

JUS CIVILE

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



5-2018

Settembre-ottobre



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.

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

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

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

Soltanto in casi particolari, il contributo viene sottoposto a revisione in forma anonima da parte di Curatori o di componenti il Comitato scientifico.



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Possibili strumenti di diritto privato nel contrasto della povertà: alcune riflessioni tra mercato e istanze sociali *	
di <i>Elisa Contu</i>	575
Circolazione del diritto di sopraelevazione nel condominio e riflessi in tema di prescrizione e pubblicità immobiliare *	
di <i>Stefano Troiano</i>	617
La quantificazione del danno tra fatto e diritto. Brevi annotazioni su risarcimento integrale e <i>compensatio lucri cum damno</i> *	
di <i>Tommaso Pellegrini</i>	640
L'inadempimento dipendente da dolo *	
di <i>Giuseppe Grisi</i>	658
Le liberalità indirette, tra ricostruzioni ermeneutiche e tutela dei terzi *	
di <i>Luigi Palazzo</i>	677
Danno da inumana detenzione *	
di <i>Valerio Ceccarelli</i>	692
Impresa e Terzo settore: un rapporto controverso *	
di <i>Carlo Granelli</i>	715
Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione **	
di <i>Antonio Ruggeri</i>	736

* Contributo sottoposto a revisione.

** Contributo sottoposto a revisione in forma anonima da parte di Curatori o di componenti il Comitato scientifico.

**POSSIBILI STRUMENTI DI DIRITTO PRIVATO NEL CONTRASTO DELLA POVERTÀ:
ALCUNE RIFLESSIONI TRA MERCATO E ISTANZE SOCIALI¹**

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni sul “ritorno” delle disuguaglianze e delle povertà. – 1.1. Quale ruolo per il diritto privato? – 2. Le politiche europee nella lotta alla povertà. – 2.1. Mercato europeo e appalti pubblici – 3. Correttezza professionale e codici di condotta quali possibili strumenti di contrasto di condotte imprenditoriali antisociali. – 4. Il contributo dei consumatori nella diffusione di comportamenti imprenditoriali etici. – 5. Riflessioni conclusive.

1. – La riflessione giuridica, politica ed economica degli ultimi tempi mostra una rinnovata attenzione per le disuguaglianze, un tema che, in particolare a seguito della crisi economica del 2008, sembra riproporsi con forme e caratteri che si pensavano ormai tipici del passato o almeno estranei al “mondo occidentale”.

Il concetto stesso di povertà, del resto, si presta ad essere diversamente declinato. La definizione più immediata potrebbe essere rintracciata nell'assenza o carenza dei mezzi essenziali di sussistenza, ma è evidente come tale accezione non possa ritenersi né esaustiva né univoca, mutando a seconda del settore d'analisi o del contesto sociale e storico di riferimento². Così, se tra la fine degli anni '70 e i primi anni Duemila l'attenzione si era concentrata su quelle forme di povertà che si potrebbero qualificare “sociali”, quali le povertà post-materiali dei tossicodipendenti, dei disabili, degli anziani soli³, in tempi più recenti sono le vere e proprie povertà “materiali” ad essere tornate centrali⁴, portando con sé la compro-

¹ Il presente articolo è pubblicato nell'ambito della ricerca “Povertà e disuguaglianza: analisi dei fenomeni di esclusione nell'ambito delle relazioni di diritto privato”, finanziato dal Sig. R. Giand'Oloni Masoni.

² Vengono in rilievo i diversi concetti di povertà relativa, povertà assoluta, esclusione sociale. Si veda per un'analisi definitoria la voce *Povertà*, in Enciclopedia Treccani online.

³ R. Spiazzi, *Enciclopedia del pensiero sociale cristiano*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1992, cit. in S. Rodotà, *Editoriale*, Riv. crit. dir. priv., 2011, 3. Secondo alcuni, contestualmente alle politiche liberiste di Reagan e Thatcher si sarebbe delineata una generale disattenzione per le disuguaglianze, relegate ad aspetti “collaterali” del progresso economico, tanto da determinare il “progressivo ritiro dello Stato dalle sue responsabilità egualitarie”, cfr. *Rapporto sulle disuguaglianze*, Fondazione Basso, settembre 2016, cit., in F. Ippolito, *Le nuove disuguaglianze*, Quest. giust., 2/2017, 9.

⁴ I dati ISTAT rivelano che il 30% delle persone residenti in Italia è a rischio di povertà o esclusione sociale, con il raggiungimento nel 2016 di quasi 5 milioni di persone a rischio di povertà assoluta. Con tale espressione si indica la situazione di chi dispone di un ammontare di risorse inferiore a quello necessario per acquistare un paniere di beni e servizi fondamentali. Su scala globale, secondo quanto stimato dall'Oxfam, il fenomeno ha assunto grande rilevanza anche in una diversa prospettiva, registrandosi una disparità sempre più accentuata tra ricchi e poveri: oggi l'1% più ricco della popolazione mondiale possiede una ricchezza pari a quella del resto dell'umanità. ISTAT, *Condizioni di*



missione di diritti fondamentali e nuove forme di esclusione sociale⁵.

La povertà, del resto, può essere considerata come una delle espressioni per eccellenza della disegualianza, essendo stata e confermandosi uno dei presupposti dell'articolazione gerarchica della società. Senza necessariamente richiamare la schiavitù e con essa la negazione per alcuni soggetti della stessa capacità giuridica, è sufficiente ricordare come fino alla riforma del 1912 in Italia il diritto di voto, già limitato ai soli uomini, era riconosciuto secondo criteri censitari. Più in generale e ancora oggi, i modelli culturali più comuni tendono a descrivere i meno abbienti come una categoria in condizione di inferiorità rispetto al resto della società, che può quindi essere soggetta più facilmente a discriminazioni o che certamente lo è se correlata ad altre forme di disegualianza, dovute al genere, all'orientamento sessuale, alla razza, alla disabilità, le quali, come è stato opportunamente osservato, non sono mere "differenze", ma definiscono specifiche identità, in relazione alle quali cambiano le esperienze, le capacità, le opportunità dei singoli⁶. Emerge una duplice prospettiva del fenomeno, quella per cui il soggetto discriminato, socialmente escluso, non beneficia di alcune opportunità ed è conseguentemente esposto al rischio di povertà e quella per cui la stessa povertà diviene fattore discriminatorio e fonte di esclusione sociale.

Non si tratta, o almeno non solo, di situazioni in cui le caratteristiche personali dei soggetti vengono in rilievo nelle forme della discriminazione diretta o indiretta, ma degli effetti che la combinazione di una molteplicità di circostanze determina rispetto al ruolo e al potere che ciascuno assume nell'ambito delle dinamiche di mercato e, per tale via, all'interno delle relazioni sociali. Un possibile esempio di questa ricostruzione può essere offerto dalla differenza tra donne e uomini in termini di reddito da lavoro, che non può essere imputata tanto, o soltanto, a una tendenza a pagare meno le donne in quanto tali, ma alla presenza di fattori che fin dall'infanzia influenzano l'approccio del genere femminile al mondo del mercato e che coinvolgono l'educazione, la distribuzione dei ruoli nel lavoro domestico e di cura, la predilezione di determinate carriere o anche esigenze di sicurezza rispetto a luoghi e orari di lavoro⁷. Discorso analogo po-

vita, reddito e carico fiscale delle famiglie, Report anno 2016, disponibile online a: <https://www.istat.it/it/files//2017/12/Report-Reddito-e-Condizioni-di-vita-Anno-2016.pdf>; ISTAT, *La povertà in Italia*, Comunicato stampa, disponibile online a: <https://www.istat.it/it/archivio/202338>; OXFAM, *An Economy For the 1%: How privilege and power in the economy drive extreme inequality and how this can be stopped*, 210 OXFAM Briefing Paper, 18 January 2016; cfr. E. Granaglia, *La povertà oggi in Italia. Recenti tendenze e quattro nodi critici*, in *Quest. giust.*, 2017, 19 ss.

⁵ S. Rodotà, *Editoriale*, cit., 2011.

⁶ Du. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, in 1 *Eur. Rev. Private L.* 7, 2001; Id., *Distributive and Paternalism Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 *Md. L. Rev.* 563, 1982.

⁷ Du. Kennedy, *Distributive and Paternalism Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, cit.; M.R. Marella, S. Catanossi, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, in G. Rojas Elgueta e N. Vardi (cur.), *Oltre il soggetto razionale*, Roma TrE-Press, 163-189 (on-line <http://ojs.romatrepress.uniroma3.it/index.php/oltre/article/view/206>); M.R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia, appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 57 ss.; K. Rittich *Recharacterizing Restructuring: Law, Distribution and Gender in Market Reform*, Dordrecht NE,



trebbe essere fatto per tutte le altre ipotesi nelle quali il conflitto tra gruppi sociali comporta una relazione di potere tale per cui l'uno appare "svantaggiato" rispetto all'altro, senza tener conto poi tutti i casi di sovrapposizione di due o più fattori di potenziale debolezza.

Nel momento in cui si considera la povertà in tale prospettiva, non è solo la dimensione più strettamente economica a venire in rilievo e quindi la condizione di materiale privazione di risorse, ma sono gli effetti che il fenomeno determina sul piano delle relazioni sociali a divenire centrali e a interrogare il giurista. Presupposto per un'analisi giuridica della povertà è la considerazione della stessa come un fattore tutt'altro che contingente, ma anzi come la conseguenza diretta della costruzione e regolazione delle strutture giuridiche, sociali ed economiche, nella consapevolezza che ciascuna previsione normativa produce effetti immediati in termini di distribuzione di ricchezza e potere⁸.

In questa prospettiva, la questione si pone in primo luogo nei termini della "dignità sociale", che deve partire dai diritti fondamentali, dalle condizioni di lavoro⁹ e dagli strumenti di redistribuzione di ricchezza e potere.

1.1. – Fino a tempi recenti la povertà è stata considerata una materia di stretta competenza pubblicistica; i suoi tradizionali campi d'elezione sono stati il diritto penale – nel quale si passa dal contrasto della povertà a quello del povero, nelle forme di una criminalizzazione di tale categoria sociale¹⁰ – e il diritto amministrativo e tributario, che tentano di arginare le disuguaglianze economiche e di perseguire risultati redistributivi attraverso il meccanismo fiscale e l'erogazione di servizi assistenziali minimi.

La tesi che si intende sostenere in questo scritto è che nell'attuale contesto sociale, politico ed economico, la lotta alla povertà e alle disuguaglianze non possa più essere demandata solo ai rapporti tra Stato e cittadini, ma coinvolga appieno il sistema delle relazioni di diritto privato, le quali possono anzi divenire prioritarie.

2002, 34 ss; G. Capuzzo, *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto. Ascesa e declino di un paradigma*, Jovene, 2018, 311 ss.; V. Cagnin, *Diritto del lavoro e Sviluppo Sostenibile*, Milano, Cedam, 2018, 146 ss.

⁸ L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, in Riv. crit. dir. priv., 2007, 361 ss.

⁹ S. Rodotà, *Editoriale*, in Riv. crit. dir. priv., 2012, 3; Id. *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 232 ss.

¹⁰ La correlazione tra povertà e sistema carcerario è attentamente descritta da Loïc Wacquant in *Punire i poveri. Governare l'insicurezza sociale*, Roma, Derive Approdi, 2006 e *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Ombre corte, 2013. Un'ulteriore analisi della criminalizzazione della povertà incentrata sulla situazione statunitense, ma nella convinzione di una progressiva estensione al contesto nazionale, è offerta da Elisabetta Grande in *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Gruppo Abele, 2017. A livello normativo è interessante osservare come in Italia solo nel 1999 è stato abrogato l'art. 670 c.p., che puniva con l'arresto fino a tre mesi il reato di mendicizia, prevedendo anche l'ipotesi aggravata del fatto commesso in modo "ripugnante". Se già la Corte costituzionale aveva osservato come non potesse essere considerata un illecito la mendicizia non invasiva, che si esplica nella semplice richiesta di aiuto (Corte Cost., sent. 28.12.1995 n. 519), non può trascurarsi l'analogia con le numerose ordinanze, come quella firmata a dicembre del 2017 dal comune di Como o quella proposta dal comune di Trento, volte ad ostacolare, in nome del decoro pubblico, la presenza di poveri (mendicanti, senzatetto) negli spazi urbani.



Alla base di tale convinzione vi è in primo luogo la constatazione delle difficoltà sempre maggiori che le politiche pubbliche incontrano nell'offrire soluzioni effettive e durature. Da un punto di vista strutturale, occorre rilevare come le varie forme di sussidi, ausili o benefici fiscali, benché fondamentali, possono evitare un incremento delle condizioni di debolezza, arginarne la diffusione, ma appaiono insufficienti rispetto alla possibilità di intaccarne le basi¹¹. Negli ultimi decenni, poi, occorre fare i conti con una loro progressiva riduzione: l'attuazione di politiche neoliberali, l'affermazione dell'economia sociale di mercato e il principio del pareggio di bilancio hanno imposto un incremento delle entrate, attraverso privatizzazioni e liberalizzazioni, e una riduzione delle uscite che, soprattutto nei paesi del sud Europa, si sono concretizzate in tagli alla spesa pubblica destinata ai servizi essenziali¹². Tutto ciò ha causato un progressivo indebolimento dei diritti sociali¹³ e il parallelo aumento della disparità tra un numero esiguo di persone molto abbienti e una cerchia pian piano più ampia di nuovi poveri¹⁴. D'altro canto, la contrazione delle politiche di *welfare*¹⁵ e l'esigenza di selezionare i destinatari di quest'ultime, spesso secondo criteri che sono a loro volta fattori di debolezza¹⁶, comporta il rischio che tali soluzioni risultino meno efficaci proprio nei confronti delle fasce

¹¹ Cfr. Du. Kennedy, *African Poverty*, 87 Wash. L. Rev. 2012, 205.

¹² A. Somma, *Scontro tra capitalismi, crisi del debito e diritti fondamentali*, in Dir. pubbl. comp. Eur., 2013, 451 ss.; Id. *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in Contr. impr., 1/2016, 124 ss. La compromissione di diritti sociali come risposta alle esigenze di stabilità è un fenomeno che ha riguardato in modo particolarmente evidente i Paesi interessati da programmi di assistenza finanziaria, nei confronti dei quali si può affermare si sia realizzato uno scambio di "soldi contro riforme".

¹³ Sulla recente compromissione e riduzione dei diritti sociali e la necessità di una loro analisi in termini di effettività e in una prospettiva europea si veda M.R. Marella, *I diritti civili tra laicità e giustizia sociale*, in S. Anastasia (cur.), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino, 2011, 45 ss. spec. 50 ss. Con riferimento al rapporto tra risorse e diritti, merita di essere richiamato il tema, mai esaurito, della indivisibilità dei diritti umani, principio affermato dalla Dichiarazione adottata dalla Conferenza mondiale sui diritti umani di Vienna del 25 giugno 1993, in cui si è riconosciuta altresì l'interdipendenza e il rafforzamento reciproco della democrazia, dello sviluppo e del rispetto dei diritti umani. Si determina in ciò il superamento della tesi dei diritti sociali come "diritti che costano", solo per i quali sarebbero necessarie risorse finanziarie. Cfr. C. Pinelli, *Le clausole sui diritti umani negli accordi di cooperazione internazionale dell'Unione*, in Riv. crit. dir. priv., 2006, 39 ss.

¹⁴ La riconducibilità dei tagli delle risorse destinate ai diritti sociali a un generale assetto politico economico e non solo alla recente crisi economica è dimostrata dal fatto che anche laddove si registrano importanti aumenti di capitale, non si avverte una crescita parallela in termini di tutela dei diritti e delle condizioni dei lavoratori, come confermano i recenti scioperi dei lavoratori di Amazon.

¹⁵ Si veda sul punto l'ampia ricostruzione di A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, cit.

¹⁶ La giurisprudenza italiana ed europea è stata spesso chiamata ad intervenire nei confronti di provvedimenti che definiscono l'accesso a sussidi, ausili o benefici economici sulla base delle caratteristiche personali dei destinatari, spesso con l'intento dichiarato o mal celato di riprodurre determinate gerarchie sociali in virtù della tutela di un'identità culturale. Numerosi sono gli Autori che si sono espressi sul tema, con riferimento ad esempio ai c.d. *bonus bebè*, tra gli altri, G. Tucci, *Principio di eguaglianza e discriminazione per nazionalità e cittadinanza: "bonus bebè" e razzismo "padano"*, in Riv. crit. dir. priv., 2010, 677 ss.; E. Giovanardi, *Bonus bebè, disparità di trattamento e "singolare" rimozione degli effetti discriminatori*, in Corr. mer., 2009, 627 ss.; D. Maffei, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in Nuove leg. civ. comm., 2015, 161 ss.



più svantaggiate, che spesso non riescono ad usufruirne o a trarne un vantaggio effettivo¹⁷.

Il rischio è che vengano minate le basi di una società democratica e che sia compromesso il “diritto all’esistenza” o almeno a quella “libera e dignitosa”¹⁸ tutelata dalla nostra Costituzione all’art. 36 e, in termini analoghi, dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (art. 23 c. 3) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 34 c. 3)¹⁹.

