ci si limiterà a tratteggiare taluni aspetti problematici che si prospettano in

²⁰ In tema v. lo studio di L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 119 ss.. Sul collegamento tra forma e informazione cfr., altresì, R. ALESSI, *I doveri di informazione*, nel *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo, S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 391 ss.. Sulle diverse declinazioni del cosiddetto “neoformalismo” nella disciplina del “terzo contratto” cfr. F. ADDIS, «Neoformalismo» e tutela dell’imprenditore debole, in *Obbl. e contr.*, 1/2012, p. 6 ss.



un caso emblematico: quello della clausola relativa alla determinazione del termine del pagamento del corrispettivo in un periodo superiore a sessanta giorni decorrenti dalla data in cui il committente abbia ricevuto la fattura o la richiesta di adempimento. È l'ultima delle ipotesi contemplate al 1° alinea dell'art. 3, che la qualifica *tout court* come abusiva e priva di effetto.

Previsione dai tratti di spiccata specialità, essa trova esclusiva applicazione nelle fattispecie che ricadono entro la sfera di operatività del *Jobs Act* dei lavoratori autonomi.

La statuizione va messa a confronto con quanto stabilito in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali nell'analoga fattispecie contemplata all'art. 4, d.lgs. n. 231/2002. In essa, posto che il termine legale per il pagamento è fissato, in via dispositiva, in un tempo massimo di trenta giorni computati dalla data di ricevimento da parte del debitore della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente, si ammette una dilatazione convenzionale di detto termine. La relativa regolamentazione subisce però una divaricazione in ragione della qualità di soggetto pubblico o privato del contraente "forte". In quest'ultima eventualità, è consentito convenire un tempo superiore con scansioni differenti e presupposti via via più rigorosi in ragione dell'allungarsi del periodo. Se si resta entro i sessanta giorni si richiede unicamente che la clausola sia formulata in forma scritta a fini di prova. Se viene convenuto un termine superiore a sessanta giorni si richiede ulteriormente un estremo positivo, costituito dalla *espressa* formulazione del patto, e uno negativo, della *non grave iniquità* per il creditore. Mancando tale ultima condizione, la clausola sarà nulla ai sensi dell'art. 7, con conseguente applicazione degli artt. 1339 e 1419, 2° comma, c.c., e dunque attraverso la sostituzione automatica delle clausole nulle con quelle legali, espressione della corretta prassi mercantile²¹. Qualora, in-

²¹ La soluzione, difforme dall'originaria versione che contemplava l'eventualità di una riformulazione correttivo-equitativa delle clausole ad opera del giudice, si muove nel segno della riconduzione dell'autonomia privata entro i canoni fissati dal legislatore, pur se con norme non dotate di forza imperativa come invece vorrebbero i richiamati articoli del codice civile. In questo modo il diritto dispositivo assume, per espressa volontà legislativa, funzione integrativo-correttiva del regolamento negoziale per così dire "di ritorno", giacché, inizialmente derogato dai contraenti, si innesta nella trama contrattuale a seguito della caducazione della clausola pattizia folgorata da nullità (perché gravemente iniqua in danno del creditore del corrispettivo in denaro), dando vita ad un regolamento negoziale astrattamente equilibrato, in quanto disegnato dal legislatore ispirandosi alla corretta prassi mercantile. Sul tema v. le riflessioni di R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *www.juscivile.it*, 2013, 7, p. 388 ss., formulate rispetto al diverso ma contiguo ambito delle conseguenze della nullità delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore.

In dottrina segnala come il richiamo agli artt. 1339 e 1419, comma 2°, del codice civile contenuto all'art. 7, d.lgs. n. 231/2002 sia «concettualmente imprecis[o], se non – addirittura – fuorviante» G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*. Saggi, cit., p. 213 ss., spec. p. 260. In argomento oltre al citato studio di G. D'Amico si v., senza pretesa di esaustività, S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 4/2013, p. 406 ss., p. 414 ss. (il quale ritiene possibile, al di là del dettato legislativo, non operare l'integrazione correttiva con il diritto dispositivo, ma – in determinate circostanze – una integrazione equitativa da parte del giudice. Sul punto v. i condivisibili rilievi critici di G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 252 ss. e nt. 80); ID., *Spigolature sull'art. 7, commi 1 e 2 del d.lgs. 231/2002*, in AA.VV., *I ritardi nei pagamenti*, a cura di A.M. BENEDETTI, S. PAGLIANTINI, cit., p. 188 ss.; A.M. BENEDETTI, *La nullità delle clausole derogatorie*, ivi, p. 169 ss., spec. p. 183 ss.; F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 23 ss.; B. SCIANNACA, *Clausole gravemente inique in danno del creditore: le novità del*



vece, il debitore del compenso sia una pubblica amministrazione, la possibilità di convenire un termine più ampio è subordinata alle seguenti concorrenti condizioni: *i*) formulazione espressa della convenzione; *ii*) sussistenza di una causa giustificativa di natura oggettiva, legata alla «natura particolare del contratto» o a «talune sue caratteristiche»; *iii*) termine non superiore a sessanta giorni dal ricevimento della fattura o della richiesta di pagamento da parte della p.a. debitrice del compenso²². In caso di inosservanza la clausola sarà nulla, senza necessità di vagliarne la grave iniquità in danno del debitore²³.

Non v'è dubbio che la formulazione del *Jobs Act* in esame, più snella e di più facile decifrazione, individui un diverso punto di equilibrio tra le opposte posizioni dei contraenti. Per certi versi appare più vantaggiosa per il committente, sia esso soggetto pubblico o privato, giacché è libero di fissare – *rectius*, di imporre – al prestatore d'opera un termine di pagamento del compenso più ampio, fino a sessanta giorni, senza dover sottostare ad alcuna condizione. Per altri risulta più garantita la posizione del lavoratore autonomo, il quale vede immediatamente privata di efficacia la clausola che eventualmente dilatasse il tempo del pagamento del suo compenso oltre la soglia consentita dei sessanta giorni.

Resta all'interprete, lo si è accennato, il compito di ricostruire la trama dei diritti e degli obblighi delle parti successivamente alla verifica di abusività/vessatorietà della convenzione sul termine di pagamento e della conseguente inefficacia.

Nel silenzio del legislatore deve valutarsi sulla base di quale disciplina colmare la lacuna prodottasi nel regolamento negoziale.

La scelta tra le possibili alternative – ricorso alle previsioni codicistiche in materia di tempo dell'adempimento, giacché quelle sul contratto d'opera e sul contratto d'opera intellettuale tacciono sull'argomento; applicazione delle statuizioni in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, richiamate all'art. 2 della l. n. 81/2017 ad operare anche rispetto alle «transazioni commerciali» stipulate dai lavoratori autonomi purché compatibili e non superate da previsioni più favorevoli – a nostro avviso dovrebbe cadere sulla prima evenienza prospettata. Pertanto a mente del 1° comma, 1° periodo, dell'art. 1183 c.c., il creditore avrebbe il diritto di esigere *immediatamente* l'adempimento.

L'applicazione del precetto codicistico sulla esigibilità a vista del credito da parte del prestatore d'opera assume una chiara valenza sanzionatoria per l'altro contraente, specie alla luce del-

D.Lgs. 231/2002 da una prospettiva rimediale, in *Contratti*, 1/2015, p. 87 ss.. Ritiene non straordinaria l'eventualità che una regola derogabile sostituisca una clausola nulla G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 480 ss., ora in *Id.*, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, 2011, (da cui si cita) p. 609 ss., p. 616 ss.. Sulle diverse e nuove funzioni dell'integrazione del contratto e, in particolare, su quella «conformativa» v., nella letteratura recente, A. FEDERICO, *L'integrazione del contratto e la giurisprudenza della corte di giustizia sulle clausole abusive*, in AA.VV., *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, a cura di M. Trimarchi, A. Federico, M. Astone, C. Ciraiolo, A. La Spina, F. Rende, A. Fazio, S. Carabetta, Milano, 2017, p. 297 ss., p. 309 ss.

²² Anche in questo caso è previsto che ai fini della prova la clausola sia redatta in forma scritta.

²³ Cfr. nota 9.



la prassi irragionevolmente dilatoria invalsa ad opera di committenti non rispettosi dei precetti di buona fede e lealtà e degli usi corretti del mercato, a fronte della quale il legislatore si è determinato ad individuare adesso nell'ampio termine di sessanta giorni la soglia di ammissibilità delle clausole sul tempo del pagamento del compenso al prestatore d'opera.

Sotto diverso punto di vista può notarsi come la prospettazione di una operatività *ex post* della regola di cui all'art. 1183, 1° comma, 1° p., c.c., in presenza di una lacuna intervenuta nel regolamento negoziale in seguito all'accertamento della vessatorietà/abusività della clausola sovra-soglia, si colora di un'innegabile *vis* deterrente per il committente. Una sua effettiva applicazione porterebbe ad un riposizionamento degli equilibri contrapposti con un significativo inaspettato vantaggio per la parte lesa.