Il superamento delle disuguaglianze e il perseguimento di obiettivi di solidarietà non devono tuttavia ritenersi esclusivamente vincolati ai diritti sociali, secondo una ricostruzione che li vorrebbe in contrapposizione alle libertà e ai diritti individuali²⁰: il riconoscimento di questi ultimi può contribuire in modo significativo al conseguimento di obiettivi di giustizia sociale attraverso la redistribuzione, questa volta non solo delle risorse o dei redditi, ma dei poteri che ciascun soggetto può esercitare nell’ambito delle relazioni socioeconomiche, in una prospettiva di auto-realizzazione²¹. Ecco allora che viene in rilievo il ruolo del diritto privato, a patto di superare la concezione tradizionale per cui lo stesso si esplicherebbe in norme neutre, rivolte ad un soggetto

¹⁷ Nel momento in cui si considerano gli effetti che il riconoscimento di determinati diritti può produrre occorre considerare anche le condizioni e le capacità di ciascun gruppo sociale di beneficiarne, non essendo possibile un’astrazione degli stessi dal contesto di riferimento. Cfr. M.R. Marella, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, cit. Con specifico riferimento all’accesso ai servizi educativi per chi presenta delle disabilità si veda D. Caruso, *Bargaining and Distribution in Special Education*, in 14 Cornell J. L. & Public Policy 171, 2005.

¹⁸ Come ricorda Rodotà – *Editoriale* 2011, cit. – questa situazione permette di comprendere il vero significato del primo articolo della nostra Costituzione, laddove si afferma che “L’Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro”. Di qui poi l’art. 3 della Costituzione, che affida alla Repubblica il compito di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. L’A. sottolinea come, sebbene si tratti di norme specificamente riferite alla disciplina del lavoro, coinvolgono la condizione umana nella sua interezza. Torna allora pienamente attuale il discorso che Calamandrei svolse il 26 gennaio 1955, rilevando in particolare, a proposito dell’art. 3 Cost. che: “dare lavoro a tutti, dare una giusta retribuzione a tutti, dare una scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità di uomo. Soltanto quando questo sarà raggiunto, si potrà veramente dire che la formula contenuta nell’articolo primo (L’Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro) corrisponderà alla realtà. Perché fino a che non c’è questa possibilità per ogni uomo di lavorare e di studiare e di trarre con sicurezza dal proprio lavoro i mezzi per vivere da uomo, non solo la nostra Repubblica non si potrà chiamare fondata sul lavoro, ma non si potrà chiamare neanche democratica perché una democrazia in cui non ci sia questa uguaglianza di fatto, in cui ci sia soltanto una uguaglianza di diritto, è una democrazia puramente formale, non è una democrazia in cui tutti i cittadini veramente siano messi in grado di concorrere alla vita della società”, cit. in F. Ippolito, *Le nuove disuguaglianze*, cit., 12-13.

¹⁹ Merita sottolineare come quest’ultima disposizione ponga esplicitamente il tema della dignità nel contesto della lotta contro l’esclusione sociale e la povertà.

²⁰ *Supra* nota 12.

²¹ Sulla rilevanza dei diritti individuali in una prospettiva di giustizia sociale M.R. Marella, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, cit.; L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit.; con riferimento alla dimensione pubblicistica delle libertà e dei diritti individuali si veda anche P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969, secondo il quale anche la volontà individuale e l’iniziativa privata possono essere configurate in senso pubblicistico. Ciascun interesse giuridicamente rilevante, sostiene l’A., può essere analizzato tanto in termini individualistici quanto sociali, così come le norme che li tutelano possono essere apprezzate sia in una prospettiva pubblicistica che privatistica, a seconda che si prenda in considerazione il modo in cui il rapporto si articola o la *ratio* che vi è alla base.



universale e si configurerebbe come il diritto degli eguali, dei pari, nell'ambito del quale vi sarebbe spazio solo per il perseguimento di interessi individuali, salvo poi conseguire risultati di portata più generale grazie al libero esercizio delle libertà di iniziativa economica e contrattuale e quindi all'incontro di eguali sfere di autonomia²².

Del resto, l'uno e l'altro assunto – quello della eguaglianza (puramente formale) e quello della propensione eminentemente egoistica degli attori di diritto privato – si sono tuttavia progressivamente sgretolati alla luce della Costituzione prima e del diritto comunitario poi.

Sul primo versante, occorre constatare come già con le costituzioni occidentali del dopoguerra²³ si sia registrata una fondamentale trasformazione del soggetto di diritto, il quale si è progressivamente distaccato da quell'astrazione tipica dell'egualitarismo in senso formale, in favore di un individuo sempre più socialmente caratterizzato. Non più un soggetto adimensionale o, al più, lavoratore, quale principale profilo di caratterizzazione ereditato dalle norme corporative e specificamente tutelato dalla Costituzione, ma una persona con le proprie caratteristiche sessuali, razziali, di lingua, credo, opinione politica, di condizioni personali e sociali²⁴.

Un passaggio, dall'individuo alla persona, che è stato poi portato avanti da quelle teorie²⁵ che, proprio nel tentativo di contrastare i fenomeni di esclusione sociale, hanno imposto una riflessione ancora maggiore sull'identità, mettendo in luce come il soggetto preso a modello dalle norme di diritto privato sia tutt'altro che astratto, ma sia anzi ben caratterizzato e identificabile nel maschio, bianco, eterosessuale e possidente. Da tale consapevolezza si è ricavata l'esigenza di una normativa capace di tener conto e di modellarsi secondo le caratteristiche personali dei vari destinatari²⁶.

²² Tale approccio esprime la correlazione tra eguaglianza formale e libertà contrattuale: "l'attribuzione a tutti della libertà di contrarre è il mezzo attraverso cui si realizza l'eguaglianza davanti alla legge e, viceversa, l'eguaglianza davanti alla legge è il presupposto della libertà contrattuale". Così il contratto diviene il presupposto per l'imputazione di situazioni giuridiche soggettive, garantendo a ciascuno, in quanto titolare della libertà contrattuale, di poter divenire astrattamente "destinatario dell'intero sistema di regole sull'acquisto e la circolazione dei diritti". Un'impostazione questa che può trasformarsi in una "mera formula" nelle ipotesi di disparità di potere contrattuale. Tutta la disciplina della libertà contrattuale e dei suoi limiti implica una continua ponderazione tra il principio normativo e la realtà empirica. P. Barcellona, *Libertà contrattuale*, in Enc. dir., vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974.

²³ Secondo il modello delle tre globalizzazioni tracciate da Duncan Kennedy, si tratta del periodo maturo della seconda globalizzazione, quella definita "Social". Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. Trubek A. Santos (cur.), *The New Law and Economic Development*, Cambridge, 2006, 19.

²⁴ G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2010, 63 ss.; G. Vettori, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in Riv. dir. priv., 4/2005, 743 ss.; A. Nicolussi, *I consumatori*, in L. Nivarra (cur.), *Gli anni '70 del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, 397 ss.

²⁵ Il riferimento è alle teorie diffuse in primo luogo Oltreoceano come *critical race theory*, *feminist legal theory* e, più di recente *queer theory*. Cfr. M.R. Marella, *Le donne*, in L. Nivarra (cur.), *Gli anni '70 del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, 341 ss.

²⁶ È tipica della c.d. terza globalizzazione del diritto un'attenzione per le specifiche identità del soggetto, considerato nella sua concretezza e socialità. Non viene più in considerazione il soggetto astratto, protagonista della prima globalizzazione, né il lavoratore cui è stata dedicata l'attenzione dei giuristi della seconda globalizzazione, ma vengono in rilievo il genere, l'età, l'orientamento sessuale, le disabilità, le condizioni economiche e tutte le altre specifiche caratteristiche soggettive che sono alla base dei diritti umani. Cfr. Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and*



Nell'abito delle dinamiche contrattuali, una contestualizzazione sempre maggiore del soggetto si è avuta, soprattutto sulla spinta del diritto europeo, con l'elaborazione legislativa e dottrina che, a partire dalla disciplina del consumatore²⁷, ha tracciato i contorni della figura del contraente debole, ricavata, secondo una prospettiva relazionale, in contrapposizione ad una parte riconosciuta come forte²⁸.

Quanto alla presunta propensione egoistica del diritto privato, è soprattutto con le Costituzioni del '900 che si è registrato il superamento di una concezione esclusivamente *individualista*, in virtù di quel principio di solidarietà sancito all'art. 2 della nostra Costituzione, che deve ritenersi caratterizzante tanto le relazioni tra Stato e individui, quanto quelle tra privati²⁹. Anche a livello sovranazionale, nonostante l'impostazione eminentemente economica e neoliberale che ha contraddistinto l'istituzione dell'Unione europea, un percorso analogo sembra essersi avviato a partire dal Trattato di Lisbona, con il quale è stata attribuita efficacia giuridicamente vincolate alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³⁰.

A fronte di tali "rivoluzioni", è possibile allora tornare a chiedersi quale sia il ruolo del diritto privato nel contrasto della povertà e delle diseguaglianze³¹, un'analisi che può essere condot-

Legal Thought: 1850-2000, in D.M. Trubek e A. Santos (cur.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge (MA) 2006, 19-73. In proposito si vedano S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit.; G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.; Id. "Globalizzazione attraverso i diritti" e metamorfosi del diritto comparato, in G. Alpa, V. Roppo (cur.), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, Bari 2013, 349 ss.

²⁷ Una tutela del consumatore era già presente *in nuce* nel codice civile, senza affrancarsi tuttavia dalla figura del contraente "di massa", come nel caso in particolare delle condizioni generali di contratto (artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.). Cfr. C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 831 ss.; A. Nicolussi, *I consumatori*, cit., pp.405 ss.

²⁸ Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 205 ss.; G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.; A. Nicolussi, *I consumatori*, cit.

²⁹ Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, cit., 220-222; A. Somma, *Introduzione critica del diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 2007. Il principio di solidarietà è declinato dall'art. 2 della Costituzione italiana in senso politico, economico e sociale e connesso all'adempimento di "doveri inderogabili". In tale disposizione emerge una stretta correlazione con il riconoscimento dei "diritti inviolabili dell'uomo", da cui si deduce un impianto relazionale, per cui la cittadinanza del singolo e la stessa realizzazione del programma costituzionale non sono affidati esclusivamente alle istituzioni della Repubblica, ma presuppongono una fitta rete di legami sociali. Tale approccio appare confermato dal successivo art. 3, legato al precedente in virtù del richiamo agli "ostacoli di ordine economico e sociale" che impediscono il pieno sviluppo della persona umana: sebbene la loro rimozione sia affidata alla Repubblica, è stata autorevolmente sostenuta la possibilità di ravvisare un parallelismo con quei doveri di solidarietà "economica e sociale" di cui all'art. 2 e quindi la necessaria continuità tra compiti istituzionali e dei privati. Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, La Terza, 2014, spec. 67.

³⁰ Si veda G. Grisi, *Diritti e coesione sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 479 ss.; critico, A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, cit.

³¹ Per una critica all'idea di coerenza del diritto privato si veda Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, cit., 210, ad avviso dell'A. sarebbe il sociale il principale "colpevole o eroe" di un generale cambiamento rispetto alla prospettiva di un diritto privato "dotato di principi sostanziali coerenti per ogni campo e di meta principi coerenti capaci di operare una selezione dei casi fra i vari campi".



ta sia sul piano interpretativo che su quello degli interventi positivi e, quest'ultimo, tanto nelle forme dell'*hard law* che della *soft law*.

Nella prima prospettiva viene in rilievo l'attività delle Corti, nazionali e sovranazionali, tesa a superare le distorsioni delle dinamiche contrattuali attraverso il ricorso a principi generali, quali la correttezza e la buona fede, o riconoscendo un'efficacia diretta ai diritti fondamentali nei rapporti privati secondo la prospettiva della c.d. *drittwirkung*. Del resto, in linea con quanto si è da ultimo affermato, è possibile tracciare una lettura dei tradizionali strumenti del diritto civile capace di includervi e di veicolare i diritti affermati dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali, quindi non solo come apparato esterno di limiti al libero agire dei singoli, ma anche come insieme di valori di cui gli stessi devono farsi portatori.

Quanto al diritto positivo, la possibilità di conseguire risultati sociali nell'ambito delle relazioni di diritto privato può essere ottenuta in modo diretto, intervenendo sulle c.d. *background rules*, su quelle regole che definiscono la posizione contrattuale di una parte rispetto all'altra e che consentono di perseguire un maggiore bilanciamento dei poteri reciproci, oppure indirettamente, attraverso la regolamentazione di quelle situazioni che presuppongono o incentivano condizioni di debolezza di una delle parti contrattuali, determinando la diffusione o l'acuirsi delle disuguaglianze.

In quest'ultima prospettiva, come si è detto, vari sono gli strumenti privatistici che nel tempo hanno dato prova della necessità di superare l'assunto dell'uguaglianza formale dei contraenti a vantaggio della tutela della libertà contrattuale o dell'equilibrio del regolamento privato su un piano di maggiore effettività. Esemplificativa è la disciplina dei vizi della volontà o quella della rescissione del contratto, nei quali il legislatore, tenendo conto della situazione di svantaggio di una parte, ha predisposto strumenti idonei a liberarlo da un vincolo assunto senza una reale consapevolezza o in presenza di circostanze soggettive e oggettive che lo hanno reso una scelta necessitata e potenzialmente pregiudizievole. Si tratta di ipotesi in cui, tuttavia, l'intervento legislativo assume carattere prettamente rimediale, assume come principale parametro di riferimento l'integrità della volontà e la debolezza viene in rilievo in un contesto ben circostanziato, occasionale e in una prospettiva strettamente individuale³².

La possibilità per il diritto privato di affrontare in modo più incisivo la sfida delle disuguaglianze presuppone un approccio che si sposti dalla regolazione del singolo rapporto contrattuale a una dimensione più ampia, alla luce, in particolare, della sempre maggiore correlazione tra la disciplina del contratto e quella del mercato.

Il riferimento non può che essere, in primo luogo, alla già richiamata normativa a tutela del consumatore; la sua rilevanza rispetto allo studio in esame deriva dalla forza "destrutturante"³³

³² C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit.; G. Vettori, *Squilibrio e usura nei contratti*, in Id. (cur.) *Squilibrio e usura nei contratti*, Cedam, Padova, 2002.

³³ C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit. Per un'analisi degli elementi di frattura del contratto del consumatore rispetto al contratto di diritto comune si veda V.



che ha assunto, dalla riflessione che ne è conseguita sia rispetto al concetto di *debolezza*³⁴ che con riferimento all'esigenza di prendere in esame il contraente come attore del mercato con un proprio potere economico e contrattuale, un approccio da cui è derivata una riconsiderazione del diritto privato in generale e del diritto dei contratti in particolare³⁵.

A differenza dei principali strumenti già previsti dal codice civile per bilanciare le posizioni delle parti contrattuali, nella disciplina a tutela del consumatore il singolo contratto non è preso in esame come atto isolato, ma come un elemento che contribuisce alla determinazione, ed è a sua volta condizionato, dal contesto in cui si esplica e il consumatore non viene in rilievo come il contraente svantaggiato nella specifica relazione contrattuale, ma come categoria contrapposta a quella dell'imprenditore³⁶. Significativo è che la Carta europea di protezione dei consumatori del 1973³⁷ definisca il consumatore come "ogni persona, fisica o morale, alla quale siano venduti beni o forniti servizi *per uso privato*", che agisce cioè per interessi estranei a quelli del professionista³⁸.

La rinnovata attenzione per la persona e per il contesto in cui concretamente opera ha spinto il legislatore civile a individuare anche strumenti che tengano specificamente conto della debolezza economica, strutturale o derivata, di una delle parti contrattuali. Sebbene in questa sede non sia possibile analizzarle nel dettaglio, merita richiamare in particolare la disciplina dell'usura e quella del sovraindebitamento. Si tratta certamente di soluzioni non esaustive ri-

Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Id., *Il contratto del Duemila*, Torino, Giappichelli, 2002, 65 ss.

³⁴ *Inter alios*, A. Nicolussi, *I consumatori*, cit.; V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale, genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Dir. priv., 2001; P. Perlingieri, *La tutela del contraente debole*, Riv. giur. Molise e Sannio, 2011, fasc. 2, 93 ss.; A. Plaia, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in Argomenti dir. lav., 2008, 705 ss.; F. Macario, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in Obbl. contr., 2006, 872 ss.

³⁵ V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale, genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, op.cit.; M. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.; F. Denozza, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, in Rivista ODC, 3/2015.

³⁶ A. Nicolussi, *I consumatori*, cit., 720 ss.

³⁷ Si tratta di una definizione costantemente richiamata nell'elaborazione normativa successiva. L'art. 3 lett. a) del codice del consumo definisce il consumatore: "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale, o professionale eventualmente svolta".

³⁸ A. Nicolussi, *I consumatori*, cit., secondo il quale tale contrapposizione deve essere rinvenuta nel fatto di nutrire un interesse personale, diretto per il bene o servizio e non un mero interesse economico nel senso di strumento di guadagno. La stessa idea per cui la definizione di consumatore si ricavi dal confronto con quella del professionista o comunque di chi presta il bene o servizio è ampiamente sviluppata anche da Roppo. A suo avviso, tuttavia, il consumatore è tutelato in quanto "outsider della prestazione" e dunque non in ragione della sua qualifica soggettiva, ma neppure per le ragioni del suo ruolo nel mercato, con la conseguenza che la relativa disciplina potrà avere come destinatario un più generico cliente, che potrà essere tanto una persona fisica, quanto un'impresa. L'elemento caratterizzante della disciplina in esame sarà dato allora dall'asimmetria di potere contrattuale. V. Roppo, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in Id., *Il contratto del Duemila*, Torino, Giappichelli, 2002, 125 ss.



spetto all'obiettivo di fronteggiare condizioni di grave difficoltà economica, quando non di vera e propria povertà, ma che certamente contribuiscono a riflettere sulla possibilità per il diritto privato di farsi carico di interessi generali, anche a costo di dover riconsiderare alcune categorie ritenute acquisite.

La normativa sull'usura³⁹ merita specifica attenzione in relazione e contrapposizione alla rescissione: sebbene entrambe facciano riferimento ad uno squilibrio contrattuale, nell'usura questo assume una connotazione oggettiva, perché correlato alla fissazione legislativa di un tasso soglia o, se associato alla difficoltà economica o finanziaria della vittima, ricavato dalle “concrete modalità del fatto” e in relazione al tasso applicato ad operazioni simili. Si ampliano le maglie degli artt. 1447 e 1448 c.c., spostando la tutela dal piano individuale a quello più generale della coerenza delle contrattazioni con l'ordine pubblico economico, come dimostrato dall'adozione del rimedio della nullità e dall'esclusione della possibilità di evitare la rescissione attraverso la mera riconduzione ad equità del contratto⁴⁰.

Mossa da un'analogha aspirazione superindividuale deve ritenersi la disciplina del sovraindebitamento⁴¹, frutto della riflessione giuridica imposta dalla crisi economia. In essa può essere ravvisato sia un animo più liberale, espresso dall'obiettivo di risanamento dei mercati e di tutela dei rapporti economici, che una potenziale aspirazione sociale⁴², da rintracciare in una lettura del diritto delle obbligazioni che si affranca dall'approccio *favor creditoris*, tipico dell'impostazione del codice civile, per offrire strumenti a tutela della posizione del debitore civile – non fallibile⁴³ – e proteggerlo contro possibili rischi sociali⁴⁴.

³⁹ Con la legge n. 108 del 7 marzo 1996, il legislatore ha modificato il secondo comma dell'art. 1815 c.c. sulla disciplina degli interessi nel contratto di mutuo, stabilendo la nullità degli interessi usurari e ha modificato l'art. 644 c.p. distinguendo due ipotesi di usura: il caso in cui venga superata una determinata soglia legale e il caso in cui, anche laddove gli interessi siano inferiori a tale limite, vi sia comunque una sproporzione tra le due prestazioni e la parte pregiudicata si trovi in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

⁴⁰ C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit.; G. Vettori, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit.

⁴¹ Il sovraindebitamento è definito come la situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente (art. 6, comma 2, lett. a) l. n. 3/2012).

⁴² Sulle possibilità di leggere la normativa in esame secondo un paradigma liberale o sociale, si veda E. Pellecchia, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, Giappichelli, 2012, 224 ss.; Id., *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, in Riv. crit. dir. priv., 2012, 427 ss.

⁴³ Sotto il profilo soggettivo, alcuni dubbi sono emersi in ragione del richiamo alla figura del consumatore, definito all'art. 6, comma 2, lett. b come “il debitore persona fisica che ha assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”. Al di là delle difficoltà esegetiche, devono ricomprendersi tra i destinatari della normativa gli enti non commerciali, i professionisti intellettuali, nonché gli imprenditori commerciali non fallibili e gli imprenditori agricoli. Cfr. D. Manente, *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012, n. 3, dopo il c.d. “Decreto crescita-bis”*, in Dir. fall., 2013, 563 ss. La legge delega n. 155 del 2017 sembra prevedere poi un ampliamento a favore dei soci illimitatamente responsabili.

⁴⁴ Per una puntuale analisi del rapporto debito-credito e di quello debito-patrimonio nello specifico contesto della

JUS CIVILE



Senza arrivare a considerare la crisi economica come un “fattore di impunità generalizzata”⁴⁵, con la legge n. 3 del 27 gennaio 2012⁴⁶, il legislatore ha introdotto tre procedure che, in modi diversi, pongono al centro dell’attenzione il debitore come persona, per offrirgli una nuova *chance*, dando rilievo alle circostanze nell’ambito delle quali si configura l’inadempimento.

I tre modelli sono: 1) l’accordo di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti, che si esplica in una proposta, elaborata con l’ausilio di un organismo di composizione della crisi e volta a definire, a fronte del regolare pagamento dei crediti impignorabili, le scadenze e le modalità di pagamento dei creditori (anche se suddivisi in classi), le eventuali garanzie per l’adempimento dei debiti e le modalità di liquidazione dei beni⁴⁷; l’accordo è omologato se viene raggiunta un’intesa con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti complessivi⁴⁸. 2) Vi è poi il piano del consumatore, che prescinde dal raggiungimento di un accordo e si impone a tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del decreto di omologazione, purché sia garantito il pagamento dei crediti impignorabili e dei tributi costituenti risorse proprie dell’Unione europea, dell’imposta sul valore aggiunto e delle ritenute operate e non versate; in questo istituto assumono rilevanza centrale l’idoneità del piano a risanare lo stato di sovraindebitamento⁴⁹ e la meritevolezza⁵⁰ della condotta del debitore, con riferimento da un lato alle ragioni per cui si è con-

crisi economica, si vedano A. Di Majo, *Debito e patrimonio nell’obbligazione*, in G. Grisi (cur.), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, Jovene, 2014, 23 ss. e, nello stesso volume, G. Grisi, *L’inadempimento di necessità*, 281 ss.

⁴⁵ G. Grisi, *L’inadempimento di necessità*, cit., 296.

⁴⁶ Legge modificata dall’art. 18 del D.L. n. 179 del 18 ottobre 2012, convertito in L.n. 221 del 17 dicembre 2012. Ulteriori modifiche potrebbero intervenire in attuazione della legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza, n. 155 del 19 ottobre 2017.

⁴⁷ È previsto all’art. 7 che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possano non essere soddisfatti integralmente, purché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella conseguibile mediante la liquidazione dei beni. Per quanto riguarda i tributi costituenti risorse proprie dell’Unione europea, l’imposta sul valore aggiunto e le ritenute operate e non versate, può essere stabilita solamente una dilazione del pagamento. Inoltre, il piano può prevedere l’affidamento del patrimonio del debitore a un gestore per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori.

⁴⁸ Non sono computati e non hanno diritto di esprimersi sulla proposta i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca per i quali la proposta prevede l’integrale soddisfazione, salvo non rinuncino in tutto o in parte al diritto di prelazione, nonché il coniuge del debitore, i parenti o affini fino al quarto grado, i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da almeno un anno prima della proposta (art. 11, comma 2).

⁴⁹ Ai fini dell’omologazione è necessario che il piano soddisfi il credito in misura non inferiore all’alternativa liquidatoria.

⁵⁰ Il giudice omologa il piano quando esclude che il consumatore abbia “*assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali*”, art. 12-bis c. 3. Occorre in proposito richiamare la distinzione tra sovraindebitamento “attivo” e “passivo”, a seconda che lo stesso sia l’esito di un comportamento consapevole del soggetto nell’assunzione di obbligazioni sproporzionate rispetto alle proprie capacità o, comunque, di una cattiva gestione delle dei propri redditi, ovvero sia il risultato di eventi estranei alla sua sfera di controllo che vanno ad incidere sull’amministrazione del patrimonio. Cfr. E. Pellicchia, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento*, cit., 226 ss.; Id., *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, cit. Nella legge delega n. 155 del 2017 la meritevolezza del debitore è richiamata solo con riferimento all’esdebitazione (art. 9



figurata la condizione debitoria e, dall'altro, alla diligenza nell'assunzione delle obbligazioni⁵¹. 3) Infine, in alternativa alla proposta per la composizione della crisi o quando l'accordo o il piano non siano possibili, il Decreto Crescita-bis ha introdotto la liquidazione del patrimonio del debitore che, al ricorrere di alcuni elementi⁵², consente al debitore persona fisica l'esdebitazione nei confronti dei creditori concorsuali e non soddisfatti.

Nonostante persistano alcune perplessità sulla loro efficacia concreta⁵³, occorre sottolineare come dette procedure, che si attivano solo su richiesta del debitore, introducano una lettura del diritto delle obbligazioni che si scardina dalla rigida alternativa tra adempimento e inadempimento per lasciare spazio a un più equo bilanciamento tra interessi debitori e creditori, anche alla luce del rispetto della dignità e dei principi di solidarietà e buona fede⁵⁴.

Nella presente analisi, tenendo conto dell'interferenza sempre maggiore tra la disciplina del mercato e quella del contratto⁵⁵ e del consolidamento, soprattutto a livello europeo, di una mediazione costante tra politica ed economia⁵⁶, l'attenzione si concentrerà su ulteriori strumenti applicativi del diritto privato che, almeno nelle intenzioni, vorrebbero porsi in linea con una configurazione etica/sociale del mercato.

lett. c), mentre per l'ammissione al piano del consumatore si ritiene sufficiente che la crisi o l'insolvenza non derivino da colpa grave, malafede o frode del creditore. Sul punto cfr. L. Modica, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in Eur. dir. priv., 2016, 617 ss.; R. Bocchini, S. De Matteis, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in Corr. giur., 2018, 649 ss.

⁵¹ Si tratta di un istituto che impone una riconsiderazione di alcuni dei principi più consolidati del diritto delle obbligazioni, L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, Jovene, 2012; Id., *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, cit.

⁵² Il debitore è ammesso all'esdebitazione purché:

- abbia cooperato al regolare ed efficace svolgimento della procedura;
- non abbia ritardato o contribuito a ritardare il regolare svolgimento delle operazioni;
- non abbia beneficiato di altra esdebitazione negli otto anni precedenti;
- non sia stato condannato, con sentenza passata in giudicato, per uno degli specifici reati previsti dall'art. 16;
- abbia svolto, nei quattro anni di durata della liquidazione, attività produttiva di reddito adeguata alle proprie competenze o abbia cercato un'occupazione e non abbia rifiutato, senza giustificato motivo, proposte di impiego;
- siano stati soddisfatti, almeno in parte, i creditori per titolo e causa anteriore al decreto di apertura della liquidazione.

L'esdebitazione è esclusa se:

- il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali;
- il debitore, nei cinque anni precedenti l'apertura della liquidazione o nel corso della stessa, ha posto in essere atti in frode ai creditori, pagamenti o altri atti dispositivi del proprio patrimonio, ovvero simulazioni di titoli di prelazione, allo scopo di favorire alcuni creditori a danno di altri.

⁵³ Cfr. L. Modica, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, cit.

⁵⁴ Cfr. R. Bocchini, S. De Matteis, *Sovraindebitamento: profili civilistici nella legge delega di riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.; E. Pellecchia, *Il sovraindebitamento del consumatore: esperienze legislative a confronto*, cit.

⁵⁵ F. Denozza, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit.

⁵⁶ A. Somma, *Introduzione critica del diritto europeo dei contratti*, cit.



Si colloca in tale prospettiva la previsione di clausole sociali negli appalti pubblici, la responsabilità sociale d'impresa, la diffusione dei codici di condotta, nonché una lettura degli obblighi informativi posti a tutela del consumatore nella prospettiva di un orientamento etico dei consumi.

Sebbene nessuna di queste discipline affronti in modo diretto il problema della povertà, le stesse appaiono rilevanti nella misura in cui cercano di contrastare alcuni dei fenomeni che, sfruttando la debolezza sociale ed economica di determinate categorie di soggetti, divengono una delle cause della diffusione o dell'acuirsi delle disuguaglianze. Pur nella consapevolezza della parzialità della prospettiva, si è scelto di concentrarsi su una lettura di tali strumenti strettamente legata alla figura del lavoratore⁵⁷. L'importanza delle relazioni di lavoro va rintracciata nel carattere essenziale che le stesse assumono rispetto al concetto di dignità fatto proprio dalla nostra Costituzione (art. 36), ma trova ulteriore giustificazione nell'impatto che la crisi economica ha sul lavoro e in ragione delle conseguenze che determinati meccanismi di mercato determinano per la tutela dei diritti sociali dei lavoratori. In tale contesto, secondo quanto anticipato nella parte introduttiva, la povertà viene in rilievo come causa e conseguenza: il soggetto (lavoratore) che accetta determinate condizioni di lavoro si trova generalmente in una condizione di debolezza sociale e/o economica ma, al tempo stesso, il fatto di non beneficiare di alcune opportunità e garanzie ne inficia la possibilità di conseguire, attraverso il lavoro, migliori condizioni sociali e/o economiche.

2. – Il tema della povertà è spesso accompagnato dalla convinzione per cui un livello minimo di disuguaglianza sia endemico e necessario in ogni società, quale presupposto per creare incentivi al progresso. Eppure, non solo nella povertà non c'è nulla di naturale⁵⁸, ma le sue conseguenze rischiano di avere effetti pregiudizievoli tanto sul piano sociale, quanto su quello giuridico ed economico. In tempi recenti, le ricerche dei maggiori esperti di economia⁵⁹ hanno cer-

⁵⁷ Appare opportuno precisare che con tale scelta non si intende in alcun modo suffragare una distinzione tra lavoratore e non lavoratore che rinvii a quella retorica dell'etica del lavoro da cui si fa discendere una sorta di colpevolizzazione del povero, di una responsabilità dello stesso rispetto alla propria condizione, che sarebbe cioè la conseguenza della mancanza di impegno, del rifiuto o dell'incapacità di adeguarsi a determinati valori della società e dell'economia. Ricostruzione quest'ultima sulla base della quale si fonda altresì un'analisi negativa di alcune politiche di welfare, cfr. L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit., spec. 369.

⁵⁸ L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit.

⁵⁹ Molti economisti, alcuni dei quali premi Nobel, hanno dedicato particolare attenzione al tema della disuguaglianza e dei rischi connessi all'incremento della povertà. F. Bourguignon, *The Globalization of Inequality*, T. Scott-railton (trad.), Princeton University Press, 2015; R.H. Wade, *Global Growth, Inequality, and Poverty: the Globalization Argument and the "Political" Science of Economics*, in J. Ravenhill (cur.), *Global political economy*, Oxford University Press, Oxford, UK, 2017, 319-355; J.E. Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*. New York, W.W. Norton, 2012; Id., *The Origins of Inequality, and Policies to Contain It*,



cato di fare luce sui rischi che potrebbe comportare un incremento eccessivo delle disuguaglianze, mentre continuano a moltiplicarsi gli interventi di varie istituzioni economiche, come il Fondo monetario internazionale⁶⁰ o l'Ocse⁶¹, ma soprattutto della Banca mondiale⁶², volti ad individuare i possibili ambiti di intervento e le strategie necessarie per far fronte alla crescita del fenomeno.

Sulla scia delle Nazioni Unite, che hanno posto la lotta alla povertà come primo obiettivo per il raggiungimento di uno Sviluppo Sostenibile⁶³, anche l'Unione europea ha individuato nella riduzione della povertà⁶⁴ uno di quei traguardi⁶⁵ che dovrebbero condurre l'Europa, entro il 2020, fuori dalla crisi economica e finanziaria, avviando una "crescita intelligente, sostenibile e solidale", caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale.

Nell'ambito della strategia "Europa 2020" è stata specificamente elaborata una "Piattaforma

Natl. Tax J., 68(2), 2015, 425-448; A. Deaton, *Inevitable Inequality?* Science, 2014, 783 ss.; Id. *Measuring and Understanding Behavior, Welfare, and Poverty*, Prize Lecture, December 8, 2015, disponibile online alla pagina web https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2015/deaton-lecture.pdf; P.R. Krugman, *La coscienza di un liberal*, Laterza, 2008; B. Milanović, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, Cambridge (MA), London, Harvard University Press, 2016.

⁶⁰ Cfr. J.D. Ostry, A. Berg, C.G. Tsangarides, *Redistribution, Inequality, and Growth*, *International Monetary Fund*, April 2014, disponibile online a: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2014/sdn1402.pdf>.

⁶¹ In un report dell'Ocse del 2014 si legge: "New OECD research shows that when income inequality rises, economic growth falls", OECD, *Focus on Inequality and Growth*, Dicembre 2014, disponibile online a: <https://www.oecd.org/els/soc/Focus-Inequality-and-Growth-2014.pdf>.

⁶² Cfr. The World Bank, *Poverty and Shared Prosperity 2016. Taking on Inequality*, disponibile online a: <http://www.worldbank.org/en/publication/poverty-and-shared-prosperity>

⁶³ Cfr. Sustainable Development Goals (SDGs) dell'ONU.

⁶⁴ Uno degli obiettivi cui mira la strategia "Europa 2020" è la riduzione del 25% del numero di europei che vivono al di sotto della soglia di povertà nazionale, individuata nel 60 % del reddito disponibile mediano equivalente nazionale (*Eurostat, Statistics Explained*, Statistiche sulla distribuzione del reddito). Tale traguardo, al momento ancora lontano da raggiungere (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. "Bilancio della Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva", COM (2014) 130 def), dovrebbe determinare la sottrazione di almeno 20 milioni di persone dal rischio di povertà. Il riferimento è alle persone colpite da uno dei tre tipi di povertà: 1) povertà da reddito: persone con un reddito disponibile equivalente inferiore alla soglia di povertà, fissata al 60% del reddito disponibile equivalente mediano nazionale (al netto dei trasferimenti sociali). 2) Povertà materiale: persone che hanno condizioni di vita gravemente compromesse dalla mancanza di risorse e si trovano in almeno 4 delle 9 situazioni seguenti: impossibilità i) di pagare l'affitto o le fatture di consumo corrente, ii) di riscaldare in modo adeguato la loro abitazione, iii) di affrontare spese impreviste, iv) di consumare carne, pesce o altri alimenti proteinati equivalenti ogni due giorni, v) di prendere una settimana di vacanza al di fuori del domicilio, vi) di acquistare un'automobile, vii) di acquistare una lavatrice, viii) di acquistare un televisore a colori o ix) di acquistare un telefono. 3) Persone che vivono in famiglie a intensità di lavoro molto bassa: persone di età compresa tra 0 e 59 anni, diverse dagli studenti, che vivono in una famiglia nella quale gli adulti hanno lavorato meno del 20% del loro potenziale di lavoro totale durante l'anno precedente. Fonte Commissione europea, cit. in ALLEGATI della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato Delle Regioni. Bilancio della Strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2014) 130 final.

⁶⁵ a) investimenti in R&S; b) istruzione; c) energia/cambiamento climatico; d) tasso di occupazione; e) riduzione della povertà.