L'ipotesica differente soluzione del termine legale ricavabile dall'art. 4 del d.lgs. n. 231/2002, che contempla come ipotesi "basica" un «periodo di pagamento» non superiore a trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente da parte del debitore, pur se astrattamente richiamabile in virtù del disposto dell'art. 2, l. n. 81/2017, a ben vedere risulta interdetta dalla riserva dell'esistenza di disposizioni più favorevoli al lavoratore autonomo posta dallo stesso art. 2: regola incarnata plasticamente dall'art. 1183, 1° comma, c.c.

L'opzione ermeneutica qui propugnata appare coerente con la *ratio* delle previsioni della l. n. 81/2017 scrutinate e, in ispecie, con quella dell'art. 3, l. n. 81/2017, sulla determinazione pattizia del tempo del pagamento del compenso al prestatore d'opera. Da una loro lettura coordinata emerge come il legislatore in quest'ultimo enunciato, tenuto conto delle possibili regole alternativamente concorrenti, abbia inteso porre una previsione speciale diretta a contemperare gli interessi dei contraenti. Ha, così, consentito maggior spazio e più scioltezza di manovra al committente entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di ricevimento della fattura o della richiesta di adempimento. Per converso, ha attribuito al lavoratore autonomo una tutela incisiva in presenza di uno sconfinamento oltre i sessanta giorni del termine di pagamento, sancendo l'inefficacia della relativa pattuizione e il risarcimento del danno. Laddove, pertanto, il punto di equilibrio tra i contrapposti interessi delle parti individuato *ex ante* dal legislatore nel termine massimo di sessanta giorni dalla richiesta o dal ricevimento della fattura non venga rispettato per l'«abusiva» fissazione del termine di pagamento del compenso oltre quella soglia, la rideeterminazione del tempo per l'adempimento conseguente alla paralisi dell'efficacia della clausola vessatoria avviene attraverso l'integrazione del regolamento pattizio con la disciplina legale, dispositiva, più favorevole alla parte "debole" lesa.

L'individuazione legislativa di un limite temporale ampio a favore del committente e, all'inverso, la qualificazione di abusività della clausola che dovesse oltrepassare tale scadenza sconsigliano, poi, una soluzione di segno ancora differente nel senso di una riduzione conservativa della clausola abusiva da parte del giudice, volta a ricondurla appena sotto la soglia di ammissibilità²⁴. Milita in questa direzione la considerazione che il congegno rimediale adottato

²⁴ Riguardo alla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali una simile proposta ermeneutica



dall'art. 3 in esame – comminatoria di abusività/inefficacia della clausola oltre il risarcimento del danno – sia una chiara manifestazione del giudizio di disvalore del legislatore nei confronti della pattuizione sovra-limite. Disvalore cui non sembra si possa coerentemente coniugare una ricomposizione in via giudiziale del rapporto negoziale che riporti il termine entro la soglia dei sessanta giorni.

Piuttosto, un simile risultato potrebbe darsi all'esito di una rinegoziazione tra le parti, e dunque grazie ad un riespandersi dell'autonomia privata in senso finalmente ossequioso delle prescrizioni legislative²⁵.

è formulata da S. PAGLIANTINI in *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, cit., p. 416 ss.

²⁵ Con riferimento ai contratti di durata in cui almeno una delle parti sia un imprenditore la indica quale strumento destinato ad un'estesa applicazione M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012, p. 33 ss., spec. p. 65 s.. In prospettiva di analisi economica del diritto v., nella letteratura tedesca, S. BECHTHOLD, *Die Grenzen zwingenden Vertragsrecht. Ein rechtökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts*, Tübingen, 2010, p. 294 ss.



LA SIMULAZIONE DEL MATRIMONIO

SOMMARIO: 1. *Il matrimonio simulato come fatto e la sua generale liceità.* – 2. *Le tesi secondo le quali l'art. 123 c.c. non configurerebbe un'ipotesi di simulazione.* – 3. *La compatibilità dell'istituto previsto dall'art. 123 c.c. con la figura generale della simulazione. L'accordo di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti derivanti dal matrimonio come accordo simulatorio.* – 4. *Il contenuto dell'accordo simulatorio.* – 5. *Le specificità della simulazione matrimoniale.* – 6. *L'impugnazione del matrimonio simulato.*

1. – Su un piano meramente fattuale (prescindendo quindi dalla valutazione che di esso operi l'ordinamento), in genere ogni privata iniziativa di autonomia, e cioè qualsiasi comportamento di tipo inattuoso o programmatico può essere oggetto o punto di riferimento di un fenomeno simulatorio. Più precisamente: ogni qual volta le parti pongono in essere una dichiarazione mediante la quale operano una programmazione di interessi destinati ad essere realizzati almeno logicamente in un tempo successivo attraverso l'esecuzione o l'attuazione dell'impegno assunto, è ben possibile che esse in realtà mentiscano (simolino) al momento della dichiarazione ed in realtà non desiderino che si attui o si verifichi l'assunta modifica della realtà, essendo piuttosto loro intenzione soltanto quella di creare un'apparenza ingannatrice. Le parti, in altri termini, non vogliono operare un effettivo regolamento di interessi, non hanno come obiettivo la produzione di effetti giuridici e di conseguenze di fatto tipicamente corrispondenti a quella apparente dichiarazione, bensì pongono in essere il comportamento per altre particolari ragioni o per soddisfare peculiari ulteriori interessi, diversi da quelli normalmente riconducibili a quella iniziativa.

Il matrimonio, così come il contratto ed in genere ogni comportamento che presenti le suddette caratteristiche, in quanto iniziativa destinata essenzialmente a spiegarsi e realizzarsi in un tempo successivo alla sua adozione durante la vita della persona, nella specie idonea a fondare la famiglia, può certamente, considerato come fenomeno della realtà, integrare un comportamento suscettibile di creare una mera apparenza, posto in essere per conseguire obiettivi del più vario genere, comunque diversi da quello di realizzare una comunione materiale e spirituale di vita.

Al riguardo, va sin d'ora rilevato che una indagine sul trattamento che il nostro ordinamento riserva alla simulazione del matrimonio, non può prescindere ed anzi deve partire, se non vuole tradursi in discussioni essenzialmente teoriche sull'interpretazione della previsione che disciplina la materia, dalla forza del fatto e cioè proprio dall'esame delle concrete fattispecie ricorrenti in ambito sociale e degli interessi ulteriori o atipici che spingono le parti a mentire, a fingere, a creare un matrimonio apparente.

Ora, quali sono i casi nei quali un matrimonio civile viene celebrato senza alcuna intenzione



da parte dei contraenti di realizzare una comunione di vita e quindi una famiglia? Le ipotesi sono le più varie, da quelle classiche ad altre più nuove, avuto riguardo alle personali motivazioni dei nubendi e alle complesse e disparate esigenze pratiche emergenti dal contesto sociale¹. Si va così dal caso in cui il matrimonio venga celebrato dallo straniero per acquisire la cittadinanza del coniuge o per evitare la revoca del permesso di soggiorno o ancora per sanare una precedente irregolare presenza nel nostro paese, alle ipotesi di celebrazione poste in essere per soddisfare il desiderio di un genitore in fin di vita o per porre fine alle insistenze dei parenti di regolarizzare situazioni pregresse o per affrancarsi da un ambiente familiare particolarmente rigido. Ed ancora il matrimonio può essere simulato: per assumere un diverso cognome, per far assumere al figlio nascituro un cognome paterno, per impedire che lo sposo, allontanandosi per il servizio militare o per emigrazione, si unisca ad altra donna. Oppure per ragioni precipuamente economiche, e così: per trasmettere diritti pensionistici, per acquisire punteggi per l'assegnazione di un alloggio o la partecipazione a pubblici concorsi, per ottenere la liberazione di un immobile locato, per conseguire vantaggi fiscali. Si può, poi, addivenire ad un matrimonio solo per compensare la persona che ha dato assistenza nella parte finale della vita o durante una lunga malattia terminale. Ed infine ci si può sposare anche solo per gioco e con assoluta superficialità, nella piena consapevolezza esclusivamente di mentire, senza ulteriori particolari motivazioni. E però, in tutti questi casi e nei numerosi altri che la fantasia dei nubendi potrebbe configurare, con la sicura convinzione che l'atto che si pone in essere non è preposto a fondare sul piano sostanziale una famiglia, quale nucleo sociale nel quale si attuano quei valori spirituali e materiali che la caratterizzano.

Ora, evidenziate le ragioni pratiche e gli interessi che inducono le parti a contrarre un matrimonio meramente apparente, occorre chiedersi, cercando di cogliere qualche indicazione di fondo e prescindendo ancora da un esame specifico della disciplina, quale sia la valutazione che del fenomeno dà l'ordinamento. Al riguardo, su un piano generale, va subito chiarito che, nonostante possa ipotizzarsi in parecchi (ma non in tutti i) casi d'anzì ricordati un uso alquanto anomalo o addirittura irridente di un istituto quale il matrimonio preposto alla realizzazione di valori fondamentali della persona, l'attività simulatoria si configura in materia come pienamente lecita. L'ordinamento, in linea di principio, prende atto che in numerose ipotesi le parti desiderano porre in essere un matrimonio solo fittizio e consente (non vieta) la creazione di un vincolo solo apparente, preposto nelle intenzioni dei nubendi non a produrre gli effetti caratterizzanti il rapporto coniugale, bensì in genere singole e varie conseguenze, anche diverse da fattispecie a fattispecie, ultronee al nucleo dell'istituto matrimoniale e però da questo dipendenti o collegate².