JUS CIVILE



europea contro la povertà”⁶⁶, pensata nella prospettiva della giustizia sociale e della tutela dei diritti fondamentali, con l’intento di garantire coesione sociale e territoriale, un’equa distribuzione dei benefici della crescita e dei posti di lavoro, dignità e partecipazione attiva in società delle persone vittime di povertà ed esclusione sociale.

L’intento è quello di delineare un programma capace di volgere lo sguardo “oltre il breve termine”⁶⁷ e di coinvolgere anche le “regioni ultraperiferiche” dell’Unione⁶⁸, nella convinzione che la lotta alla povertà richieda la composizione di azioni a livello nazionale, europeo e mondiale⁶⁹.

Tale prospettiva è particolarmente importante se si considera che, tra i fenomeni che contribuiscono alla diffusione o all’incremento delle disuguaglianze e della povertà vengono in rilievo alcune dinamiche commerciali che, sfruttando l’espansione e la liberalizzazione dei mercati, la mobilità di persone e capitali, la delocalizzazione di imprese o impianti produttivi, finiscono per pregiudicare i diritti fondamentali delle persone coinvolte, in primo luogo dei lavoratori. Si tratta di fattispecie nelle quali, proprio a causa della deterritorializzazione dell’attività, l’intervento pubblico appare particolarmente complicato e risulta sempre più difficile considerare le politiche sociali come un fenomeno riconducibile esclusivamente alle prerogative dello Stato-nazione o comunque di stretta rilevanza pubblica.

Il rafforzamento della dimensione economica delle relazioni contrattuali determina una loro tendenziale capacità di sottrarsi ai vincoli giuridici o al controllo pubblico⁷⁰. Un esempio di tale discorso è rappresentato dal *dumping* sociale⁷¹, un fenomeno che assume sicura importanza

⁶⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. La Piattaforma europea contro la povertà e l’esclusione sociale: un quadro europeo per la coesione sociale e territoriale, COM(2010) 758 def.

⁶⁷ Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, cit.

⁶⁸ Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, cit., 19 ss.

⁶⁹ Comunicazione della Commissione, Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM (2010) 2020 final, disponibile online a: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=it>.

⁷⁰ G. Conte, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell’attività d’impresa*, in Contr. impr., 3/2009, 679 ss.

⁷¹ Con tale espressione, ripresa dal concetto di *dumping* economico, si fa riferimento a una molteplicità di fenomeni accumulati dallo sfruttamento della discriminazione regolatoria esistente tra due o più ordinamenti in termini di tutele sociali: l’importazione di prodotti provenienti da Stati in cui gli standard di tutela dei lavoratori e di rispetto della dignità sono particolarmente bassi; la produzione di beni nei Paesi in cui il costo del lavoro è inferiore; le prestazioni di servizi transfrontalieri in cui le imprese utilizzano manodopera meno costosa di quella locale; la delocalizzazione delle attività produttive in zone con livelli remunerativi e regimi normativi più favorevoli. Per quanto riguarda il dumping economico, l’articolo IV del GATT – General Agreement on Tariff and Trade, 1947/1994 – rubricato “Anti-dumping and Countervailing Duties”, disciplina espressamente e sanziona il commercio di prodotti provenienti da un altro Paese con un valore inferiore al normale, laddove ciò causi o rischi di causare un pregiudizio ad un’impresa già stabilita in quel territorio o ritardi l’affermazione di un’impresa domestica; al contrario, il dumping sociale ad oggi non ha ricevuto alcuno specifico riconoscimento normativo. Sul tema si vedano i contributi di R. Pessi, *Dumping sociale e diritto del lavoro*, in Riv. dir. sic. soc., 2011, 617-632; A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in Lav. dir., 2011, 26-27.



nell'analisi in esame perché sfrutta le condizioni di disparità di potere contrattuale tra i soggetti coinvolti, dovute in primo luogo alla debolezza economica dei lavoratori, con l'effetto di causare un peggioramento delle loro condizioni⁷². L'articolazione su scala globale della produzione e del commercio dei prodotti, se da un lato può determinare un incremento della ricchezza, dall'altro rischia di provocare un inasprimento delle disuguaglianze tra i vari Paesi del mondo e tra le diverse classi sociali⁷³, ammettendo la diffusione di quelle che potrebbero definirsi come nuove forme di schiavitù⁷⁴, in ragione dei bassissimi standard di tutela a livello infrastrutturale e della minima protezione legale e sindacale dei lavoratori⁷⁵, con inevitabili effetti sul piano sociale e della dignità.

2.1. – Nel tentativo di considerare una possibile azione europea per la lotta alla povertà, merita ribadire il significato sia politico che giuridico del riconoscimento alla Carta dei diritti fondamentali dello stesso valore dei trattati. Nonostante alcuni Autori siano molto critici sul punto⁷⁶, può ritenersi che con tale atto l'Unione europea abbia assunto una dimensione non più riducibile alle sole logiche di mercato e si sia progressivamente allontanata dall'impostazione propria di una comunità economica, volta esclusivamente a realizzare un mercato comune di libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali. Con la dichiarazione, contenuta nel Preambolo della Carta, per cui la persona viene posta al centro dell'azione dell'Unione Euro-

⁷² Effetti indiretti del fenomeno sono rappresentati da vicende tragiche, come quella di Dacca, in Bangladesh, che nel 2013 è finita al centro della cronaca per il crollo del Rana Plaza, un edificio commerciale di otto piani che ospitava una grande industria tessile e che ha sepolto sotto le proprie macerie oltre mille persone; l'anno prima, un incendio di grandi dimensioni aveva devastato la fabbrica Ali Enterprises, in Pakistan, uccidendo oltre 250 persone: in entrambi i casi si trattava di aziende fornitrici dei più grandi marchi "occidentali" di moda *low cost*, in cui venivano poste in essere condizioni di lavoro che nei Paesi importatori sarebbero state "impensabili".

⁷³ Cfr. N. Klein, *No Logo*, Milano, Rizzoli, 2016; S. Mezzadra, B. Neilson, *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*, Bologna, Il Mulino, 2014; G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, Quest. Giust., 2015.

⁷⁴ G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit. In un report del 2017, l'ILO ha tracciato un quadro delle schiavitù moderne, all'interno delle quali vengono ricondotti i matrimoni forzati e il lavoro forzato. Quest'ultimo, che coinvolge 24,9 milioni di persone, è definito dalla Convenzione dell'ILO sul lavoro forzato 1930 (No. 29) come "all work or service that is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily". Si stima che, nel 2016, 16 milioni di uomini e donne ne siano stati vittime nell'ambito dell'economia privata (dai lavori domestici, al settore dell'edilizia, a quello manifatturiero, dell'agricoltura o della pesca). Nel report del 2017 si sottolinea come la coercizione possa assumere diverse forme, dalla violenza fisica o sessuale, alla minaccia nei confronti dei propri familiari, a forme più subdole, quali la trattenuta del salario, la sottrazione dei documenti di identità, la minaccia di licenziamento o di denuncia alle autorità. ILO, *Global estimates of modern slavery: forced labour and forced marriage*, Genova, 2017.

⁷⁵ Agli elevati rischi sul piano della sicurezza, si affiancano le ricadute sociali e le condizioni di estrema povertà strettamente correlate alle condizioni di lavoro, spesso sottopagato, anche in considerazione del fatto che i salari minimi legali sembrerebbero significativamente al di sotto di quello che dovrebbe essere un "salario dignitoso", idoneo a garantire livelli minimi di sussistenza. Tali dati emergono dal Report della Campagna Abiti Puliti, *L'Europa dello sfruttamento*, 15 novembre 2017, disponibile online a: <http://www.abitipuliti.org/report/2017-report-europes-sweatshop-leuropa-dello-sfruttamento/>.

⁷⁶ A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit., 12.

JUS CIVILE



pea⁷⁷ sembra delinearsi una dimensione sociale dell'attività europea, secondo quei principi di dignità, eguaglianza e solidarietà⁷⁸ che non erano invece contemplati dal Trattato di Maastricht⁷⁹.

Tuttavia, non può trascurarsi il contesto eminentemente mercantile su cui si struttura l'Unione e che rende problematica la previsione di un'effettiva tutela dei diritti sociali, almeno secondo la concezione che ci consegna la nostra tradizione giuridica, e ciò per l'assenza di un sistema di *welfare* comunitario. In un contesto che resta definito dall'affermazione delle libertà economiche, è proprio la dimensione delle relazioni private che può assumere rilievo centrale rispetto ad istanze ultra-individuali, nella prospettiva di una socializzazione dell'economia e quindi del passaggio dal *free trade* al *fair trade*⁸⁰.

Uno dei principali riferimenti di questa impostazione va ravvisato nell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea, che al terzo comma pone il mercato interno in stretta correlazione con lo sviluppo sostenibile⁸¹, il quale si basa tanto sulla crescita economica equilibrata, quanto su un'economia sociale di mercato, secondo quell'approccio neoliberale proprio delle politiche europee⁸². Così, l'economia sociale di mercato si propone come possibile strategia per conseguire interessi pubblici, quali la piena occupazione o il progresso sociale, combattendo l'esclusione, le discriminazioni e promuovendo giustizia e protezione sociale; al tempo stesso, tuttavia, non può trascurarsi la sua qualificazione come "fortemente competitiva"⁸³, ciò che giustifica il sospetto di una preminente funzionalizzazione alla tutela del meccanismo concorrenziale, che prescinde da un intento di risocializzazione dell'economia, quando non si esplica

⁷⁷ M.R. Marella, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, cit.

⁷⁸ In tema di dignità e diritto europeo M.R. Marella, *A New Perspective on Human Dignity: European Contract Law, Social Dignity and the Retreat of the Welfare State*, in S. Grundmann (cur.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 123-147, 2008; Id. *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in Riv. crit. dir. priv., 2007, 67 ss. Quanto alla configurabilità di una dimensione sociale dell'Unione europea, critica è l'analisi di A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, cit. L'A. sottolinea come la Carta di Nizza si limiti a riconoscere un'eguaglianza formale che non appare pienamente completata dal divieto di discriminazione e ciò per l'assenza di un dovere pubblico di rimuovere le cause di diversità, come previsto dalla Costituzione italiana. Si tratterebbe, a suo avviso, di un costituzionalismo liberale, che cela una scarsa considerazione per quello sociale.

⁷⁹ Al Trattato di Maastricht era tuttavia allegato il Protocollo sulla politica sociale.

⁸⁰ A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, in Riv. dir. priv., 2014; A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 22.

⁸¹ Quello di "sviluppo sostenibile" è un concetto certamente fluido, suscettibile di varie declinazioni e interpretazioni. In proposito, si è soliti richiamare la definizione offerta dal Rapporto Brundtland, *Our common future*, secondo la quale lo Sviluppo Sostenibile "soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri". Si tratta del rapporto elaborato nel 1983 dalla Commissione Mondiale sull'Ambiente e lo Sviluppo delle Nazioni Unite, presieduta da Madame Gro Harlem Brundtland.

⁸² Lo sviluppo viene adottato come un elemento cardine di tali politiche, idoneo a garantire l'incremento di transazioni efficienti e, attraverso queste, il benessere generale, cfr. F. Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. Rispoli Farina, A. Sciarrone Alibrandi, E. Tonelli, *Regole e mercato*, Giappichelli, 2017, XXV.

⁸³ Cfr. G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in C. Salvi (cur.), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, Giappichelli, 2012, 135-153



in una strumentalizzazione della dimensione sociale a favore delle istanze del mercato⁸⁴.

Nel quinto comma dell'articolo 3 emerge poi l'attenzione per le relazioni dell'Unione con il resto del mondo e si afferma l'impegno a contribuire alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco dei popoli, ma anche "al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani".

Proprio il concetto di sviluppo sostenibile, che si ripete sia nel terzo che nel quinto comma, merita una specifica riflessione. Nella Comunicazione della Commissione del 2001 lo stesso è esplicitato in un obiettivo di coerenza tra crescita economica, coesione sociale e tutela ambientale, le quali debbono procedere di pari passo, così come la politica sociale deve essere posta alla base delle prestazioni economiche⁸⁵.

Tale approccio, si ritiene, dovrebbe leggersi anche nell'individuazione degli appalti pubblici quali possibili strumenti d'azione della Strategia Europa 2020; gli stessi sono descritti come "strumenti basati sul mercato, necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici"⁸⁶. Uno strumento che si colloca nell'ambito del c.d. modello sociale unico europeo e che, attraverso una *partnership* pubblico-privato, consente di coniugare obiettivi sociali ed economici⁸⁷ nella prospettiva dello "sviluppo sostenibile"⁸⁸.

Già da tempo, dottrina e giurisprudenza hanno sottolineato l'importanza dei *public procurement*⁸⁹ per il perseguimento di obiettivi ulteriori rispetto a quelli strettamente economici o di ef-

⁸⁴ A. Somma, *Economia sociale di mercato vs. giustizia sociale*, – *Versione ampliata della Relazione al Seminario internazionale "Social Justice in European Contract Law"*, Parigi, 22-23 settembre 2005, disponibile online a http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Somm/Somma_Buona-fede_Astrid_27102005.pdf; Id., *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit. Si tratterebbe, del resto, di un approccio coerente con l'impianto tradizionale dell'Unione europea e di cui deve ritenersi un esempio emblematico, seppur appartenente a un diverso periodo storico e normativo, l'obbligo di parità salariale tra uomini e donne, sancito dal Trattato di Roma con il chiaro intento di porre un freno ad uno dei fattori distorsivi della concorrenza tra mercati territoriali e settori produttivi.

⁸⁵ Con specifico riferimento alla rilevanza di tale concetto nel diritto del lavoro, si veda V. Cagnin, *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, cit.

⁸⁶ Considerando n. 2, Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, GUUE L 94/65.

⁸⁷ Commissione europea, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2011, 9.

⁸⁸ Di qui l'introduzione del concetto di "Sustainable Public Procurement (SPP)", definiti dalla Commissione europea come: "a process by which public authorities seek to achieve the appropriate balance between the three pillars of sustainable development – economic, social and environmental – when procuring goods, services or works at all stages of the project", consultabile alla pagina web http://ec.europa.eu/environment/gpp/versus_en.htm.

⁸⁹ La Corte di Giustizia ha assunto un ruolo fondamentale per l'affermazione di una dimensione sociale degli appalti pubblici. Una delle prime pronunce si è avuta nel caso *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*, C-31/87, del 20 settembre 1988, in cui è stata affrontata la questione relativa all'introduzione di un criterio concernente l'impiego di disoccupati di lunga durata. La Corte ha precisato che tale criterio non è classificabile né come criterio per l'accertamento dell'idoneità degli offerenti, né come criterio per l'aggiudicazione, ma si tratta di una condizione specifica e supplementare che deve ritenersi legittima se non ne derivino effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri della Comunità. Disponibile online a: <http://curia.europa.eu/>



ficienza della pubblica amministrazione⁹⁰. Tale fiducia deriva, da un lato, dalla rilevanza e dal potere di acquisto degli attori pubblici, considerati operatori economici responsabili e lungimiranti, in grado di tener conto di una pluralità di interessi⁹¹ e, dall'altro, dalla possibilità che la contrattazione pubblica si ponga come esempio positivo, come modello capace di influire sul mercato e di avviare un progressivo adeguamento delle imprese a standard sociali⁹².

Dopo una prima elaborazione nell'ambito della tutela ambientale⁹³, nel 2011 la Commissione europea ha pubblicato il documento "Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici", in cui emerge la convinzione che la presenza di acquisti responsabili da parte degli enti pubblici possa promuovere opportunità di occupazione⁹⁴, dignità del lavoro⁹⁵, inclusione sociale, accessibilità, progettazione per tutti, commercio etico⁹⁶ e una

[juris/celex.jsf?celex=61987CJ0031&lang1=it&type=TEXT&ancre=](http://juris.celex.juris.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6066da3be4c704511b10ceb45447c25fb.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNahv0?text=&docid=122644&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=33148). Più di recente, la Corte ha riconosciuto la possibilità di introdurre criteri di aggiudicazione di natura sociale non necessariamente legati all'oggetto del contratto sotto il profilo delle caratteristiche del prodotto, ma concernenti il metodo di produzione, quale ad esempio la derivazione da un commercio equo e solidale, Corte di Giustizia, Commissione c. Paesi Bassi, C-368/10 del 10 maggio 2012, disponibile online a: <http://juris.celex.juris.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6066da3be4c704511b10ceb45447c25fb.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNahv0?text=&docid=122644&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=33148>. Ulteriori esempi in cui vengono in rilievo gli appalti pubblici sono i *Government procurement Agreement* e il *Model Law on Procurement* dell'Uncitral, la *Labour Clauses (Public Contracts) Convention* dell'Oil n. 94, nonché strumenti analoghi previsti da altre istituzioni internazionali, come la Banca Mondiale.

⁹⁰ Numerosi sono gli autori che hanno offerto una puntuale analisi della normativa europea e italiana con riferimento alla tutela di interessi socio-ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Cfr. S. Montaldo, *La dimensione sociale degli appalti pubblici nel diritto dell'Unione europea*, in Politiche soc., 2015, 347-360; S. Torricelli, *Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, in C. Marzuoli, S. Torricelli (curr.), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 7-25; G. Mastrodonato, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al codice degli appalti*, in Riv. giur. edil., 2017, 255.

⁹¹ Le autorità pubbliche esercitano il controllo di un'ampia quota del mercato relativo ad alcuni beni, servizi e lavori, come ad esempio nel settore delle costruzioni, e più in generale la loro spesa rappresenta circa il 17% del prodotto interno lordo dell'Unione europea. Guida della Commissione sugli Acquisti sociali, cit.