¹ Per quanto riguarda la giurisprudenza v.: T. Milano, 6.7.1978, in *Dir. famiglia*, 1979, 113; T. Messina, 28.8.1979, *ivi*, 1980, 142; T. Bari, 22.1.1981, in *Foro it.*, 1981, I, 1429; T. Genova, 18.7.1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 615; T. Genova, 11.1.1983, in *Giur. di Merito*, 1984, I, 314; T. Napoli, 10.10.1986, in *Giust. civ.*, 1986, I, 3194; T. Padova, 14.12.1987, in *Nuova giur. comm.*, 1988, I, 471; A. Firenze, 22.8.1988, in *Dir. famiglia*, 1990, 629; T. Palermo, 10.11.1990, *ivi*, 1991, 1007; T. Bologna, 1.4.2010, in *Banca dati Utet giuridica*; T. Foggia, 19.6.2012, in *Banca dati Utet giuridica*.

² La valutazione in ordine alla generale liceità nel nostro ordinamento della simulazione matrimoniale non esclude che in determinati casi o in singole fattispecie possa ravvisarsi un orientamento di segno opposto.



Naturalmente ove, viceversa, in un tempo successivo alla celebrazione fittizia, i nubendi decidano di instaurare una reale comunione materiale e spirituale di vita, in forza del principio proprio del diritto di famiglia della prevalenza del rapporto sull'atto e/o del favore per i matrimoni a cui corrisponda un effettivo nucleo familiare, il matrimonio anche se all'origine simulato, non potrà più essere annullato.

L'affermata liceità della simulazione matrimoniale si pone in linea con l'idea secondo cui, ancorché nel codice non sia ravvisabile una definizione del matrimonio, dalla riforma del diritto di famiglia si trae complessivamente una chiara indicazione di una sua avvenuta privatizzazione³. Il matrimonio, in altri termini, è in primo luogo ed essenzialmente un "affare" dei coniugi, un atto fondativo della loro famiglia e di una reale comunione materiale e spirituale di vita. Cosicché, una volta emesso un consenso fittizio e stipulato un matrimonio simulato, sono le stesse parti ed esclusivamente loro a potere e dovere decidere se chiedere l'accertamento dell'apparenza matrimoniale o se rimanere solo formalmente legate a tempo indeterminato. Nel primo caso il matrimonio è destinato all'annullamento; nel secondo la mera decorrenza del termine fissato dall'ordinamento entro il quale è consentito impugnare il matrimonio per simulazione, se

Il riferimento, al riguardo, è con tutta evidenza, specie alla luce della più recente legislazione in materia, ai matrimoni conclusi unicamente allo scopo di eludere le norme relative all'ingresso e al soggiorno di cittadini stranieri. Sul punto va ricordata, in primo luogo la risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea del 4.12.1997 sulle misure da adottare in materia di lotta contro i matrimoni fittizi, con la quale si invitano gli Stati ad emanare le disposizioni necessarie per evitare che il matrimonio di un cittadino extracomunitario con un cittadino comunitario sia posto in essere esclusivamente in funzione di conseguire la cittadinanza europea o comunque un titolo di soggiorno in uno Stato membro dell'Unione. E si specificano, inoltre, quali siano i fatti in presenza dei quali si possa presumere la ricorrenza di tale intento fraudolento o illegale e così, per esempio, la mancata convivenza, la corresponsione di una somma di denaro perché il matrimonio sia celebrato e la circostanza che i coniugi non si siano mai incontrati prima del matrimonio.

Vari Paesi europei hanno ormai una legislazione in materia. In Italia un primo intervento si è avuto con la novella del 2002 del testo unico sull'immigrazione che all'art. 30, co. 1 *bis* dispone che il permesso di soggiorno per motivi familiari sia immediatamente revocato qualora sia accertato che al matrimonio celebrato dallo straniero non sia seguita l'effettiva convivenza, salvo che dal matrimonio sia nata prole: si tratta di una disposizione costruita nella prospettiva di un diritto speciale di polizia, in relazione alla quale è quindi opportuno distinguere tra coabitazione e convivenza coniugale, nel senso che quest'ultima non richiede necessariamente l'assoluta continuità della coabitazione ricorrendo piuttosto in presenza di una comunione materiale e spirituale di vita.

Un secondo e più recente intervento era stato realizzato con la l. 15.7.2009, n. 94 che, tra l'altro, aveva novellato l'art. 116 c.c. imponendo allo straniero che volesse contrarre matrimonio in Italia di presentare all'ufficiale dello stato civile un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano. La disposizione, eccessiva e fortemente sospettabile di illegittimità costituzionale, emanata formalmente per rendere impossibili i matrimoni di comodo, non distingueva tra cittadini comunitari ed extracomunitari e finiva col limitare ingiustificatamente il diritto fondamentale della persona di sposarsi e di creare una famiglia, tutelato dall'art. 9 della Carta di Nizza. Cosicché la Corte costituzionale l'ha dichiarata costituzionalmente illegittima con sentenza 25.7.2011 n. 245, in *Foro it.*, 2012, 362.

Cfr., in materia: MOROZZO DELLA ROCCA, Simulazione, matrimonio di comodo e cittadinanza, in *Famiglia e dir.*, 2007, 955 ss.; ID., I limiti alla libertà matrimoniale secondo il nuovo testo dell'art. 116 cod. civ., in *Famiglia e dir.*, 2009, 945 ss.; GIACOBBE, Il matrimonio, I, L'atto e il rapporto, in *Tratt. Sacco*, 3, Le persone e la famiglia, Torino, 2011, 409 ss.

³ Sul nesso tra simulazione del matrimonio e privatizzazione dell'istituto matrimoniale v. BARBA, *La simulazione del matrimonio civile*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2016, 445 ss.



probabilmente posto con l'intenzione di limitare la rilevanza della figura e l'utilizzo improprio dell'istituto matrimoniale, in realtà non riesce a conseguire tali obiettivi in quanto i nubendi che non impugnano il matrimonio possono certamente non creare una famiglia e continuare invece a godere dei vantaggi pratici in funzione dei quali avevano concluso quel matrimonio simulato.

2. – Venendo ora ad una più precisa definizione dell'istituto, può essere utile ricordare, seppur brevemente, lo stato della dottrina e della giurisprudenza anteriore alla riforma del diritto di famiglia⁴, non fosse altro perché varie opinioni sostenute in quel tempo, quando mancava una disposizione che espressamente si occupasse di simulazione del matrimonio, sono ancor oggi di attualità e vengono talora per qualche aspetto riprese.

Va, così, ricordato che la maggior parte degli autori negava la rilevanza della simulazione nel matrimonio, assumendo che tale atto costituisse un tipico negozio formale fondato su un prevalente interesse di natura pubblicistica tale da escludere la disponibilità degli effetti da parte dei coniugi. Si considerava, poi, che la disciplina della simulazione in tema di contratti non era estensibile al matrimonio in quanto negozio a contenuto non patrimoniale ed anzi che i due istituti, la simulazione e il matrimonio, dovevano ritenersi incompatibili. Altri, infine, adduceva a sostegno di tale impostazione, ragioni in senso lato morali, ritenendosi quantomeno improprio l'utilizzo di un istituto quale il matrimonio per conseguire scopi del tutto estranei alla sua natura.

Non mancava, peraltro, chi, viceversa, sosteneva che l'annullamento dei matrimoni simulati rispondesse ad un preciso interesse pubblico e che non poteva ritenersi di ostacolo per la rilevanza del fenomeno né il carattere solenne dell'atto (dal momento che la simulazione poteva pacificamente riguardare anche negozi formali) né l'indisponibilità degli effetti (in quanto questa concerne il rapporto e non il suo momento costitutivo). E si ribadiva, perciò, che la mancanza di una effettiva volontà delle parti di sposarsi non poteva non comportare la nullità del matrimonio.

Le argomentazioni, così per sommi capi riprese, devono naturalmente essere valutate dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975 alla luce dell'introduzione di una specifica formula legislativa, contenuta nell'art. 123 c.c., espressamente dedicata a disciplinare il fenomeno. Formula – va subito rilevato – molto discussa e criticata, suscettibile di varie e talora contrastanti interpretazioni e comunque oggetto con tutta probabilità di indagini sproporzionate rispetto alla sua pratica utilizzazione⁵.

⁴ Per una ampia ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale avutosi nel periodo precedente la riforma del 1975 v., per tutti, CONTE, *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1999, 20 ss. Cfr. anche MORACE PINELLI, *Art. 123*, in *Comm. Schlesinger, Della nullità del matrimonio*, I, Milano, 2012, 223 ss. e BARBA, *op. cit.*, 453 ss.

⁵ Si tratta di rilievi ormai sufficientemente diffusi: per tutti, v. QUADRI, *Art. 123. Simulazione*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Padova, 1992, 344 ss. e MANTOVANI, *La simulazione del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini-Cattaneo*, I, 1, Torino, 2007, 454 ss.