⁹² Commissione europea, "Supporting Social Responsibility in the Economy through Public Procurement", cit. Cfr. O. Russo, *Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica*, in [amministrativamente@mente](mailto:amministrativamente@mente.it), 5-6/2017 www.amministrativamente.com.

⁹³ Ne sono esempio le direttive n. 17 e 18 del 2004, poi sostituite dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE e la direttiva 2014/23/UE, con le quali si è consolidata la disciplina dei c.d. *Green Public Procurement*. Cfr. C. Irti, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in Contr. impr. Eur., 2017, 183-210; S. Villamena, *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in Riv. giur. edil., fasc. 3, 2017, 101 ss.

⁹⁴ Si fa riferimento all'equilibrio di genere (ad esempio il bilanciamento tra vita privata e lavoro, lotta alla segregazione settoriale), nonché all'occupazione giovanile, dei disoccupati di lunga durata e dei lavoratori anziani, dei soggetti appartenenti a gruppi svantaggiati (lavoratori migranti) e delle persone con disabilità. Guida della Commissione sugli Acquisti sociali, cit.

⁹⁵ Il riferimento al lavoro dignitoso viene declinato come: diritto ad un lavoro produttivo e liberamente scelto, rispetto dei principi e dei diritti fondamentali, retribuzione dignitosa e garanzia della protezione sociale e del dialogo sociale. Guida della Commissione sugli Acquisti sociali, cit.

⁹⁶ Il riferimento è alla scelta di prodotti che contribuiscano ad uno sviluppo sostenibile.



maggiore conformità agli standard sociali, quelli cioè che dovrebbero essere anche i presupposti per il progressivo contrasto della povertà.

In questo senso si muove la Direttiva n. 24 del 2014 che, collocandosi espressamente nell'ambito della Strategia Europa 2020, ha condotto alla riformulazione e all'aggiornamento della normativa europea in tema di appalti pubblici e alla predisposizione in Italia del Nuovo Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)⁹⁷.

All'interno di tale disciplina vengono tracciate due principali linee di azione: da un lato la previsione di "appalti riservati" e, dall'altro, l'introduzione di clausole sociali, ovvero di "previsioni mandatorie a contenuto sociale", nelle diverse fasi della procedura.

Nel primo caso si tratta della possibilità di riservare il diritto di accedere alle procedure di aggiudicazione solo ad alcune organizzazioni in ragione del contenuto del contratto e cioè nel caso di servizi sanitari, sociali o culturali⁹⁸, oppure in ragione della missione dei partecipanti, laddove cioè si tratti di "laboratori protetti e operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate". Le amministrazioni possono altresì riservare l'esecuzione dell'appalto nel contesto di programmi di lavoro protetti se "almeno il 30 % dei lavoratori dei suddetti laboratori, operatori economici o programmi sia composto da lavoratori con disabilità o da lavoratori svantaggiati"⁹⁹.

Per quanto riguarda le clausole sociali, il riferimento è a quelle "disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie"¹⁰⁰. Si tratta di previsioni pattizie o legislative, in virtù delle quali il normale esplicarsi delle regole della concorrenza e libertà di iniziativa economica subisce delle limitazioni a vantaggio del perseguimento di interessi collettivi. Le stesse possono intervenire sulla configurazione dell'oggetto del contratto, sui criteri di valutazione dell'offerta, sulla definizione delle tecniche e modalità di esecuzione e controllo¹⁰¹, sulla previsione di parametri di selezione o esclusione dei candidati, purché i criteri individuati siano collegati all'oggetto del contratto, siano proporzionati e i vari operatori economici siano trattati su un piano di parità e in modo non discriminatorio.

A tal fine, gli Stati sono chiamati ad adottare le misure opportune affinché "gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di dirit-

⁹⁷ G.U. 19 aprile 2016, n. 91, oggi in vigore nel testo modificato con il d.l. n. 56 del 19 aprile 2017, in vigore dal 20 maggio 2017.

⁹⁸ Art. 77 Direttiva 2014/24/UE.

⁹⁹ Art. 20 Direttiva 2014/24/UE e art. 112 d.lgs.n. 50 del 2016. Con riferimento a questa categoria di imprese e solo laddove sussistano alcune condizioni, quali ad esempio i requisiti di necessità e proporzionalità rispetto al conseguimento di determinati obiettivi, è ammessa una parziale deroga al principio di parità di trattamento sancito dal diritto dell'UE.

¹⁰⁰ Art. 3 l. qq. del d.lgs.n. 50 del 2016.

¹⁰¹ Art. 70 Direttiva 2014/24/UE e art. 30 c. 3 d.lgs.n. 50 del 2016.



to ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X" ¹⁰², tra cui le principali Convenzioni ILO ¹⁰³. Attraverso questo sistema, si ritiene che le amministrazioni pubbliche dispongano di uno strumento per veicolare prescrizioni sociali e gli operatori economici siano indotti ad assumere comportamenti responsabili ¹⁰⁴.

Si delinea uno scenario in cui mutano anche i criteri alla base della procedura di aggiudicazione e così, in luogo del prezzo più basso, si attribuisce prevalenza a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il quale, ad eccezione dei casi in cui la stessa sia individuata sulla base del solo prezzo, dovrebbe essere necessaria la ponderazione di tutti i criteri stabiliti. Nella normativa italiana si prevede ancor più esplicitamente la possibilità, entro determinati limiti, di subordinare il principio di economicità ai "criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico" ¹⁰⁵. Significative in proposito sono le previsioni che impongono alla stazione appaltante di attivare delle procedure di verifica in caso di "offerte anormalmente basse" e di escludere le relative imprese laddove si dimostri che tali costi o prezzi siano la conseguenza della mancata conformazione al "diritto vincolante dell'Unione o [al] diritto nazionale con esso compatibile nei settori della previdenza sociale, del diritto del lavoro, del diritto ambientale o nelle disposizioni internazionali di diritto del lavoro" ¹⁰⁶. Il codice italiano precisa in proposito che "non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge", né in relazione agli "oneri di sicurezza" ¹⁰⁷. Al fine di conseguire un maggior grado di effettività, inoltre, viene preso in considerazione tutto il sistema di produzione del bene o servizio, stabilendo che i requisiti ambientali e sociali debbano essere rispettati anche dai subappaltatori e riconoscendo la possibilità di introdurre criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto di lavori, forniture o servizi che tengano conto di "ogni aspetto e [di] ciascuna fase

¹⁰² Art. 18 Direttiva 2014/24/UE.

¹⁰³ In tema di giustizia sociale e tutela dei diritti umani nel lavoro, rivestono certamente un ruolo fondamentale le iniziative adottate dall'International Labour Organization, strutturata in modo tale da garantire la rappresentanza di lavoratori, imprenditori e governi. I principali punti di intervento sono stati: libertà di associazione e riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva (convenzioni nn. 87 e 98); abolizione di tutte le forme di lavoro forzato o obbligatorio (convenzioni nn. 29 e 105); abolizione del lavoro minorile (convenzioni nn. 138 e 182); eliminazione della discriminazione in materia di impiego e professione (convenzioni nn. 100 e 111). Cfr. G. Conte, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, cit.

¹⁰⁴ R. Proietti, *Contratti della p.a. – le c.d. 'clausole sociali' ed il contemperamento fra valori di rilievo costituzionale*, in *Giur. it.*, 2017, 2715.

¹⁰⁵ Art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016.

¹⁰⁶ Considerando 103 Direttiva 2014/24/UE.

¹⁰⁷ Art. 97 c. 6 d.lgs. n. 50 del 2016. In proposito merita richiamare il Disegno di legge, presentato al Senato il 13 ottobre 2010 e ancora non assegnato alle commissioni, concernente "Disposizioni concernenti il divieto di produzione, importazione e commercio di merci prodotte mediante l'impiego di manodopera forzata e in schiavitù".



dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercio e relative condizioni, di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale"¹⁰⁸.

Nel disegno tracciato dalla *Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*¹⁰⁹, tale normativa dovrebbe consentire di perseguire un equilibrio tra progresso economico e sociale e di fronteggiare i rischi conseguenti alla dimensione globale dei mercati. Nel documento si fa riferimento agli aspetti sociali connessi alla promozione del "lavoro dignitoso"¹¹⁰, con particolare attenzione al "grado di rischio" di violazione dei diritti umani che possono verificarsi lungo l'intera catena merceologica oggetto dell'appalto. Si sottolinea la complessità di tali strutture, nonché la frequente frammentazione e localizzazione della produzione in Paesi in cui non vi sono garanzie sufficienti circa il rispetto dei diritti fondamentali. Per questo, viene proposto un "dialogo strutturato" tra Pubblica amministrazione e fornitori, con l'obiettivo di offrire conoscenze più approfondite in merito alle condizioni di lavoro lungo tutta la catena di produzione, con la possibilità di individuare gli strumenti e i rimedi opportuni.

Nella prospettiva della diffusione di istanze sociali nell'ambito delle dinamiche dei mercati, non possono tuttavia non rilevarsi ambiguità sottese a tale normativa, in primo luogo in ragione del necessario collegamento delle clausole sociali con l'oggetto dell'appalto, con la conseguenza di escludere criteri e condizioni riguardanti "la politica aziendale generale" e dunque

¹⁰⁸ Considerando n. 97 e 107, Direttiva 2014/24/UE. Un riferimento ancor più chiaro vi è nel decreto dell'11 ottobre 2017 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (in Gazz. Uff., 6 novembre 2017, n. 259). Pur essendo dedicato alla fissazione dei "Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici", in esso vi è una specifica disposizione in materia di "Diritti umani e condizioni di lavoro". In particolare, si sottolinea la responsabilità sociale dell'appaltatore, chiamato ad assumere impegni relativi alla conformità a standard sociali minimi e al monitoraggio degli stessi. Oltre alle Convenzioni già richiamate nella Direttiva del 2014 e nel decreto legislativo del 2016, si fa riferimento alle Convenzioni ILO n. 155, 131, 1 e 102, rispettivamente in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; definizione del «salario minimo»; durata del lavoro (industria); sicurezza sociale (norma minima); oltre che alla «Dichiarazione universale dei diritti umani»; e all'art. n. 32 della «Convenzione sui diritti del fanciullo». Ancor più rilevante è il passaggio successivo, in cui si precisa che: "con riferimento ai paesi dove si svolgono le fasi della lavorazione, anche nei vari livelli della propria catena di fornitura (fornitori, subfornitori), l'appaltatore deve dimostrare il rispetto della legislazione nazionale o, se appartenente ad altro stato membro, la legislazione nazionale conforme alle norme comunitarie vigenti in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, salario minimo vitale, adeguato orario di lavoro e sicurezza sociale (previdenza e assistenza). L'appaltatore deve anche avere efficacemente attuato modelli organizzativi e gestionali adeguati a prevenire condotte irresponsabili contro la personalità individuale e condotte di intermediazione illecita o sfruttamento del lavoro" (corsivo aggiunto).

¹⁰⁹ La guida è stata adottata con il Decreto del Ministero dell'Ambiente del 6 giugno 2012, GURI n. 159/2012 ed è stata formulata sulla scia di alcuni documenti del Consiglio delle Nazioni Unite volti a garantire la tutela dei diritti umani nell'ambito dell'attività d'impresa: "Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights" e "Principi guida su imprese e diritti umani", si veda infra, nt. 118.

¹¹⁰ Merita in proposito richiamare, tra gli altri, il IV Report OIL, *Decent Work in Global Supply Chains*, disponibile online a: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_468097.pdf.

JUS CIVILE



l'impossibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di imporre agli offerenti una "politica aziendale di responsabilità sociale"¹¹¹. Un limite di tali politiche deve poi ravvisarsi nel tentativo di articolare il problema sociale e redistributivo secondo il meccanismo di domanda e offerta, che esprime una prospettiva meramente "mercantile" del commercio equo¹¹², senza considerare poi che la disciplina della contrattazione pubblica, per quanto strategica, non può da sola determinare la diffusione di un mercato etico, la cui affermazione richiederebbe il coinvolgimento necessario di tutti gli attori economici, imprese e consumatori.

3. – Passando dalla contrattazione pubblica a quella privata, diviene essenziale comprendere se siano configurabili degli oneri o una responsabilità in capo alle imprese che si avvalgono di meccanismi di produzione tali da implicare la compromissione delle tutele minime di diritto del lavoro, dell'ambiente o relative alla sicurezza, alla dignità e ai diritti della persona.

Se le ipotesi di violazioni dirette sono oggetto di discipline più o meno dettagliate¹¹³, più problematici sono i casi in cui le stesse derivano da condotte riconducibili a quel processo "market oriented" che ha visto la progressiva accettazione di limitazioni dei diritti fondamentali in ragione di un vero e proprio "culto del mercato"¹¹⁴: il riferimento è, ancora una volta, ai meccanismi di esternalizzazione, delocalizzazione, *outsourcing* e a tutte quelle fattispecie in cui le imprese si servono, in particolare mediante contratti di subappalto, di soggetti di Paesi terzi, sfruttando le differenze tra i diversi sistemi normativi e giurisprudenziali.

Sebbene alcune recenti pronunce non abbiano mancato di dare rilievo alla "mirata strategia aziendale" sottesa a tali pratiche¹¹⁵, non può trascurarsi come "la globalizzazione – in seguito

¹¹¹ Considerando n. 97, Direttiva 2014/24/UE. Si vedano sul punto G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2012, 819-875; B. Fenni, *Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in www.AmbienteDiritto.it – Rivista Giuridica, 2014 disponibile online a: <https://www.ambientediritto.it/home/sites/default/files/GREEN%20PUBLIC%20PROCUREMENT%20COME%20STRUMENTO%20DI%20SVILUPPO%20SOSTENIBILE%20Barbara%20Fenni.pdf>.

¹¹² A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit.

¹¹³ Nell'ambito della disciplina penalistica è recentemente intervenuto il d.lgs. n. 24 del 4 marzo 2014, in attuazione della Direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime. In particolare, sono stati espressamente previsti i reati di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), tratta delle persone (art. 601 c.p.), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

¹¹⁴ F.D. Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in Riv. dir. civ., 2009, 291. Un significativo antecedente di tale processo può essere ravvisato nelle note pronunce della Corte di Giustizia che, mediante una sorta di concorrenza regolatoria tra ordinamenti, hanno di fatto sancito una standardizzazione a ribasso. Il riferimento è alle pronunce Viking (C-438/05), Laval (C-341/05), Rüffert (C-346/06), Commissione c. Lussemburgo (C-319/06), cfr. A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 16. Per un'analisi generale del fenomeno "market oriented" si veda G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.; Id. "Globalizzazione attraverso i diritti" e metamorfosi del diritto comparato, cit.; A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, cit.; P.G. Monateri, *Geopolitica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

¹¹⁵ Si segnala in proposito la pronuncia del Tribunale di Forlì n. 933 del 10 luglio 2012, in Dir. Comm. Int., 2014,



all'articolazione di mercati mondiali riguardanti i capitali, i prodotti, il lavoro, (in gran parte) i servizi e in seguito all'informatizzazione di molteplici comportamenti economici – produce una discrasia strutturale e profonda fra i tempi e gli spazi delle attività imprenditoriali e quelle del potere politico, della regolazione e del controllo giuridico. Ciò comporta un arretramento o, comunque, una crescente inefficacia del diritto, specialmente di quello di origine statale nello stabilire regole del mercato e nel far valere (tempestivamente) i relativi controlli”, lasciando così intravedere una “crisi della sovranità (statale)”¹¹⁶.

La difficoltà di fronteggiare questi fenomeni o gli effetti che ne derivano non dipende, o comunque non solo, dalla mancanza di riferimenti normativi, ma dalla presenza di un insieme di fattori che rendono debole o inefficace l'intervento pubblico¹¹⁷. Tali scenari si realizzano attraverso una serie di relazioni di diritto privato che, grazie alla disarticolazione dell'attività d'impresa, mirano a conseguire l'obiettivo economico di abbassare i costi di produzione e quello giuridico di diluire i profili di responsabilità.

Occorre considerare che se la normativa in materia di sicurezza infrastrutturale e di diritto del lavoro è quella nazionale, con riferimento alle relazioni commerciali e quindi anche alle dinamiche della concorrenza assumono particolare importanza i contratti di diritto privato, che finiscono per esercitare vincoli e pressioni maggiori della stessa legislazione interna, soprattutto in ragione della tendenziale debolezza dei Paesi e delle imprese coinvolti¹¹⁸. Si assiste poi talvolta alla complicità degli stessi Governi locali, incapaci di reagire o incoraggiati a conservare lo *status quo*, poiché il mantenimento di bassi costi di produzione rappresenta uno dei principali fattori attrattivi per le multinazionali e uno strumento strategico per richiamare capitali, lascian-

1, 177, con nota di F. Buccellato, *Verso “Roma 9 maggio 2014 – Impresa e forced labour”. Linee Guida per una rinnovata azione di contrasto nel solo della EU Strategy Towards the Eradication of Trafficking in Human Beings 2012-2016*. Il caso riguardava la completa inottemperanza di norme antinfortunistiche da parte dell'impresa appaltatrice terzista. Ad avviso del Tribunale, “in caso di ingerenza del committente nell'impresa appaltatrice terzista, il disinteresse alla sicurezza del lavoro nelle aziende terziste da parte dei titolari dei poteri di gestione delle ditte committenti è sufficiente a qualificare l'elemento psicologico assunto da quest'ultimi in termini di dolo eventuale e cioè di consapevole accettazione dei rischi derivanti dal lavoro svolto nelle aziende terziste”. È evidente per il Tribunale di Forlì la sussistenza di “una *precisa strategia aziendale* protesa all'abbattimento dei costi di produzione ed alla massimizzazione dei profitti attraverso il ricorso all'appalto di prestazioni d'opera *sovradimensionate* in quanto tali da essere effettuate ed evase da aziende gestite da titolari di nazionalità cinese *solo a costo* di una *sistematica e ben conosciuta* mancata assunzione da parte di quest'ultimi dei costi e delle cautele inerenti agli adeguamenti per la sicurezza del lavoro (oltre che alla regolarizzazione contributiva di manodopera assunta in nero)”. Nella pronuncia si parla di “stabile contributo volontariamente offerto dalle committenti italiane al mantenimento nell'ambito delle aziende terziste delle condizioni di pericolo punite dall'art. 437 c.p.”. Tale condotta viene ritenuta rilevante sia come concorso proprio dell'*intraneus* ex art. 110 c.p. nel reato omissivo imputabile anche all'impresa terzista, sia come concorso morale nel reato di cui all'art. 437 c.p., come “rafforzamento e sostegno all'altrui piano criminoso oggettivamente derivanti dagli stabili e prolungati rapporti di committenza strategicamente protesi a garantire la massimizzazione dei profitti”.