L'art. 123 c.c. detta fondamentalmente due regole. Al 1° co. una di carattere sostanziale quando stabilisce che il matrimonio può essere impugnato da ciascuno dei coniugi quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti. E al 2° co. una concernente la proposizione dell'azione che non può più farsi decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima.

In presenza di questa proposizione linguistico-normativa, nonostante la rubrica dell'articolo reciti perentoriamente «Simulazione» e la disposizione sia inserita tra quelle della Sezione rubricata «Della nullità del matrimonio», parte, anche autorevole, della dottrina, negli anni immediatamente successivi alla riforma del diritto di famiglia, sicuramente influenzata dalla particolare e per certi aspetti innovatrice formula adoperata dal legislatore per definire il fenomeno, che sembra prevedere una speciale inattuazione concordata del rapporto coniugale, ha ritenuto che l'art. 123 c.c. non delinei né configuri tecnicamente una ipotesi di simulazione⁶.

Si è così affermato che il matrimonio in parola non è diverso da un matrimonio reale o non simulato e che l'accordo di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti discendenti dal matrimonio è propriamente un accordo di non esecuzione che presuppone l'efficacia dell'atto. L'art. 123 c.c. prevederebbe quindi una figura binaria che risulta dalla sintesi di un matrimonio e di un accordo di non attuazione dei suoi effetti, che comporta l'impugnazione dell'atto e quindi la ricorrenza di un matrimonio invalido ma provvisoriamente efficace e perciò annullabile⁷. La rubrica dell'art. 123 c.c., pur presentando uno *status* normativo identico a quello del testo, sarebbe dunque erronea ed anzi da tale qualificazione potrebbe ricavarsi l'implicita volontà del legislatore di non consentire l'applicabilità al matrimonio delle regole generali in tema di simulazione.

Considerazioni in parte simili vengono prospettate da chi, constatando oltretutto l'evidente contrasto tra i brevi termini di decadenza dall'azione previsti dal 2° co. dell'art. 123 c.c. e l'imprescrittibilità dell'azione di nullità (e di quella per far valere una simulazione), evidenzia che nel diritto civile, a differenza del diritto canonico, la celebrazione rimane l'elemento costitutivo del matrimonio, cosicché nella specie ricorrerebbe un vero e proprio matrimonio non simulato che le parti pongono in essere per raggiungere uno scopo ulteriore non tipico dell'istituto ponendo quindi in essere un negozio indiretto, visto con sfavore dall'ordinamento e perciò impugnabile⁸. O, ancora, da chi, ribadito che la formulazione della disposizione codicistica comporta una inammissibilità logica di una configurazione di un'ipotesi di nullità per simulazione, nota che la fattispecie delinea nella sostanza una ipotesi di impropria utilizzazione della libertà

⁶ Un ampio affresco, anche in prospettiva critica, di queste posizioni può leggersi in CONTE, *op. cit.*, 132 ss. V., altresì, MORACE PINELLI, *op. cit.*, 234 ss.; GAMBARDILLA, *La simulazione nel matrimonio civile: art. 123 c.c.*, in *Dir. famiglia*, 2010, 1466 ss.; GIACOBBE, *op. cit.*, 388 ss.; BARBA, *op. cit.*, 456 ss.

⁷ IRTI, *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile? Note sulla tecnica delle definizioni legislative*, in *Dir. e giur.*, 1976, 483 s.

⁸ PIETROBON, Art. 18 Nov., art. 123, in Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi, I, I, Padova, 1977, 172 ss.



matrimoniale: le parti cioè perseguono finalità divergenti da quelle stabilite dall'ordinamento e si è perciò in presenza di un caso di abuso del diritto⁹.

3. – Le tesi negatrici anteriori alla riforma ma anche nella sostanza quelle da ultimo ricordate prospettate vigente l'attuale art. 123 c.c., tendono ad escludere la configurabilità nella specie di un'ipotesi di simulazione rapportando o confrontando il fenomeno in esame o la formulazione della disposizione che lo tratta con un dato modello o figura di simulazione che si assume punto di riferimento per poter valutare se nella specie se ne rinvenga un'ipotesi¹⁰.

Ora, il punto è proprio questo. Per accertare se l'art. 123 c.c. preveda (prescindendo dalla sua rubrica) o no una fattispecie simulatoria, è necessario intendersi su quali momenti o dati debbono ricorrere perché possa in generale parlarsi di simulazione o, forse, ancor prima, se nel nostro sistema, inteso in tutte le sue componenti, si diano indizi tali da rendere sostenibile la tesi di un unitario quadro di elementi sufficienti per definire o rinvenire una simulazione. L'interprete che voglia procedere senza pregiudizi, può, infatti, incontrare non poche difficoltà in sede di ricerca di un sicuro punto di riferimento (*idest* del "modello"), in quanto potrebbe riferirsi al formante legislativo e quindi alla disciplina presente (ma non solo) in materia di contratto, oppure (o anche o soprattutto) a quello dottrinale e alla lunga tradizione che accompagna questo classico tema, o ancora alle soluzioni offerte in diversi campi e settori in materia dalla giurisprudenza. Quale che sia la scelta operata, il rischio è che essa in certa misura si configuri come arbitraria, con la conseguenza di rendere i relativi risultati inidonei o insufficienti ad essere considerati sicuri punti di riferimento per stabilire se nella specie matrimoniale ricorra o no una simulazione.

Ovviamente non è questa la sede per riprendere la tematica della simulazione. Si vuole però evidenziare, sul piano del metodo, che non appare corretto pervenire a determinate conclusioni in una data materia (il diritto di famiglia) assumendo quasi *a priori* che la disciplina di altra materia (ad esempio il diritto dei contratti) sia idonea a fornire il punto di riferimento per il giudizio¹¹, senza considerare adeguatamente i contributi della dottrina, la sola in grado di fissare alla luce della storia del concetto e con un ragionevole margine di errore, al di là del dato legislativo o giurisprudenziale, i significati semantici delle espressioni e i connotati essenziali di un istituto.

Venendo, comunque, a proporre qualche breve e incompleta riflessione in merito, è necessario ricordare come il codice civile in materia di contratti non chiarisce quando ricorra un feno-

⁹ COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 687 s.

¹⁰ Considerato che il testo dell'art. 123 appare confuso e contraddittorio, comunque suscettibile per qualche aspetto di suffragare le più diverse e talora anche opposte opinioni elaborate in dottrina, QUADRI, *op. cit.*, 353 s., valutata anche la scarsa applicazione giurisprudenziale dell'istituto, suggerisce l'adozione di un punto di vista essenzialmente pragmatico.

¹¹ E così, nella specie, non ha particolare senso partire dalla lettera dell'art. 1414 c.c. constatando l'inefficacia del contratto simulato e conseguentemente negare la ricorrenza di un fenomeno simulatorio nella fattispecie dell'art. 123 c.c. in quanto il matrimonio ivi previsto sarebbe produttivo di effetti e l'accordo di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti un mero accordo di non esecuzione o attuazione.



meno simulatorio. In sede di lavori preparatori espressamente si rinunciò a definirlo, lasciando tale compito alle riflessioni dei commentatori. La legge non indica quali elementi o momenti debbano aversi per la rilevanza del fenomeno né tantomeno quale contenuto o quale oggetto debba presentare l'accordo simulatorio; l'art. 1414 c.c. si limita a stabilire che il contratto simulato non produce effetto tra le parti, dettando quindi una regola che presuppone la ricorrenza della fattispecie simulatoria. La presenza in materia di contratti di una disposizione che riguarda esclusivamente gli effetti della simulazione rappresenta la prova, sufficientemente certa, della sua inutilizzabilità quale unica fonte di decisione per stabilire se l'art. 123 c.c. preveda un'ipotesi di simulazione. Non sembra, cioè, che da una norma sugli effetti in tema di contratti possano trarsi indicazioni definitive sulla ricorrenza in altra materia di un dato fatto (la simulazione del matrimonio). Se non si vuole incorrere in una inversione di metodo, occorre allora, nel silenzio della legge, partire dal fatto, dai caratteri che presenta, dagli interessi e dalle ragioni pratiche che spiegano quella data fattispecie.

Ora, in questa logica, il riferimento alla tradizione concettuale è essenziale. Senza ripercorrere il lungo cammino della riflessione dottrinale sul fenomeno simulatorio, e quale che sia l'impostazione che si intenda preferire, o una di tipo più tradizionale di stampo soggettivo-volontaristico o una più moderna di tipo oggettivo-assiologico, è certo che l'atto, il comportamento o il negozio possono dirsi simulati solo quando ricorre un accordo delle parti avente come primo o principale obiettivo quello di far apparire in ambito giuridico e sociale come reale un fenomeno (una dichiarazione) che reale non è¹². Simulare significa mentire: le parti con l'accordo simulatorio convengono di non volere il contenuto e quindi gli effetti dell'atto; non aspirano a conseguire il risultato riconducibile in forza di una normale valutazione sociale a quel dato atteggiamento; o ancora, non intendono porre in essere una effettiva programmazione di interessi e quindi predisporre gli strumenti per la loro realizzazione o soddisfacimento.