¹¹⁶ G. Tucci, *La giustizia e i diritti degli esclusi*, Napoli, ESI, 2013, 16 ss.

¹¹⁷ A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli “esclusi” nelle attività di impresa*, cit.; Id., *Pratiche commerciali scorrette e forced labour*, in Contr., 2016, 1135 ss.

¹¹⁸ Cfr. D. Danielsen, *Beyond Corporate Governance: Why a New Approach to the Study of Corporate Law Is Needed to Address Global Inequality and Economic Development*, in J. Haskell e U. Mattei (curr.), *Research Handbook on Political Economy and Law*, 1st ed., 2015, Edward Elgar; Du. Kennedy, *African Poverty*, cit.



do così che le esigenze dei mercati finiscano per prevalere e giustificare una compromissione dei diritti sociali.

Accanto ad una fondamentale regolazione di diritto internazionale¹¹⁹, viene allora in rilievo il ruolo del diritto privato che, grazie alla sua flessibilità, può rappresentare lo strumento più idoneo per far fronte alla complessità delle relazioni che si articolano su scala globale, facendosi carico anche dell'esigenza di contrastare condotte *antisociali* e favorire il perseguimento di interessi non solo individuali ma anche generali¹²⁰.

Si tratta di una ricostruzione che potrebbe apparire in contrasto con due preconcetti costanti della riflessione giuridica: da un lato l'idea per cui il diritto privato sarebbe "legal, rational, scientific and individualist", mentre quello pubblico si caratterizzerebbe come "political, arational, arbitrary, and altruist"¹²¹; dall'altro la presunta contrapposizione tra un diritto civile, a tutela della persona, e un diritto della concorrenza, ad esclusivo presidio del mercato¹²².

L'analisi può essere svolta a partire dalla disciplina della concorrenza sleale e, in particolare, dall'art. 2598 c.c. che, in linea con quanto previsto dalla Convenzione d'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, individua alcune fattispecie tipiche e al n. 3 una disposizione residuale, in virtù della quale deve qualificarsi come atto di concorrenza sleale l'utilizzo diretto o indiretto di mezzi non conformi ai principi di correttezza professionale e che sia al tempo stesso idoneo¹²³ a danneggiare l'altrui azienda. Ad essere presa in considerazione è sì

¹¹⁹ In proposito, occorre richiamare l'intensa attività svolta dal Consiglio delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, che nel 2008 ha approvato all'unanimità il quadro operativo elaborato dal Prof. Ruggie, in qualità di Rappresentante speciale per le questioni riguardanti i diritti dell'uomo, le società transnazionali e le altre imprese commerciali. Il *framework*, intitolato "Protect, Respect and Remedy", si basa su tre pilastri: a) *the State duty to protect against human rights abuses by third parties, including business*; b) *the corporate responsibility to respect human rights*; c) *greater access by victims to effective remedy, both judicial and non-judicial*. A questo ha fatto seguito nel 2011 un ulteriore documento, sempre a firma del Prof. Ruggie, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", adottato all'unanimità dal Consiglio delle Nazioni Unite per i Diritti umani nel 2011. Si tratta di 31 principi generali, che fissano regole standard di comportamento in materia di diritti umani, rivolgendosi sia alle imprese che agli Stati. La Commissione europea ha invitato tutti gli Stati Membri a predisporre un Piano d'Azione Nazionale per dare attuazione a tali principi. Con riferimento alla responsabilità delle imprese in materia di diritti umani, si veda F. Marrella, *International Protection of Human Rights and Activities of Transnational Corporations/Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, Leiden-Boston, Massachussets (USA), Brill-Nijhoff, 2017, pp.188 ss.

¹²⁰ P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit.; G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit. Sul ruolo del diritto contrattuale nello spazio globale, si vedano G. Teubner (cur.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1996; G. Alpa, "Europeizzazione" e "globalizzazione" del diritto contrattuale, in ID., *La nobiltà della professione forense*, Bari, Cacucci, 2004, 166 ss.

¹²¹ Du. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, in Eur. Rev. Private L., 2001, 26. Sul punto cfr. P.G. Monateri, *Globalizzazione e diritto europeo dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2007; Id., *Geopolitica del diritto*, cit.; G. Marini, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in Pölemos, 2010, 31 ss.; G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando, 2005.

¹²² Cfr. C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, Giappichelli, 2004.

¹²³ La Corte di Cassazione ha precisato che non è necessario che il danno sia concreto, purché sussista un'idoneità a produrlo, Cassazione civile, sez. I, 2 aprile 1982, n. 2020.



l'attività d'impresa, ma nella sua dimensione relazionale, tenuto conto degli effetti esterni che ne conseguono.

Dato il ruolo dell'interprete nella declinazione delle clausole generali, particolare attenzione merita il concetto di correttezza professionale¹²⁴, sul quale si sono delineate numerose linee interpretative in relazione ai diversi parametri che dovrebbero riempirla di contenuto e che sono stati alternativamente individuati nella legge, nella prassi, nella morale, nell'ordine economico e giuridico, fino a proporre una declinazione etica dei comportamenti degli imprenditori¹²⁵.

La scorrettezza è ravvisata nell'introduzione "di elementi distorsivi del corretto funzionamento del meccanismo selettivo dell'economia di mercato: meccanismo che postula l'osservanza da parte di tutti i concorrenti delle stesse regole che direttamente o indirettamente influiscono sulle condizioni di gara" e che vanno quindi a minare il "*principio di uguaglianza nella disciplina della lotta concorrenziale*"¹²⁶. In tale prospettiva, si ritiene assumano rilievo quelle violazioni che determinano "una diminuzione di costi a beneficio del concorrente che di tale violazione si renda responsabile ed a scapito di quello che invece operi osservando la norma, quelle che impongono dei limiti che gli esercizi commerciali e le attività imprenditoriali in generale devono osservare; e quelle che impongono degli oneri come il munirsi di licenze ed autorizzazioni che di solito hanno un costo in termini di denaro o, comunque, di tempo e di fatica"¹²⁷. Si è sottolineato come il riferimento alla clausola generale di cui al n. 3 dell'art. 2598 c.c. sia particolarmente importante per il fatto di consentire al giudice di introdurre nelle dinamiche concorrenziali un giudizio di valore dotato di una certa autonomia, la cui applicazione, pur poggiando su principi costituzionali, non presuppone la violazione di specifiche norme dell'ordinamento¹²⁸.

Un'analisi della correttezza professionale nella prospettiva dei principi generali dell'ordina-

¹²⁴ La definizione di correttezza professionale viene ricostruita come "morale comune professionale condivisa" e come "fatto consuetudinario nato dalla prassi dell'attività commerciale", da cui si evince "un'etica propria (degli affari), se pure non in contrasto con quella comune, certamente si atteggia in maniera autonoma, legata come è alle dinamiche economiche", P. Marchetti, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in Riv. dir. ind., 1966, 215; M. Libertini, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in Eur. dir. priv., 1999, 509 ss.; L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, in G. Alpa, G. Conte (curr.), *La responsabilità d'impresa*, Milano Giuffrè, 2015, 204 ss., 232 ss.

¹²⁵ L.C. Ubertazzi, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, in Riv. dir. ind., 1975, I, 105 ss.; G. Auletta, *Della concorrenza sleale*, in Scialoja-Branca (cur.), *Commentario al codice civile*, Libro V, artt. 2555-2642, Bologna, 1956; L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit.

¹²⁶ G. Floridia, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, 365-366.

¹²⁷ G. Floridia, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, cit., 365-366.

¹²⁸ Rilevante in proposito l'osservazione di Mengoni per cui "il riferimento ai principi costituzionali come parametri interpretativi della clausola della correttezza e della buona fede ha più un valore retorico-persuasivo che una funzione argomentativa fondante. La norma dell'art. 1175 c.c. esprime già per sé, come proprio "fondamento etico" un dovere di solidarietà tra le parti del rapporto – nel senso specifico di «dovere di ciascuna parte di assicurare l'utilità dell'altra nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico» – senza bisogno di integrarla col dovere sociale di solidarietà umana previsto dalla Costituzione (artt. 2 e 41 comma 2). Cfr. L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in Banca borsa, 1997, 9.

JUS CIVILE



mento, tale da rendere la disciplina della concorrenza coerente con la tutela di interessi generali, può essere ricavata dall'art. 41 della Costituzione, quale specifico paradigma di una interpretazione costituzionalmente orientata¹²⁹. Quest'ultimo, se al primo comma afferma che l'iniziativa economica privata è libera, al secondo esclude che la stessa possa "svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" e stabilisce altresì, al terzo comma, la possibilità per la legge di indirizzare e coordinare l'attività economica, sia pubblica che privata, a fini sociali¹³⁰. Tale disposizione può essere assunta come "valore guida da considerare lesa ogni qualvolta l'equilibrio delle condizioni del mercato venga compromesso fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge, o fuori delle funzioni alle quali le eccezioni stesse debbono rispondere"¹³¹. La sua lettura in combinato disposto con gli articoli 2 e 3 della Costituzione rappresenta la base del concetto generale di "responsabilità sociale d'impresa"¹³² e può costituire un caposaldo essenziale per contrastare condotte contrarie alla dignità e ai diritti fondamentali¹³³.

Secondo questa ricostruzione, si può riflettere sulla possibilità di qualificare come ipotesi di scorrettezza professionale anche il *dumping* sociale o le altre pratiche di deterritorializzazione dell'impresa, con cui l'imprenditore mira a ridurre i costi di produzione, cercando di sottrarsi a quelle "regole che nei paesi più sviluppati garantiscono condizioni di civiltà e di superiore qualità di vita per la collettività (ad es. norme antinquinamento) oppure per i lavoratori (divieto del lavoro minorile, condizioni di sicurezza nei luoghi di lavoro, contributi previdenziali, ecc.), ancorché tali norme si traducano in costi superiori di non lieve entità"¹³⁴.

La questione sembrerebbe porsi nei termini della configurabilità di un illecito ai sensi del n. 3 dell'art. 2598 c.c., come conseguenza della violazione di norme pubblicistiche che, sebbene

¹²⁹ Si veda nota precedente, nonché L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit.

¹³⁰ Si vedano R. Niro, *Art. 41 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (curr.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, 846 ss.; M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011; S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in Eur. dir. priv., 2011, 365 ss.; E. Gliozzi, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale: l'importanza dell'art. 41 della Costituzione*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2016, 767 ss.

¹³¹ Cassazione civ., sez. I, 26 novembre 1997, n. 11859. Più in generale, sul rapporto tra libertà economiche e principi costituzionali si veda P. Barcellona, *Libertà contrattuale*, cit.; Id. *Intervento statale e autonomia privata*, cit.

¹³² Une delle prime puntuali affermazioni della responsabilità sociale d'impresa è quella del Libro Verde del 2001 della Commissione, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM(2001) 366 def., reperibile on line [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_it.pdf). In tale documento viene offerta anche una definizione della responsabilità sociali d'impresa come "integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate". Sebbene la stessa venga declinata nella tendenza ad andare oltre l'adempimento di obblighi giuridici formali emerge dalle sue prime articolazioni una stretta correlazione con il contesto normativo esistente e la sussistenza di un pieno coordinamento con gli obiettivi di profitto. Si veda G. Conte, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, cit., 692 ss.; A. Addante, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, ESI, 2012.

¹³³ S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969; F. Galgano, *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1978, 39.

¹³⁴ G. Floridia, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, cit., 367.



non siano esplicitamente poste a tutela della concorrenza, la coinvolgono indirettamente attraverso l'imposizione agli operatori del mercato dei costi necessari per il rispetto di determinati standard sociali o ambientali¹³⁵. Tuttavia, se la fattispecie appare sufficientemente chiara nel caso di violazione di norme destinate a regolare direttamente il comportamento delle imprese nel mercato o a disciplinare la concorrenza, sembra doversi ritenere necessaria una valutazione del caso concreto a fronte di norme che perseguono scopi estranei al mercato. In questa seconda ipotesi, occorrerà verificare se la violazione della norma pubblicistica sia qualificabile come atto di concorrenza e se risulti contraria ai principi di correttezza professionale¹³⁶.

Sebbene possa ritenersi intuitivo il carattere anticoncorrenziale di chi, attraverso meccanismi di *dumping* sociale, riesce a sottrarsi all'operatività di determinate norme per poi commercializzare i propri prodotti e servizi là dove le stesse sono operative, non può trascurarsi un esame dell'ulteriore presupposto stabilito dal n. 3 dell'art. 2598 c.c. e cioè l'idoneità a danneggiare l'altrui azienda.

Qualsiasi atto di concorrenza sleale deve ritenersi astrattamente idoneo a determinare un danno, da rintracciare in primo luogo nello sviamento della clientela, che tuttavia è al tempo stesso il fine ultimo dell'attività concorrenziale. Affinché si realizzi un'ipotesi di concorrenza sleale è richiesta pertanto una qualificazione più intensa, un'idoneità a pregiudicare il concorrente che deve essere valutata *ex ante* e in concreto¹³⁷.

La difficoltà di dimostrare la connessione tra l'inottemperanza della norma, il vantaggio con-

¹³⁵ A tal proposito, risulta ormai consolidato il principio per cui in ordine alla configurazione di un atto nell'ambito della concorrenza sleale, occorre "distinguere tra norme che pongono dei limiti all'attività imprenditoriale la cui violazione implica un atto contrario ai principi di correttezza professionale e quindi di concorrenza sleale e norme che imponendo dei costi alle imprese operanti sul mercato (quali le disposizioni fiscali, le prescrizioni igienico-sanitarie e quelle norme che subordinano l'esercizio di determinate attività imprenditoriali all'ottenimento di licenze o di autorizzazioni) la cui violazione può essere l'antecedente di un atto di concorrenza o servire a sostenere un ribasso dei prezzi o misure equivalenti, diventando così, la norma di diritto pubblico la fonte di un illecito concorrenziale. L'imprenditore che si duole della condotta del concorrente deve avere la dimostrazione non tanto della violazione di norme amministrative quanto anche del compimento di atti di concorrenza che siano potenzialmente lesivi dei propri diritti, attraverso il malizioso ed artificioso squilibrio delle condizioni di mercato", Tribunale Roma, Sez. Proprietà Industriale e Intellettuale, 11 luglio 2007, in Sez. Spec. P.I. 2008, 1, 262. Emblematico in proposito è il caso UBER, con particolare riferimento al vantaggio competitivo ottenuto nei confronti dei tassisti in ragione della possibilità di non sostenere determinati costi. In proposito, il Tribunale di Torino ha precisato che: "Seppure è vero che la violazione delle norme pubblicistiche non basta da sola a determinare un comportamento di concorrenza sleale, né quest'ultima può essere individuata semplicemente a fronte della determinazione di una diminuzione dell'avviamento altrui o a fronte dell'applicazione di prezzi inferiori da parte del concorrente per il medesimo servizio, è altrettanto vero che la violazione di norme pubblicistiche può avere un effetto distorsivo sul mercato quando è proprio l'omesso rispetto della normativa vincolante di settore che consente al competitor di realizzare risparmi di costo, di semplificare in maniera sostanziale la propria attività organizzativa e di vigilanza e di proporsi sul mercato con prezzi più bassi. Tribunale Torino, Sez. spec. Impresa, 01/03/2017, n. 1553, Massima redazionale, Giuffrè 2017.

¹³⁶ Cfr. P. Auteri, *La concorrenza sleale*, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno, vol. XVIII, Torino, 1983, 416 ss. L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., 244 ss.; L.C. Ubertaini, *Regole pubblicistiche e concorrenza sleale*, in Riv. dir. ind., 2003, 301 ss.

¹³⁷ Cfr. P. Auteri, *La concorrenza sleale*, cit., 367 ss.; L. Nivarra, *Concorrenza sleale e responsabilità d'impresa*, cit., 208 ss.



seguito e il pregiudizio subito dagli altri operatori economici rischia di rendere particolarmente problematica l'applicazione della disposizione¹³⁸. Non sorprende infatti che ad oggi non si registrino significative pronunce giurisprudenziali in cui fenomeni diretti o indiretti di sfruttamento del lavoro o lesione dei diritti fondamentali e della dignità dei dipendenti siano configurati come ipotesi di concorrenza sleale.

Come è stato autorevolmente osservato, laddove tale impostazione si affermasse “un ruolo particolarmente significativo dovrebbe essere attribuito al rilievo dei principi costituzionali, e non solo di quello di uguaglianza, ma anche di quelli in funzione dei quali non deve essere consentito uno svolgimento dell'attività d'impresa che sia in contrasto con l'utilità sociale o che possa mettere in pericolo libertà, dignità e sicurezza degli individui”¹³⁹.

Accanto ai tradizionali strumenti di regolazione, occorre poi riflettere sulla diffusione di fonti di *soft law*¹⁴⁰, cui è ormai affidata una parte consistente della disciplina delle attività d'impresa. Il riferimento è, in particolare, ai codici di condotta¹⁴¹ che contribuiscono, da un lato, ad evitare il ricorso ad azioni giudiziarie o amministrative e, dall'altro, a favorire in via preventiva la diffusione di pratiche imprenditoriali “responsabili”, stabilendo parametri ispirati a valori sociali, in linea con il solco tracciato dall'art. 41 della Costituzione. Si tratta di regole a carattere deontologico, che si esplicano in una “dichiarazione ufficiale dei valori e delle prassi commerciali di un'impresa e, a volte, dei suoi fornitori. Un codice enuncia norme minime e attesta l'impegno preso dall'impresa di osservarle e di farle osservare dai suoi appaltatori, subappaltatori, fornitori e concessionari”¹⁴².

Sempre più incoraggiati anche a livello europeo, i codici di condotta offrono una risposta all'esigenza di prendere in considerazione nell'attività d'impresa non solo le istanze degli *shareholder*, cioè degli azionisti, ma anche quelle dei vari *stakeholder*, e quindi consumatori, società civile, istituzioni pubbliche, potendo tener conto così anche delle conseguenze sociali e ambientali dell'attività d'impresa¹⁴³.

¹³⁸ Con la pronuncia n. 8012 del 2004, la Corte di Cassazione ha precisato che “la violazione delle norme pubbliche è sufficiente ad integrare la fattispecie illecita quando essa è stata causa diretta della diminuzione dell'altrui avviamento ovvero quando essa, di per stessa, anche senza un comportamento di mercato, abbia prodotto il vantaggio concorrenziale che non si sarebbe avuto se la norma fosse stata osservata”; in *Dir. ind.*, 2005, 203.

¹³⁹ G. Floridia, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, cit., 367.

¹⁴⁰ Per un'ampia analisi di tali strumenti di regolazione si vedano i saggi raccolti in A. Somma, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, in particolare, cfr. M.R. Marella, *Metti un po' di softness nell'hard law. A proposito di donne, diritto e nuove forme regolative*, 101 ss.

¹⁴¹ G. Alpa, *Autodisciplina e codici di condotta*, in *Soc. dir.*, 1995, 127 ss.; R. Senigaglia, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 565 ss.; E. Bargelli, *I codici di condotta*, in G. De Cristofaro (cur.), *Le “particelle commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, Torino, Giappichelli, 2007, 26 ss.; F. Criscuolo, *L'autodisciplina: autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, ESI, 2000; F. Marrella, *International Protection of Human Rights and Activities of Transnational Corporations/Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, cit., 224 ss.

¹⁴² Definizione contenuta nell'Allegato A al Libro Verde del 2001 della Commissione.

¹⁴³ G. Conte, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, cit.; Id. *Responsabilità sociale d'impresa*, cit., 791 ss., spec. 812 ss.; M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabi-*



I codici di condotta si configurano come strumenti volontari, elaborati da soggetti, organismi esterni all'impresa o su base negoziata e che dovrebbero porsi in posizione complementare e integrativa dell'impianto normativo esistente, con l'intento di completare o potenziare le tutele in esso previste.

La loro struttura elastica, idonea a modellarsi sulla singola impresa, li rende uno strumento sostenibile, capace di far emergere le esigenze specifiche delle singole sezioni di mercato¹⁴⁴, così come delle relazioni transnazionali e di consentire un costante adeguamento anche in ragione del confronto con altri modelli sociali, a prescindere dai canali istituzionali.

I profili problematici non sono tuttavia pochi e vanno dal rischio che gli stessi assumano una funzione alternativa alle "regole pubbliche"¹⁴⁵, in una prospettiva deregolatoria, alla carenza di effettività, per insufficienza o inidoneità dei meccanismi di controllo e sanzionatori. Anche la direttiva 2005/29/CE¹⁴⁶, che contribuisce in modo significativo ad incentivare tali strumenti, nonostante adotti un approccio di massima armonizzazione, lascia gli Stati membri liberi di decidere se incoraggiare o meno un controllo da parte degli organismi di autodisciplina circa i comportamenti abusivi degli imprenditori. Ciò determina non solo il rischio che i codici si esauriscano in mere declamazioni di principio, ma anche un potenziale disincentivo per le imprese, soprattutto per quelle più piccole, che, in ragione dei costi conseguenti all'adozione di determinati standard, potrebbero temere danni sul piano concorrenziale¹⁴⁷.

Si tratta poi di aspetti che appaiono particolarmente importanti proprio in ragione della natura negoziale di tali strumenti. I codici di condotta si configurano come "un accordo o una normativa che non sia imposta dalle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato membro e che definisce il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tale codice in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici"¹⁴⁸. Gli stessi sono quindi atti di autonomia privata, che per venire in rilievo come fonti di obbligazioni devono essere opportunamente pubblicizzati e corredati da adeguati meccanismi di controllo e implementazione dei principi e delle norme in essi stabiliti¹⁴⁹.

lità sociale dell'impresa, in Orizzonti dir. comm., 2013; K. Rittich, *The Future of Law and Development: Second Generation Reforms and the Incorporation of the Social*, 26 Mich. J. Int'l L. 2004, 199.

¹⁴⁴ Al considerando n. 20 della direttiva 2005/29/CE si fa esplicito riferimento alla specificità dei settori economici in cui i principi della disciplina devono trovare applicazione.

¹⁴⁵ Cfr. A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 37.

¹⁴⁶ Relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

¹⁴⁷ Cfr. M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in Riv. società, 2009, 1 ss.; G. Conte, *Responsabilità sociale d'impresa*, in G. Alpa, G. Conte (curr.), *La responsabilità d'impresa*, cit., 791 ss.

¹⁴⁸ Art. 2, lett. f), Direttiva 2005/29/CE.

¹⁴⁹ R. Senigaglia, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, cit.; A. Perulli, *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, cit.



Dal punto di vista contenutistico, poi, sebbene inizino a diffondersi previsioni normative che richiamano le regole dei codici di condotta¹⁵⁰, non è generalmente prescritto un contenuto minimo, neppure con riferimento alle principali Dichiarazioni internazionali.

Le imprese, d'altro canto, saranno per lo più interessate all'adozione di tali strumenti nella prospettiva di ottenere un vantaggio rispetto agli strumenti di *hard law* e di guadagno in termini reputazionali¹⁵¹, con il rischio che l'interesse economico-individualistico dell'impresa finisca per forzare il perseguimento degli obiettivi sociali, che finiscono così per essere inseriti in una visione neoliberista dell'economia e della società, perdendo il proprio potenziale democratico. Per evitare tale situazione, sarebbe necessario rafforzare la loro collocazione all'interno di una cornice più ampia e, in particolare, nell'ambito dei sistemi regolatori elaborati dall'Ocse (Organisation for Economic Co-operation and Development – Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) e dall'Oil (International Labour Organization – Organizzazione internazionale del Lavoro), che hanno avuto un ruolo fondamentale nella diffusione di condotte imprenditoriali responsabili¹⁵².

4. – Dopo aver considerato la possibilità di veicolare istanze sociali nel mercato attraverso la disciplina degli appalti pubblici e dell'attività d'impresa, merita riflettere sul ruolo dei consumatori nella diffusione di condotte commerciali coerenti con i valori fondamentali fin qui richiamati, quali la tutela dell'ambiente, i diritti dei lavoratori, il rispetto della loro dignità e la sicurezza nei posti di lavoro¹⁵³.

¹⁵⁰ In alcuni casi sono le stesse norme di *hard law* che stabiliscono l'adozione di codici di deontologia o di condotta, come l'art. 12 del d.lgs. n. 196/2003, codice in materia di protezione dei dati personali.

¹⁵¹ Si è sottolineato come l'adozione e l'adeguamento ad un codice etico consentano all'impresa di riscuotere fiducia nel mercato, di ottenere un guadagno sul piano relazionale, tale per cui lo stesso costituirebbe "un valore economico stimabile, un fattore di competitività", suscettibile di contabilizzazione. Cfr. C. Camardi, *A proposito di impresa ed etica, spunti di riflessione su diritto, etica ed economia*, in Cives, 2006, 30; R. Senigaglia, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, cit.; G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in Eur. dir. priv., 2016, 199 ss.; G. Conte, *Responsabilità sociale d'impresa*, cit., 791 ss., spec. 803. Ricorda quest'ultimo che "gli analisti hanno intrapreso ad attribuire uno specifico valore ai comportamenti virtuosi, posti in essere da un'impresa nel contesto sociale ed economico in cui opera, ritenendo che le relazioni positive eventualmente instaurate con gli *stakeholders* costituiscono beni destinati a integrare il patrimonio c.d. "intangibile" dell'azienda".

¹⁵² Cfr. A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 38; Id., *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, in A. Perulli (cur.), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Bologna, Il Mulino, 2013; G. Conte, *Responsabilità sociale d'impresa*, cit., 804 ss.; K. Rittich, *The ILO, Challenges in times of crises*, in Int. lab. rev., 2015, 85 ss. Merita in particolare richiamare le Linee Guida OCSE destinate alle imprese Multinazionali (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011 Edition*) che dedicano particolare attenzione alla trasparenza e divulgazione di informazioni, ai diritti umani, alla tutela dell'ambiente, alla lotta contro la corruzione, alla tutela del consumatore, al trasferimento di tecnologie. Fondamentale è altresì l'impegno dell'OIL, in particolare, la Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale, adottata dal Consiglio di amministrazione dell'Ufficio internazionale del Lavoro nel 1977 e poi aggiornata nel 2000 e nel 2006; tale documento dedica particolare attenzione ai rapporti con i Paesi terzi, soprattutto quelli in via di sviluppo e mira a guidare le imprese, i governi e i lavoratori con riferimento all'occupazione, alle condizioni di lavoro e di vita e alle relazioni industriali.

¹⁵³ L'attenzione per il ruolo dei consumatori emerge anche dal Messaggio di Papa Francesco, pronunciato in oc-



Non si tratta ovviamente di imporre al consumatore un dovere di comportarsi come acquirente equo e solidale¹⁵⁴, il che risulterebbe totalmente in contrasto con il rispetto della sua libertà contrattuale. La questione si pone piuttosto nei termini di una libertà di scelta del consumatore, di un agire consapevole nel mercato che trascende la mera sfera individuale per divenire espressione di interessi generali e limite della libertà economica dell'imprenditore¹⁵⁵.

La possibilità di intraprendere tale percorso argomentativo presuppone il superamento di alcuni concetti o assunti dell'economia classica, primo fra tutti quello del consumatore come *homo oeconomicus*, in quanto tale soggetto razionale ed egoista, portato a compiere scelte di mercato mosso esclusivamente dall'obiettivo di massimizzare il proprio interesse individuale¹⁵⁶. Laddove si volesse declinare la questione in termini di externalità negative dell'attività commerciale, quell'approccio condurrebbe a concludere che il consumatore sia concentrato solo sulle conseguenze che possono avere una ricaduta diretta su di lui, dedicando ad esempio maggiore attenzione agli effetti del mercato sull'ambiente, piuttosto che a quelli che incidono sul piano dei diritti sociali, soprattutto laddove riguardino soggetti "lontani", sia dal punto di vista relazionale che geografico¹⁵⁷. La globalizzazione dei mercati, del resto, ha determinato un allontanamento del singolo dalle dinamiche di produzione dei beni e dei servizi, trasmettendo l'idea di

casi della XLVIII Giornata mondiale della pace del 2015, intitolato "Non più schiavi ma fratelli". In esso vi è una riflessione sullo "sfruttamento dell'uomo da parte dell'uomo", che si esplica nei "molteplici volti della schiavitù ieri e oggi" e di cui sono esempio, tra gli altri, "lavoratori e lavoratrici, anche minori, asserviti nei diversi settori, a livello formale e informale, dal lavoro domestico a quello agricolo, da quello nell'industria manifatturiera a quello minerario, tanto nei Paesi in cui la legislazione del lavoro non è conforme alle norme e agli standard minimi internazionali, quanto, sia pure illegalmente, in quelli la cui legislazione tutela il lavoratore". L'approccio è quello di "un impegno comune per sconfiggere la schiavitù" a fronte di una situazione di "indifferenza generale". Il Pontefice sollecita una partecipazione attiva da parte degli Stati, delle organizzazioni intergovernative, delle organizzazioni della società civile e delle imprese che "hanno il dovere di garantire ai loro impiegati condizioni di lavoro dignitose e stipendi adeguati, ma anche di vigilare affinché forme di asservimento o traffico di persone umane non abbiano luogo nelle catene di distribuzione". Accanto alla responsabilità sociale dell'impresa ravvisa poi una "responsabilità sociale del consumatore" e, richiamando l'Enciclica di Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, del 29 giugno 2009, ricorda come "ciascuna persona dovrebbe avere la consapevolezza che «acquistare è sempre un atto morale, oltre che economico»". Il testo può essere consultato online a: http://w2.vatican.va/content/francesco/it/messages/peace/documents/papa-francesco_20141208_messaggio-xlvi-giornata-mondiale-pace-2015.html, cit. in G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit.

¹⁵⁴ N. Reich, *Il consumatore come cittadino – il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione europea*, in NGCC, 2004, 355; A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit.; G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit. Quest'ultimo A. richiama la Direttiva europea 2011/36/UE in materia di prevenzione e repressione della tratta degli esseri umani, la quale, con riferimento a condotte configurabili come vere e proprie forme di sostegno della schiavitù, ha stabilito all'art. 18 n. 4 la possibilità di punire penalmente non solo la condotta di chi materialmente realizza la tratta di esseri umani, ma anche quella di chi consapevolmente ricorre ai servizi prestati da una persona vittima della stessa.

¹⁵⁵ Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit., 476.

¹⁵⁶ Sottolinea la tendenza ancora diffusa a ridurre la persona "alla sola dimensione della produzione e del consumo, dunque al mercato", nella prospettiva dell'*homo oeconomicus*, S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 151-152; A. Somma, *Il diritto dei consumatori è un diritto dell'impresa*, in Pol. dir., 1998, 679 ss.

¹⁵⁷ Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit., 475.



un'irrelevanza dei processi che vi sono alla base e alimentando indifferenza/ignoranza rispetto ai salari o alle condizioni dei lavoratori.

Detta prospettiva sembrerebbe condurre alla conclusione inevitabile dell'impossibilità di individuare strumenti di contrasto al *dumping* sociale nell'ambito del diritto dei consumi, posto che lo stesso non solo non determina per il consumatore ordinario delle conseguenze negative dirette, ma gli garantisce anzi un risparmio economico¹⁵⁸.

A partire da riflessioni come quelle di Karl Polanyi¹⁵⁹ o, in termini differenti, di Elinor Ostrom¹⁶⁰, sembra ormai pacificamente accolta l'idea che il singolo, al contrario dell'impresa, non agisca sulla base di spinte esclusivamente economiche e che ciascun comportamento sia piuttosto determinato da una pluralità di condizioni e dal sovrapporsi di molteplici istanze, tra le quali non necessariamente devono ritenersi ultime quelle altruistiche e cooperative¹⁶¹.

Anche alla luce delle analisi di mercato e di alcune vicende, come la lotta contro il lavoro infantile nelle produzioni di cacao, si è avuta prova del fatto che il consumatore sia mosso anche da valori etici/sociali che esulano da interessi strettamente economici e, al tempo stesso, del ruolo fondamentale che la società civile può svolgere nel condizionare processi produttivi e strategie d'impresa¹⁶². Non è un caso allora che di recente gli operai tessili di un *brand* di successo, che distribuisce abiti *low cost* in tutta Europa, abbiano deciso di denunciare la propria condizione di lavoro sottopagato affidando il loro messaggio ad etichette cucite all'interno dei vestiti,

¹⁵⁸ G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit.

¹⁵⁹ K. Polanyi, *La sussistenza dell'uomo. Il ruolo dell'economia nelle società antiche*, a cura di H.W. Pearson, Torino, Einaudi, 1983; Id., *Per un nuovo Occidente. Scritti 1919-1958*, a cura di G. Resta e M. Catanzariti, Milano, Il Saggiatore, 2013.

¹⁶⁰ E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 (trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006).

¹⁶¹ M.R. Marella, S. Catanossi, *Il contratto e il mercato sono maschili? Teorie de-generi intorno al consenso contrattuale*, cit. Per un'analisi generale nell'ambito dei *critical legal studies*, Du. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law*, cit.; Id., *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*, in P. Newman (cur.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, Macmillan, 1998, 465-474. Nell'analisi economica, A. Sen, *On Ethics and Economics*, Oxford-New York, Basil Blackwell, 1987 (trad. it., *Etica ed economia*, Roma-Bari, Laterza, 2002); B.S. Frey, *Not Just, for the Money. An economic Theory of Personal Motivation*, Cheltenham, UK-Brookfield, US, 1997 (trad. it. *Non solo per denaro. Le motivazioni disinteressate dell'agire economico*, Milano, Mondadori, 2005).

¹⁶² I dati più rilevanti attengono ai profili ambientali. Secondo il 9° Rapporto dell'Osservatorio sull'Innovazione a Sostenibilità della produzione agricola realizzato da Agri2000 nel 2015, le scelte dei consumatori italiani non si basano più solamente sui parametri della qualità e del prezzo, ma tengono conto anche degli aspetti ambientali e di quelli socioeconomici, come la salvaguardia dell'ambiente, la tutela della biodiversità, del paesaggio, dei lavoratori e delle comunità rurali. Non sembrano esservi ragioni di particolare rilievo per escludere che una corretta conoscenza delle condizioni di lavoro e salariali di chi si trova alle basi della catena di produzione possa influire in modo determinante sulle scelte d'acquisto. Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, op cit.; G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit.; F. Buccellato, *Verso "Roma, 9 maggio 2014 – Impresa e Forced Labour"*, cit., 204. L'idea della società civile come "contro-potere al capitale" e del consumatore informato, posto nella condizione di poter dire "no", come potenziale "arma letale" è espressa nel manifesto sul cosmopolitismo di U. Beck, *Ein neuer Kosmopolitismus liegt in der Luft*, in *Literaturen*, 11, 2007 (trad. it. *Sette tesi contro l'uomo globale*, in *Corriere della Sera*, 7 dicembre 2007).



confidando evidentemente nel potere d'influenza dei consumatori, se solo opportunamente informati¹⁶³.