Se, allora, il nucleo essenziale della simulazione consiste proprio nella presenza, sul piano del fatto, di un accordo con tali contenuti, il problema è solo quello di verificare se esso ricorra in materia di matrimonio. Sembra, al riguardo, di poter dare una convincente risposta affermativa. È la stessa realtà, la "forza" del fatto, che induce a tale conclusione. La massima parte, se non addirittura tutti i casi in precedenza ricordati, emersi nell'esperienza storica e giurisprudenziale, sono proprio caratterizzati da un accordo avente quei contenuti, dal preciso intento delle parti di porre in essere un matrimonio solo apparente.

L'art. 123 c.c. – si potrebbe peraltro subito replicare, con una considerazione fortemente attenta alla lettera della disposizione – non prevede, però, un accordo di non volere gli effetti del matrimonio bensì un (semplice e diverso) accordo (che presuppone l'avvenuta produzione degli

¹² Sulla simulazione in generale, v., per tutti, SACCO, *Simulazione. I) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, XXXIII, Roma, 1992, 1 ss. dove, tra l'altro, si rileva che non esiste mai una dichiarazione (avendo riguardo alla complessiva volontà delle parti) che sia tutta quanta simulata, nel senso che esiste «un frammento di dichiarazione che, essendo il solo frammento conoscibile della dichiarazione tutta intiera, appare come una dichiarazione completa, ed è trattato così, sotto certi aspetti, dal diritto. Non è una dichiarazione, ma appare come una dichiarazione».



effetti) di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti discendenti dal matrimonio, cosicché non potrebbe in materia, almeno avuto riguardo alla disposizione ora ricordata, individuarsi un'ipotesi di simulazione¹³.

Sul punto, decisivo, occorre fare chiarezza. Si è già rilevato come il legislatore del contratto non abbia definito la simulazione o il contenuto dell'accordo simulatorio. Qui, con l'art. 123 c.c., probabilmente per la prima volta, si accinge a questo compito, cerca di dare un'indicazione; e lo fa, considerato che siamo in un campo molto delicato dove è importante avere riguardo non tanto o non solo alle formule linguistiche o alla coerenza logica quanto soprattutto alla portata reale dell'accordo, rifacendosi agli obblighi e ai diritti che qualificano il matrimonio ex art. 143 c.c., richiedendo sostanzialmente ai coniugi che il loro accordo attenga al nucleo dell'istituto e sia idoneo a non instaurare una reale comunione di vita. Quando, allora, il legislatore, utilizza la formula «accordo di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti», non fa altro che riferirsi alle conseguenze ultime di un'intesa mediante la quale le parti convengono di escludere una reale programmazione di interessi e di comportamenti idonea a fondare una famiglia o, se si vuole, in termini più semplici o tradizionali, ad un accordo di non volere la produzione e quindi l'attuazione degli effetti tipici del matrimonio¹⁴. Sarebbe, invero, un mero esercizio logico assumere, con una interpretazione squisitamente formale e letterale, non attenta alla realtà sociale e alle esigenze dei contraenti, che l'accordo ex art. 123 c.c. non è nell'intenzione del legislatore un accordo simulatorio. Ben può darsi che la formulazione della disposizione sia tecnicamente non perfetta ma si tratta di un modo efficace col quale il legislatore si esprime per far intendere che deve ricorrere un accordo pieno, importante tra i nubendi, riferito agli effetti fondamentali del matrimonio, perché possa parlarsi di simulazione. Che, invero, se si fosse adoperata una diversa terminologia (per esempio «accordo di non volere gli effetti del matrimonio») si sarebbe potuto equivocare tra gli effetti caratterizzanti l'istituto destinati a non prodursi tra i coniugi e quelli ultronei discendenti pure indirettamente dal matrimonio che le parti, come si vedrà, in qualche misura vogliono che si producano. Ed ancora e in ultimo: ove dovesse ritenersi che

¹³ CONTE, *op. cit.*, 336 ss. rileva che la fondamentale argomentazione utilizzata in dottrina per escludere la possibilità di ricondurre la fattispecie disciplinata dall'art. 123 c.c. ad una ipotesi di simulazione riposa proprio sul piano dell'efficacia.

¹⁴ SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, rileva che «convenire, prima del compimento di un atto, la inattuazione del correlativo effetto significa in buona sostanza “non volere” la componente di fatto di tale effetto» e che tale accordo «si traduce esattamente nell'intesa di “non volere” la effettiva e giuridica realizzazione del programma pratico che ciò nonostante l'atto posto in essere oggettivamente manifesta e quindi automaticamente nel “non volere” l'interesse che sta a fondamento di tale programma e che per quanto attiene al matrimonio si identifica con la costituzione di una comunità familiare e del correlativo consorzio di vita». Cfr., altresì, SACCO, *op. cit.*, 10, secondo il quale non si può pensare che nell'ipotesi dell'art. 123 «le parti vogliano gli obblighi, e non ne vogliano poi l'adempimento, dissociando così titolo ed esercizio»; ed ancora: «la legge non è rivolta a consociati dal cervello così sottile, né il nostro diritto statuale conosce questa distinzione fra la volontà che esclude il titolo, e quella che esclude l'esercizio», «in una situazione in cui le parti possono non sapere se è loro concesso di disvolere lo *status* di coniuge, la fattispecie minima, indicativa della intenzione di operare una pura messa in scena, sarà quella in cui la loro volontà si rivolge all'inesecuzione degli obblighi».

JUS CIVILE



l'art. 123 c.c. è destinato ad operare solo quando ricorra un accordo di non esecuzione (degli effetti prodottisi), si perverrebbe alla perlomeno strana o meglio assurda conseguenza che un (eventuale) accordo, espressamente concluso dai nubendi avente ad oggetto l'esclusione degli effetti tipici del matrimonio, sarebbe un accordo irrilevante o comunque non idoneo a fondare una simulazione matrimoniale. L'accordo previsto dall'art. 123 c.c. è, quindi, un accordo simulatorio e la fattispecie descritta da tale disposizione un'ipotesi di simulazione¹⁵. I dubbi che la lettera della previsione potrebbe far sorgere al riguardo possono ben dissiparsi tenendo conto che la formula, in assenza di dati normativi che definiscano in generale l'accordo simulatorio, non fa altro che recepirne e descriverne il contenuto in modo chiaro proprio nei termini in cui esso viene nella realtà pratica posto in essere¹⁶. Una diversa interpretazione della disposizione, tendente a collocare la portata e il significato dell'accordo nella fase attuativa di un rapporto già insorto e quindi implicante l'efficacia del matrimonio (simulato), appare, invero, al tempo stesso riduttiva dei reali problemi di interessi risolti dalla norma e non coerente ai principi del diritto matrimoniale. In presenza di un accordo degli sposi di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti discendenti dal matrimonio, l'ordinamento considera il matrimonio solo formalmente posto (e quindi simulato), privo del suo nucleo essenziale in forza del quale merita

¹⁵ Negli anni successivi alla riforma del diritto di famiglia del 1975, in dottrina, come si è già avuto modo di rilevare, sono state prospettate le più diverse tesi relativamente all'art. 123 c.c., alcune tendenti a negare, altre viceversa ad affermare la ricorrenza di un fenomeno simulatorio nella fattispecie ivi prevista. A partire dagli anni '90 sembra essersi delineato un orientamento, che può ormai dirsi prevalente, secondo il quale l'art. 123 c.c. prevede un'ipotesi di simulazione. Tale affermazione è, però, variamente supportata ritenendosi da alcuni (v., da ultimo, FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, 627 e MANTOVANI, *op. cit.*, 460) che sia consentito e opportuno qualificare la fattispecie in tali termini accogliendo un'idea lata di simulazione atta a ricomprendere qualsiasi creazione di un'apparenza diversa dall'effettiva sostanza dei rapporti tra le parti, mentre da altri (cfr. CONTE, *op. cit.*, 394 ss.) si evidenzia la ricorrenza di una vera e propria simulazione, da intendere quindi anche nel senso tecnico di cui alla disciplina del contratto. La prima impostazione cerca, in ultima analisi, di conciliare la tesi (diffusa in dottrina e già ricordata) secondo cui il matrimonio di cui all'art. 123 c.c. sarebbe produttivo di effetti e quindi annullabile con la natura intrinsecamente fittizia e solo formale dell'impegno assunto dalle parti ed in questa prospettiva evidenzia come non si possa a priori escludere che il legislatore, in dati casi, consideri annullabile (e non nullo) un negozio simulato. La seconda, invece, partendo dal rilievo secondo cui l'accordo di non esercitare i diritti e di non adempiere agli obblighi non implica, almeno tra le parti, l'efficacia del matrimonio simulato, perviene in modo più lineare ad identificare nella specie un'ipotesi di simulazione.

In realtà «Le parti perseguono un intento empirico che è divergente da quello tipico, sicché il matrimonio nasce privato della funzione sua propria, del suo nucleo minimo essenziale, dell'interesse fondamentale al quale è preordinato ... L'atto di conseguenza non è ad effetti eliminabili (ossia annullabile) ma *ab origine* senza effetti e cioè nullo. Ora se non è questa simulazione, allora vuol proprio dire che bisogna rivedere tutta la elaborazione teorica in tema di simulazione e certo non può essere così»: SCALISI, *op. cit.*, 283.

Ritengono che si tratti di una ipotesi di simulazione anche MORACE PINELLI, *op. cit.*, 247 ss., GIACOBBE, *op. cit.*, 396 ss. e BARBA, *op. cit.*, 463 ss.

¹⁶ Cfr. CONTE, *op. cit.*, 397 secondo il quale la particolarità della previsione normativa contenuta nell'art. 123 c.c. rispetto alle disposizioni contenute negli artt. 1414 ss. c.c. è nel fatto che «il legislatore ha nel primo caso preferito esplicitare il contenuto della statuizione negoziale che le parti hanno predisposto ai fini dei loro rapporti interni».

ANELLI, *Il matrimonio. Lezioni*, Milano, 1998, 77, seppur nell'ambito di un'impostazione che assume efficace il matrimonio simulato, ritiene che «il testo dell'art. 123 c.c. descrive quanto meno il tratto empirico fondamentale dell'attività simulatoria». Cfr. anche GIACOBBE, *op. cit.*, 396.



che gli si riconnettano effetti giuridici, incapace ad impegnare le parti ed inidoneo a fondare una famiglia.

Chiarito, quindi, che dal matrimonio apparente prefigurato dall'art. 123 c.c. non derivano – in conformità peraltro ad una loro precisa determinazione – diritti e obblighi per i coniugi, si potrebbe, sotto altro profilo, obiettare che tale matrimonio è comunque efficace in quanto produttivo dello *status* di coniuge in capo ai nubendi, *status* di cui gli stessi non potrebbero disporre, idoneo a fondare ulteriori e rilevanti conseguenze in ambito giuridico (ad esempio il diritto ad una pensione di reversibilità o l'acquisto della cittadinanza)¹⁷.

Al riguardo si potrebbe condurre un'ampia indagine. Due punti, però, in questa sede, vanno evidenziati. Intanto ed in primo luogo andrebbe chiarito se ed in che senso si possa parlare dello *status* di coniuge come di una nuova e diversa situazione giuridica rispetto all'insieme dei diritti e degli obblighi che si producono all'atto del matrimonio. Ed invero occorre essere avvertiti che del termine *status* si fa certamente un uso molto ampio e però soprattutto se non esclusivamente con portata meramente descrittiva o riassuntiva di effetti che autonomamente si producono e che per mera comodità espositiva vengono unitariamente qualificati come *status*, che però non integra di per sé un effetto o situazione giuridica nuova e diversa.

Sotto altro e distinto aspetto, va poi rilevato che caratteristica del fenomeno simulatorio in generale è proprio quella di integrare una fattispecie idonea a consentire la produzione di effetti ulteriori, non tipici dell'atto simulato ma comunque voluti dalle parti. E così, ad esempio, si effettua una donazione o una compravendita simulata, inidonee quindi a produrre l'effetto traslativo, per conseguire vantaggi sul piano fiscale. Gli effetti che possono quindi indirettamente derivare da un matrimonio simulato, ricollegabili poi nella massima parte dei casi alle ragioni effettive per le quali le parti hanno voluto creare l'apparenza del vincolo, non si pongono certo in contrasto né sono idonee a smentire la ricorrenza nella specie di un'ipotesi di simulazione¹⁸.

Siffatta conclusione, infine, non può essere nemmeno messa in crisi dal rilievo, fondato sul 2° co. dell'art. 123 c.c., secondo cui la relativa azione non è imprescrittibile, nel senso che termini brevi di decadenza sarebbero incompatibili con la ricorrenza di un fenomeno simulatorio. Occorre, infatti, sempre tenere ben distinto in materia la disciplina sostanziale o contenutistica dell'istituto da quella relativa ai tempi entro i quali deve essere fatta valere la simulazione, destinata ad operare solo nel caso in cui le parti si determinino in tal senso, che in realtà, come si è

¹⁷ V., sul punto, TOMMASINI, *L'invalidità del matrimonio*, in *Tratt. Bessone, Il diritto di famiglia*, VI, 1, Torino, 1999, 486 e CONTE, *op. cit.*, 400, il quale ritiene che in relazione alla fattispecie di cui all'art. 123 c.c. occorre distinguere il profilo dei rapporti interni nel senso che il matrimonio simulato è inefficace tra le parti e il profilo dei rapporti esterni dove invece detto matrimonio è efficace proprio in quanto costitutivo dello stato coniugale.

Anche BARBA, *op. cit.*, 463 ss. ritiene che il matrimonio simulato ex art. 123 c.c. non produce effetti tra i coniugi «fermo restando che quel matrimonio conserva agli sposi lo *status* di coniugi, con la conseguente applicabilità di tutte quelle norme, nelle quali l'essere coniuge, ossia l'accadimento di un atto riducibile al matrimonio, è elemento di fattispecie» (467).

¹⁸ In altri termini: qualsiasi negozio o contratto simulato sembra produrre gli effetti voluti dalle parti e talora produce anche effetti del tutto diversi da quelli tipici. La ricorrenza di effetti apparenti o di effetti ulteriori non deve indurre a ritenere che non ricorra un fenomeno simulatorio.



già evidenziato, nulla esclude che in concreto le stesse non abbiano alcun interesse ad impugnare il matrimonio. Una volta, infatti, dimostrato, avuto riguardo alla realtà fattuale e all'intenzione del legislatore, che con l'art. 123 c.c. si è inteso consentire e prevedere la simulazione del matrimonio, le previsioni relative ai termini per far valere l'azione potranno rilevare solo nella prospettiva, come si vedrà, di determinare quali caratteristiche presenti detta figura di simulazione.

4. – Venendo, adesso, a specificare il contenuto dell'accordo che deve ricorrere perché possa rinvenirsi un'ipotesi di simulazione del matrimonio ai sensi dell'art. 123 c.c., va preliminarmente osservato che il riferimento ad un'intesa simulatoria comporta l'esclusione, per il diritto civile a differenza di quello canonico, della rilevanza della semplice riserva mentale¹⁹.

L'accordo, inoltre, deve logicamente precedere il matrimonio, come può desumersi anche dal riferimento contenuto nella previsione codicistica agli sposi quali autori della simulazione²⁰.

Da più autori si insiste, poi, sulla circostanza dell'assoluta irrilevanza delle motivazioni che inducono i nubendi a porre in essere l'accordo simulatorio. Le ragioni pratiche che di volta in volta ricorrono e che conducono alla celebrazione di un matrimonio simulato rimangono sullo sfondo e comunque non vanno provate né influiscono in alcun modo sulla invalidità del matrimonio, essendo piuttosto sufficiente ed essenziale che le stesse si siano tradotte in un accordo di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti caratterizzanti l'istituto matrimoniale. Al limite, quindi, è pure ben possibile che non ricorrano dei precisi o significativi motivi e che la simulazione sia posta in essere puramente e semplicemente *ioci causa*²¹. Né tantomeno rileva la concorde volontà, eventualmente risultante anche espressamente, di conseguire dati specifici effetti, ultranei e diversi da quelli matrimoniali (ad esempio: una dichiarazione dei coniugi di sposarsi esclusivamente per acquisire diritti pensionistici), se non sul piano probatorio per suffragare l'esistenza dell'accordo simulatorio²².

Per quanto, infine, riguarda l'ampiezza dell'oggetto dell'accordo, è ormai sufficientemente pacifico l'orientamento secondo il quale l'art. 123 c.c. esclude la rilevanza (anche sotto questo profilo per il diritto civile a differenza di quello canonico) della simulazione parziale. L'accordo, in altri termini, deve avere una portata globale, deve consistere in una mera negazione del rapporto matrimoniale nella sua interezza, deve cioè avere come contenuto l'esclusione tendenzialmente di tutti i diritti e di tutti gli obblighi che derivano dal matrimonio²³. Naturalmente non

¹⁹ Dottrina concorde. Per tutti v. FERRANDO, *op. cit.*, 629.

²⁰ Ibidem.

²¹ Per tutti cfr. MANTOVANI, *op. cit.*, 464.

²² Sul tema v. le considerazioni di QUADRI, *op. cit.*, 355 s. secondo il quale l'assunta "neutralità" dell'accordo consente, tra l'altro, di superare le tesi tendenti a ravvisare il fondamento dell'art. 123 c.c. nel carattere indiretto del matrimonio.

²³ QUADRI, *op. cit.*, 358 ss.; MANTOVANI, *op. cit.*, 462 ss.



sempre è agevole distinguere tra un patto di esclusione di uno o più singoli essenziali effetti matrimoniali e l'accordo prefigurato dal legislatore fondante una simulazione²⁴; ciò non di meno la proposta interpretativa che non accorda rilevanza all'intesa di non rispettare un singolo dovere coniugale, ad esempio quello di fedeltà o di contribuzione o di coabitazione, e che richiede invece una valutazione complessiva ed unitaria dell'accordo in relazione agli effetti del matrimonio, appare l'unica praticabile anche in considerazione del fatto che il diritto civile non definisce il matrimonio, né enuclea alcun suo elemento assolutamente essenziale²⁵. Il necessario riferimento alla totalità degli effetti del matrimonio non deve, peraltro, comportare l'irrelevanza di un accordo che per qualche particolare ragione o circostanza ne escluda in ipotesi uno o più del tutto secondari nell'economia complessiva dell'istituto, essendo piuttosto fondamentale che, in sede di ricostruzione della volontà delle parti, risulti un atto matrimoniale privo del suo significato profondo e della sua portata caratterizzante, costituiti dalla idoneità a fondare una comunione materiale e spirituale di vita tra i coniugi. In questa logica va allora accolta la tesi di determinare il contenuto dell'accordo ipotizzando una simmetria tra l'oggetto dell'intesa di cui al 1° co. e la sostanza del comportamento considerato nel 2° co. dell'art. 123 c.c. quale causa di improponibilità dell'azione: l'accordo, appunto, deve essere tale da comportare l'esclusione della convivenza come coniugi, deve, in altri termini, essere inidoneo ad instaurare un reale rapporto familiare²⁶.

Quanto alla prova dell'accordo, dottrina e giurisprudenza, fondando l'assunto sulla peculiarità della simulazione matrimoniale, affermano che possa essere fornita con ogni mezzo, senza i limiti di cui all'art. 1417 c.c. Eventuali controdiichiarazioni scritte vanno, peraltro, attentamente valutate in quanto potrebbero essere fraudolentemente predisposte, anche successivamente al matrimonio, per liberarsi rapidamente del vincolo²⁷.

5. – L'affermata ricorrenza nella fattispecie prevista dall'art. 123 c.c. di un'ipotesi di simulazione non significa né comporta che la stessa sia riconducibile o debba essere assimilata ad altre figure di simulazione, ed in specie a quella contrattuale. Si è già in precedenza rilevato come in materia di simulazione sul piano del formante legislativo non siano rinvenibili nel sistema privatistico, se non si vuole incorrere in una inversione di metodo, schemi di riferimento ai quali necessariamente rapportarsi per la valutazione delle singole figure. Cosicché, accertata – facendo tesoro della tradizione sapienziale – la natura intrinsecamente simulatoria della ipotesi in esame, si può ben ragionevolmente concludere che nell'ordinamento si danno varie e distinte fattispecie di simulazione, ciascuna con sue caratteristiche indotte dalla materia in cui opera e quindi dalle esigenze destinate ad essere soddisfatte.

Per quanto riguarda la figura in esame, se da un lato appare coerente con la reale sostanza del fenomeno ed in linea con la tradizionale e prevalente qualificazione dell'istituto della simula-

²⁴ FERRANDO, *op. cit.*, 630.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ QUADRI, *op. cit.*, 360. In tema v. anche le considerazioni di GIACOBBE, *op. cit.*, 402 ss.

²⁷ MANTOVANI, *op. cit.*, 467 s.



zione, ritenere che l'art. 123 c.c. configuri un'ipotesi di nullità del matrimonio²⁸, dall'altro è evidente come la sua operatività all'interno di un sistema di invalidità matrimoniali, segnato da logiche e da valori propri della materia, comporta una peculiare caratterizzazione dell'istituto. Si danno, infatti, limiti e restrizioni all'azione di simulazione indotti dal particolare atto, il matrimonio, avente una sua precisa rilevanza in ambito sociale, oggetto della finzione apprestata dai nubendi. In particolare, come si è già ricordato, il 2° co. dell'art. 123 c.c. prevede che il matrimonio non può essere impugnato decorso un anno dalla celebrazione ovvero nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione.

Si tratta di due ipotesi distinte, destinate ad operare ciascuna indipendentemente dall'altra e obbedienti a logiche e valutazioni diverse.

L'ipotesi in cui la simulazione non può essere fatta valere nell'eventualità che si instauri dopo il matrimonio fittizio una reale convivenza coniugale, ancorché sul piano probabilistico poco aderente alla realtà dal momento che all'atto della celebrazione ciò che proprio è del tutto assente è una volontà diretta a costituire una famiglia, appare in linea e pienamente coerente col principio proprio del diritto matrimoniale e della famiglia secondo cui l'ordinamento favorisce e anzi forse assume come modello la famiglia quale nucleo o aggregato nel quale la comunione materiale e spirituale di vita tra i coniugi consenta la piena ed effettiva realizzazione di valori fondamentali della persona. Cosicché ogniquale volta vi sia tendenziale coincidenza tra atto e rapporto, indipendentemente dalle ragioni che l'hanno determinata e pur in presenza di vizi o anomalie dell'atto o anche di una sua ipotetica assoluta inidoneità, come nella specie, a fondare una famiglia, non è consentita, peraltro nel pieno rispetto della volontà e dei sentimenti dei coniugi, l'impugnazione del matrimonio²⁹.

Ben diversa è l'ipotesi in cui l'azione non può essere proposta trascorso un anno dalla celebrazione del matrimonio³⁰. Prescindendo dai rilievi critici che forse potrebbero essere mossi alla previsione, va piuttosto rilevato che trattasi di regola particolare, probabilmente frutto di un retaggio storico e cioè dell'idea, già ricordata all'inizio della trattazione, secondo cui non debba essere consentito alle parti di prendersi giuoco di un istituto quale il matrimonio, importante per

²⁸ SCALISI, *op. cit.*, 283.

²⁹ Il principio, pacificamente desumibile dalla disciplina codicistica delle nullità matrimoniali, non è stato per lungo tempo ritenuto dalla giurisprudenza tale da impedire la delibazione delle sentenze ecclesiastiche dichiarative della nullità del matrimonio: cfr. Cass., 1.2.2008, n. 2467, in *Foro it.*, 2008, 7-8, 2212 ss. secondo cui la norma dell'art. 123 c.c., «pur se imperativa, non è espressiva di principi e regole fondamentali della Costituzione», cosicché la convivenza tra i coniugi successiva alla celebrazione del matrimonio non osta, sotto il profilo dell'ordine pubblico, alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità. Negli ultimi anni si è, però, assistito ad un mutamento dell'orientamento della giurisprudenza, cosicché, almeno a partire da Cass., S.U., 17.7.2014, n. 16379 (seguita da numerose altre pronunce, ad esempio Cass., 29.8.2017, n. 20524), la convivenza come coniugi, ritenuta elemento essenziale del matrimonio-rapporto, purché riconoscibile e stabile (e cioè protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio), è ritenuta ostativa, per contrarietà all'ordine pubblico italiano, alla dichiarazione di efficacia delle sentenze di nullità del matrimonio emesse dal giudice ecclesiastico.

³⁰ Cass., 31.7.2015, n. 16221, in *Banca dati Utet giuridica*, ha, tra l'altro, ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione che prevede il termine annuale.



la vita delle persone e per l'assetto della società. Una volta, quindi, constatata l'opportunità di prevedere (in sede di riforma del diritto di famiglia) la nuova figura della simulazione matrimoniale (stante la varia fenomenologia ricorrente al riguardo in ambito sociale), si è ritenuto da parte del legislatore di ammetterla con questa fortissima restrizione sulla base di valutazioni etico-sociali protese a tutelare la dignità del matrimonio.

In realtà, però, come si è già accennato, la previsione non è assolutamente detto che risponda o sia idonea a fornire una risposta soddisfacente alle valutazioni che l'hanno ispirata. Occorre, infatti, tener presente che nella maggior parte o ipoteticamente in tutti i casi di simulazione matrimoniale riscontrabili nella pratica, le esigenze che inducono le parti a porla in essere sono del tutto indipendenti dal termine annuale; la circostanza quindi che decorra tale termine non incide particolarmente sulle ragioni pratiche che hanno indotto i nubendi a contrarre il matrimonio, che rimane quindi puramente sulla carta, mentre le parti possono ben continuare a godere della situazione di apparenza e dei vantaggi indiretti prima evidenziati al di là di tale termine e per tutta la loro vita³¹.

In questo contesto va, allora, rilevato che la famiglia, quale formazione sociale realizzatrice di valori personalistici connessi ad una effettiva comunione spirituale e materiale di vita, nella realtà sociale può fondarsi (o anche non fondarsi) sul matrimonio ma certamente non può essere creata o instaurata dal mero trascorrere di un anno dalla celebrazione. In altri termini e più tecnicamente: decorso l'anno dall'avvenuta simulazione matrimoniale, se non si è instaurata una convivenza coniugale, il matrimonio, ancorché non più impugnabile, non per questo è divenuto efficace e cioè produttivo di diritti e obblighi per i contraenti. Una diversa impostazione, che affermi l'avvenuta produzione degli effetti giuridici del matrimonio, ancorché teoricamente configurabile, non sembra rispondente alla realtà del fenomeno e cioè alle intenzioni e agli interessi dei nubendi, i quali non potranno certamente più far valere la simulazione, stante il chiaro disposto del 2° co., ma continueranno a fruire dei vantaggi a loro derivati dal vincolo fittizio (pur in presenza degli ipotetici effetti che il matrimonio avrebbe prodotto). Né siffatta conclusione sembra attaccabile rilevando che la previsione del termine annuale prescinde proprio dalla volontà dei coniugi essendo posto a salvaguardia della stabilità e certezza del matrimonio in quanto, al di là di questo rilievo, rimane la constatazione che il vincolo può ben essere destinato (probabilmente nella quasi totalità delle fattispecie) a rimanere vuoto di reale significato e portata e cioè inidoneo a fondare una famiglia.

Se, dunque, l'accennata ristrettezza temporale entro la quale può e deve essere impugnato il matrimonio non preclude che un vincolo meramente fittizio permanga nella realtà tra le parti, nel caso in cui uno o entrambi i coniugi desiderino riacquistare lo stato libero, non essendo più consentito ottenere l'annullamento del matrimonio per l'avvenuta simulazione, dovranno essere seguite altre strade per liberarsi del vincolo formalmente esistente.

A questo fine il riferimento è in primo luogo all'ipotesi prevista dall'art. 3, n. 2, lett. f) della

³¹ V. le considerazioni sul punto di SCALISI, *op. cit.*, 285 s.



l. n. 898/1970, in base al quale si può conseguire lo scioglimento del matrimonio per mancata consumazione. Al riguardo è appena il caso di notare che, trattandosi di una causa di divorzio, si opera su un piano diverso da quello delle invalidità matrimoniali e però è altrettanto evidente che la stessa determinazione delle conseguenze della pronuncia non può prescindere dalla constatazione che non si è mai instaurata tra le parti una comunione materiale e spirituale di vita³².

Una seconda possibile ipotesi di concorso di rimedi può, infine, ricorrere nel caso in cui le ragioni che hanno indotto le parti a stipulare un matrimonio simulato siano dovute alla presenza di un timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne. In siffatta eventualità l'annullamento del matrimonio può essere ottenuto, in mancanza dell'instaurazione della convivenza coniugale, ai sensi dell'art. 122 c.c., al di là del termine annuale previsto in caso di simulazione³³.

6. – Ai sensi del 2° co. dell'art. 123 c.c. la legittimazione ad impugnare il matrimonio simulato spetta esclusivamente a ciascuno dei coniugi.

La previsione, assolutamente centrale per intendere il modo in cui l'istituto della simulazione matrimoniale è concepito e valutato dall'ordinamento, testimonia una visione fortemente privatistica del rapporto coniugale. Pur affermandosi comunemente che la disciplina dell'impugnazione, specie avuto riguardo al previsto rigido termine annuale, è costruita anche a tutela di interessi e valori quali la dignità e la serietà del vincolo matrimoniale, in realtà l'esclusione del p.m.³⁴ e dei terzi dai soggetti legittimati ad agire conferma che la valutazione in ordine alla ricorrenza dell'interesse a porre nel nulla il matrimonio o a conservarlo ancorché fittizio è rimessa in via esclusiva agli stessi coniugi e non dipende quindi dalla presenza di un preteso interesse generale a rimuovere i matrimoni fittizi³⁵.

L'impugnazione del matrimonio non è, peraltro, più consentita nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione. Stando alla lettera della disposizione, non dovrebbe quindi presentare alcuna rilevanza una eventuale convivenza *more uxorio*, in ipotesi anche sufficientemente stabile, delle parti che si sia verificata in un periodo (persino immediatamente) precedente la celebrazione.

La convivenza coniugale di cui all'art. 123 c.c. va sicuramente tenuta distinta dalla mera coabitazione. Perché ricorra non è sufficiente che i coniugi abbiano una residenza comune o materialmente abitino nello stesso luogo, bensì è richiesto che sia insorta o si sia realizzata quella comunione materiale e spirituale di vita che caratterizza l'istituto matrimoniale³⁶. Occorre, in-

³² Sul tema v., più ampiamente, QUADRI, *op. cit.*, 371 s.

³³ Cfr. QUADRI, *op. cit.*, 370.

³⁴ Il p.m. è, peraltro, richiesto, ai sensi dell'art. 70, n. 2, c.p.c., di intervenire a pena di nullità rilevabile d'ufficio.

³⁵ FERRANDO, *op. cit.*, 637.

³⁶ MANTOVANI, *op. cit.*, 467 rileva che un utile criterio di precisazione dell'espressione «convivenza come coniugi» è offerto dalla nozione di riconciliazione in tema di separazione personale tra coniugi. A norma dell'art.



fatti, tener presente che il matrimonio stipulato dai contraenti era un mero simulacro, una apparenza di matrimonio, alla quale non corrispondeva alcuna seria e reale intenzione delle parti di fondare una famiglia. L'impugnazione sarà, quindi, preclusa, solo quando risulti senza ombra di dubbio – del resto in piena aderenza alle scelte e alla concorde sopravvenuta volontà dei nubendi – che l'accordo simulatorio è rinnegato e superato dalle stesse parti in quanto si è tra di loro instaurata quell'*affectio* che rende irragionevole e insostenibile la caducazione del vincolo (in precedenza formalmente assunto)³⁷.

La previsione – si afferma comunemente in dottrina – si pone in linea ed appare coerente col principio, proprio del diritto italiano della famiglia ed in specie di quello matrimoniale secondo cui l'attuazione del rapporto prevale sui vizi o le insufficienze dell'atto matrimoniale, nella prospettiva più generale di favorire la compresenza di una concorde volontà dei coniugi di fondare una famiglia e della sua effettiva e reale formazione³⁸. Va, peraltro, al riguardo, ribadito che, ferma questa indicazione di principio, la stessa discende non tanto o non solo da valutazioni del legislatore in ordine alla rilevanza di interessi aventi pregnanza sociale, quanto anche dal rispetto della volontà e delle scelte di vita degli stessi coniugi.

Mentre nelle altre ipotesi di invalidità matrimoniale (artt. 119, 120, 122 c.c.) la convivenza preclude l'impugnabilità solo a condizione che si protragga per un anno, in materia di simulazione è sufficiente la piena attuazione del rapporto indipendentemente dalla sua durata, dovendosi assumere l'instaurarsi della comunione materiale e spirituale di vita come una dimostrazione certa del venir meno dell'intento simulatorio³⁹.

A prescindere dalla circostanza che sia insorta tale *communio vitae*, il matrimonio non può essere impugnato decorso un anno dalla celebrazione. Il termine, particolarmente breve, decorre senz'altro dal momento della celebrazione e non da quando in ipotesi sia venuta meno la ragione che ha indotto le parti a stipulare un matrimonio fittizio. Come si è già rilevato, le motivazioni ultime dei contraenti, pur essenziali per comprendere l'utilizzo dell'istituto, sono in linea di principio irrilevanti e non possono in alcun modo, anche se nobili o comunque meritorie di una valutazione positiva, essere fatte valere per giustificare un più ampio termine di impugnazione.

I rilievi che potrebbero porsi alla previsione del termine annuale hanno naturalmente riguardo all'interesse dei contraenti a far valere la simulazione e a liberarsi di un vincolo solo formale per riacquistare lo stato libero. Tale interesse risulta invece fortemente sacrificato e comunque viene fatto soccombere in nome di valori (assunti come sociali) quali quello di non procrastinare indefinitamente una situazione di incertezza e quello di garantire la dignità dell'istituto matri-

157 c.c. la riconciliazione tacita non è, infatti, più connessa al semplice fatto della coabitazione, ma ad un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione, e cioè con la costituzione della *communio vitae* che caratterizza il vincolo coniugale nella sua pienezza. Sul tema cfr. ROMA, *La "comunione materiale e spirituale tra i coniugi" tra matrimonio-atto e matrimonio-rapporto*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 423 ss.

³⁷ Affinché ricorra la convivenza come coniugi non è, quindi, nemmeno sufficiente la consumazione del matrimonio quando ad essa non si accompagni l'instaurarsi della comunione di vita: FERRANDO, *op. cit.*, 635 s.

³⁸ Per tutti v. FERRANDO, *op. cit.*, 636.

³⁹ FERRANDO, *op. cit.*, 636.

JUS CIVILE



moniale⁴⁰. A ben vedere, però, tali valori, nonostante vengano usualmente richiamati per spiegare il termine di decadenza dell'azione, non sono efficacemente tutelati dalla previsione normativa. Non ci si rende, infatti, spesso conto del fatto che la decorrenza del termine annuale non fa altro che stabilizzare un simulacro di matrimonio e di certo non un matrimonio quale atto solenne fondativo sul piano reale e sostanziale di una comunità familiare. La circostanza che il matrimonio non possa più essere impugnato non può in alcun modo e per nessuna ragione rendere automaticamente (“per legge”) un matrimonio simulato un vero matrimonio. Ciò che si rende (tendenzialmente) definitivo (salvo un eventuale scioglimento) è esclusivamente un'apparenza di matrimonio, un atto vuoto di significato e portata, inidoneo a dar vita ad una comunione materiale e spirituale di vita. Sotto questo profilo e alla luce di questi rilievi, l'unico interesse che effettivamente risulta tutelato, al di là delle declamazioni, è paradossalmente quello di ciascuno dei nubendi, senza che l'altro possa contrastarlo, a continuare a usufruire dei vantaggi che il matrimonio simulato gli ha procurato e gli continua a procurare.

⁴⁰ Cfr. FERRANDO, *ivi*, 635.