Un'ulteriore analisi potrebbe allora essere condotta a partire dalla riconsiderazione del consumatore, non più come mero destinatario di un prodotto, ma come parte attiva dei processi che vi sono alla base¹⁶⁴. Ciò significa porlo non solo nella condizione di rifiutare l'acquisto dei beni che derivano da una catena di produzione o distribuzione che presuppone implicazioni negative sotto il profilo etico, ma consentirgli di operare una vera e propria valutazione economica, di compiere scelte d'acquisto basate su una piena consapevolezza del costo effettivo di beni e servizi, comprensivo delle esternalità negative, relative all'impatto sociale o ambientale della produzione¹⁶⁵. In tal modo, il consumatore avrebbe la possibilità di compiere scelte coerenti con i propri valori, la propria etica e di agire come soggetto socialmente responsabile¹⁶⁶, fino a divenire un potenziale agente di esportazione della democrazia economica¹⁶⁷. La concezione dei consumatori come soggetti relazionali, mossi anche da uno spirito di socialità e di solidarietà, consente di ipotizzare che gli stessi siano disposti a sostenere costi ulteriori, purché destinati a compensare gli effetti negativi connessi alla produzione e diffusione di beni o servizi¹⁶⁸.

In posizione di complementarità rispetto alla responsabilità sociale d'impresa può essere utile allora richiamare la normativa consumeristica, con specifico riferimento agli obblighi di informazione e trasparenza, alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori¹⁶⁹ e alla pubblicità ingannevole¹⁷⁰.

Del resto, in dottrina è diffusa la tesi per cui la *ratio* sottesa alla tutela del consumatore e alla previsione di obblighi informativi debba essere rintracciata nella volontà di operare un controllo sulla produzione e sulla selezione degli attori economici¹⁷¹.

¹⁶³ Il riferimento è alla notizia riportata il 3 novembre 2017 di alcuni acquirenti di noti marchi low cost, che avrebbero trovato all'interno dei capi d'abbigliamento delle etichette con scritto: "I made this item you are going to buy, but I didn't get paid for it". La notizia è stata diffusa dall'Associated Press e poi ampiamente riportata dalla stampa nazionale e internazionale, <https://apnews.com/e41d4976b67f4616be772b118a9cb947>.

¹⁶⁴ E. Rosser, *Poverty Offsetting*, in 6 Harv. L. & Pol'y Rev., 2012.

¹⁶⁵ Si tratterebbe ad esempio della possibilità di tener conto, in modo virtuale o effettivo, del salario che sarebbe dovuto al lavoratore e non quello "di povertà" effettivamente corrisposto e rendere quindi possibile una compensazione tra i consumi e gli effetti che gli stessi hanno prodotto rispetto alla condizione di povertà del lavoratore. Cfr. E. Rosser, *Poverty Offsetting*, cit.; F. Denozza, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, cit. XXXVIII ss.

¹⁶⁶ F. Gesuadi, *Manuale per un consumo responsabile. Dal boicottaggio al commercio equo e solidale*, Feltrinelli 2002; L. Becchetti, *Il consumo socialmente responsabile nei mercati globalizzati*, in Cons. dir. e merc., 2006, 119.

¹⁶⁷ A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit., 101 ss.

¹⁶⁸ E. Rosser, *Poverty Offsetting*, cit.

¹⁶⁹ Il codice del consumo è stato modificato in tal senso dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, intitolato *Attuazione della direttiva 05/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 02/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 06/2004*.

¹⁷⁰ Sul punto, il codice del consumo è stato modificato dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145, intitolato *Attuazione dell'art. 14 della direttiva 05/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole*.

¹⁷¹ C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in Eur. dir. priv., 2001, 725 ss.



A tal fine, viene in rilievo in primo luogo il codice del consumo, che fissa all'art. 2 c. 2, lett. c) il diritto dei consumatori a un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità.

Come è noto, il legislatore europeo e, sulla sua scia, quello italiano hanno dedicato molta attenzione all'esigenza di far fronte allo strutturale *gap* informativo tra consumatore e professionista, considerato come uno degli aspetti maggiormente rilevanti in termini di disparità di potere contrattuale e da cui deriva l'accezione del consumatore come "contraente debole"¹⁷².

Così, man mano che i mercati hanno assunto una dimensione globale e si è imposto in modo preponderante l'utilizzo delle nuove tecnologie, sempre più dettagliata è divenuta la normativa in tema di oneri informativi, il cui contenuto essenziale viene individuato dal codice del consumo nella sicurezza, nella composizione e qualità dei prodotti e dei servizi¹⁷³, profili, come è evidente, strettamente inerenti alla valutazione economica degli stessi.

Particolarmente dettagliata sul punto è la Direttiva 2011/83/UE¹⁷⁴, che elenca le informazioni¹⁷⁵ che devono essere necessariamente fornite al consumatore affinché possa avere una visione completa, trasparente e comprensibile, in funzione della libera formazione del consenso e della corretta gestione del rapporto contrattuale.

Se non vi è ragione per ritenere che la tutela informativa debba assumere esclusivamente una dimensione economica¹⁷⁶, è però vero che nessuna disposizione impone ad oggi precisi oneri con riferimento ai metodi di produzione, tali da consentire una valutazione in termini di sostenibilità sociale o ambientale.

Questi elementi possono tuttavia venire in rilievo come pratica commerciale scorretta in relazione alla completezza o alla veridicità dell'informazione.

¹⁷² Con riferimento agli interventi normativi volti a riequilibrare le posizioni contrattuali nella prospettiva di un esercizio effettivo delle libertà individuali, si veda F. Santoro-Passarelli, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, Jovene, 1961; P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata*, cit.; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit. Sostiene invece Roppo che le asimmetrie su cui si basa la debolezza del consumatore non siano quelle informative, ma quelle di potere contrattuale determinate dalla differente posizione nel mercato, V. Roppo, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, cit., 142. In proposito svolge un'ulteriore distinzione Denozza, il quale contrappone un'interpretazione efficientistica della disciplina a una moralistica. La prima si incentrerebbe soprattutto sulla nozione di asimmetrie informative e sull'esigenza di far fronte alle *market failures*, mentre la seconda sulla condizione di debolezza e quindi sull'obiettivo di neutralizzare la disparità di potere a tutela della libertà e dell'eguaglianza dei soggetti. F. Denozza, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit.

¹⁷³ Art. 5 c. 2 codice del consumo.

¹⁷⁴ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 "sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio".

¹⁷⁵ All'art. 5 c. 1, vengono prese in considerazione a) le caratteristiche principali dei beni e dei servizi, b) identità del professionista, c) prezzo, comprensivo tutti i possibili costi accessori, d) modalità di pagamento, consegna ed esecuzione, e) garanzia, f) durata del contratto e condizioni di risoluzione, g) contenuto digitale, h) interoperabilità pertinente al contenuto digitale. Tali indicazioni risultano ulteriormente arricchite dall'art. 6 con riferimento ai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali.

¹⁷⁶ G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit.



In proposito, la direttiva 2005/29/CE e poi il codice del consumo¹⁷⁷ hanno previsto un generale divieto di pratiche commerciali sleali, definite come “contrari[e] alle norme di diligenza professionale”, e che falsano o sono idonee a falsare “in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio”¹⁷⁸, idonee cioè “ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”¹⁷⁹. Si tratta di condotte significative per i condizionamenti che producono rispetto alla libera scelta del consumatore, a prescindere dal carattere intenzionale o meno di chi le pone in essere.

Le pratiche sleali sono in quanto tali illecite, con conseguente possibilità di ottenere un ordine di cessazione e rimozione degli effetti¹⁸⁰. La “tutela amministrativa e giurisdizionale” si incentra in primo luogo sui poteri che l’art. 27 cod. cons. attribuisce all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, la quale può intervenire, sia d’ufficio che su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, al fine di inibire le pratiche commerciali scorrette e rimuoverne gli effetti, oltre alla possibilità di comminare sanzioni amministrative pecuniarie e, in caso di reiterata inottemperanza ai provvedimenti autoritativi, disporre la sospensione dell’attività d’impresa; ciò senza pregiudizio delle azioni civili, penali o amministrative¹⁸¹.

Sebbene la maggior parte delle ipotesi contemplate dalla normativa in esame e, in particolare, l’ottavo considerando della direttiva del 2005¹⁸² attribuiscano rilevanza prevalente agli interessi prettamente economici dei consumatori e alle informazioni inerenti al nucleo essenziale

¹⁷⁷ Recependo la direttiva 2005/29/CE, il d.lgs. n. 146 del 2007 ha riformato il capo II, artt. 20-27 del codice del consumo. Si veda G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d’impresa*, cit., 253 ss.

¹⁷⁸ Art. 5 direttiva 2005/29/CE e art. 20 cod. cons.

¹⁷⁹ Definizione offerta dall’art. 2 lett e) della direttiva 2005/29 CE e dall’art. 18 lett. e) cod. cons.

¹⁸⁰ E. Minervini, L. Rossi Carleo (curr.), *Le pratiche commerciali sleali – Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2007; C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, Cedam, Padova 2010, 357-381; G. De Cristofaro (cur.), *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2007. Si tratta di una tutela che comunque lascia dei profili di incertezza e contraddizione rispetto all’obiettivo dichiarato di tutela del consumatore in considerazione dell’assenza di una posizione chiara circa le sorti del contratto concluso a fronte di pratiche commerciali scorrette e di un tendenziale favor per la conservazione del vincolo contrattuale cfr. G. D’Amico, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in Contr., 2012, 977 ss.; A. Fachechi, *La pubblicità, le pratiche commerciali e le altre comunicazioni*, in G. Recinto, L. Mezzasoma, S. Cherti, *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, ESI, 2014, 81 ss.; G.A. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, Cedam, 2016, 268 ss.

¹⁸¹ Cfr. G. Tucci, *Nuove schiavitù e mercato globale*, cit., 41-42; G. De Cristofaro, *Pratiche commerciali scorrette e responsabilità d’impresa*, cit., 308 ss.; A. Genovese, *L’enforcement e le tutele*, in A. Genovese (cur.), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, Cedam, 2008, 209 ss.

¹⁸² “La presente direttiva tutela direttamente gli interessi economici dei consumatori dalle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. Essa, quindi, tutela indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole previste dalla presente direttiva e, pertanto, garantisce nel settore da essa coordinato una concorrenza leale. Resta inteso che esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti”.



dell'obbligazione, occorre chiedersi se vi sia la possibilità di attribuire una valenza ingannevole anche all'informazione diretta a nascondere o alterare indicazioni relative alla correlazione tra la produzione di beni e servizi e la perpetrazione di gravi violazioni sul piano dei diritti sociali¹⁸³.

Perché una determinata condotta sia configurata come sleale, posta la possibilità per il giudice di considerarla tale in ragione del carattere ingannevole (artt. 6 e 7 dir. 2005/29/CE e artt. 21-23 cod. cons.)¹⁸⁴ o in quanto aggressiva (artt. 8 e 9 dir. 2005/29/CE e artt. 24-26 cod. cons.)¹⁸⁵, è stato predisposto un elenco di pratiche commerciali ritenute in ogni caso sleali. Tra queste, ai fini della presente analisi è sicuramente degna di nota la previsione di affermazioni non corrispondenti al vero in merito all'adesione ad un codice di condotta, l'esibizione non autorizzata di un marchio di fiducia, di qualità o equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione o la falsa dichiarazione che il codice di condotta abbia ricevuto l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura¹⁸⁶.

Quanto all'inottemperanza del codice di condotta, perché si configuri una pratica commerciale sleale è essenziale che lo stesso sia stato idoneamente pubblicizzato, che sia stato delineato un impegno "fermo e verificabile" e che vi sia una chiara manifestazione dell'intento di vincolarsi al rispetto dello stesso¹⁸⁷.

Come emerge dalle disposizioni richiamate, tuttavia, viene preso in considerazione l'uso ingannevole dei codici, ma non vi è una specifica previsione in termini di pratiche commerciali sleali con riferimento al contenuto degli stessi e quindi in caso di violazione o mancata corrispondenza al vero delle norme che ne fanno parte¹⁸⁸.

¹⁸³ A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit.; Id., *Pratiche commerciali scorrette e forced labour*, cit.

¹⁸⁴ L'art. 21, comma 1 cod. cons. definisce ingannevole "una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più [elementi essenziali dell'operazione economica] e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso". Ai sensi dell'art. 22 commi 1 e 2 è considerata altresì ingannevole "una pratica commerciale che [...] omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale" nonché "quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti [...] o non indica l'intento commerciale della pratica stessa" e, in entrambi i casi se "induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso"; cfr. R. Calvo, *Le azioni e le omissioni ingannevoli, il problema della loro sistemazione del diritto patrimoniale comune*, in Contr. impr. eur., 2007, 74 ss.

¹⁸⁵ L'art. 24 comma 1 cod. cons. definisce aggressiva "una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

¹⁸⁶ Art. 21 comma 2, lett. a), b) e c) d.lgs. 206/2005. Sempre più spesso le imprese ricorrono alla menzione del marchio "fair trade", con frequenti casi di utilizzo abusivo dello stesso. Noto è il caso di Victoria's Secret, nei confronti della quale è stata sporta denuncia nel 2008 per accertata violazione dei diritti umani e sfruttamento del lavoro minorile in Burkina Faso. Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit., nt. 65.

¹⁸⁷ Art. 21 comma 2 lett b) cod. cons. cfr. A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit.

¹⁸⁸ L. Bussoli, *Responsabilità sociale, codici di condotta e pratiche commerciali sleali*, in A Perulli (cur.), cit., 162.



Benché non sia di immediata percezione, l'inserimento falso o incompleto di clausole sociali nei codici di condotta potrebbe essere fatto valere in termini di pratiche commerciali sleali a partire dall'art. 6 comma 1, lett. b) della direttiva 2005/29/CE¹⁸⁹ e quindi in relazione alle informazioni concernenti le caratteristiche principali del prodotto, tra le quali, tra l'altro, è espressamente contemplato il metodo di fabbricazione.

Discorso analogo potrebbe essere condotto con riferimento all'adozione di tecniche pubblicitarie che richiama un comportamento etico dell'impresa senza che vi sia alcun impegno formale in tal senso e, in particolare, ai sistemi di etichettatura dei prodotti, soprattutto a fronte del crescente ricorso a marchi sociali o a diciture come *slave free* o *fair trade*.

L'etichettatura rappresenta del resto uno dei principali strumenti attraverso i quali garantire una maggiore consapevolezza dei consumatori; una disciplina specifica in tal senso è stata detta sia nell'ambito della normativa sugli appalti pubblici¹⁹⁰, sia nel Libro Verde del 2001 sulla responsabilità sociale d'impresa¹⁹¹, in cui si è sottolineata la crescente richiesta da parte dei consumatori di prodotti non solo corretti e sicuri, ma anche fabbricati secondo criteri socialmente responsabili¹⁹². Tuttavia, si ravvisa la carenza di trasparenza e di verifiche indipendenti, accentuata tra l'altro dall'impossibilità di avere un riscontro diretto di tali caratteristiche attraverso il prodotto stesso, nonché il rischio di una scarsa efficacia in ragione della pluralità dei criteri utilizzati. Perché i sistemi di etichettatura costituiscano un incentivo in senso sociale e non perdano di significato, viene ravvisata allora la necessità di assicurare sistemi di informazione e sensibilizzazione sui temi delle condizioni di lavoro, promuovere le migliori prassi attraverso la sponsorizzazione di premi alle imprese, facilitare lo sviluppo delle *partnership* coinvolgenti tutti i soggetti che hanno un interesse nell'impresa, lo sviluppo di standard di etichettatura sociale e il ricorso a forniture pubbliche e a incentivi fiscali nella promozione di prodotti etichettati.

Anche l'Oil ha ravvisato nelle etichettature un importante strumento in senso sociale, sollecitando a tal fine la creazione di un sistema di certificazione idoneo a garantire il rispetto dei principi affermati nella Dichiarazione sui diritti sociali fondamentali del 1998¹⁹³.

¹⁸⁹ Analogamente, l'art. 21 comma 2 lettera b, cod. cons., da considerare in relazione all'art. 27 *bis*.

¹⁹⁰ Art. 43 Direttiva 2014/24/UE e art. 69 d.lgs.n. 50/2016. Le etichettature vengono disciplinate quali mezzi di prova della conformità a determinate caratteristiche richieste. È necessario che le stesse rispettino tuttavia determinate condizioni: a) i requisiti per l'etichettatura riguardino soltanto i criteri connessi all'oggetto del contratto e siano idonei a definire le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell'appalto; b) i requisiti per l'etichettatura siano basati su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori; c) le etichettature siano stabilite nel quadro di un processo aperto e trasparente al quale possano partecipare tutte le parti interessate, compresi gli enti governativi, i consumatori, le parti sociali, i produttori, i distributori e le organizzazioni non governative; d) le etichettature siano accessibili a tutte le parti interessate; e) i requisiti per l'etichettatura siano stabiliti da terzi sui quali l'operatore economico che richiede l'etichettatura non può esercitare un'influenza determinante.

¹⁹¹ Libro Verde, COM (2001) 366 def.

¹⁹² Fonte: MORI 2000, cit. in Libro Verde COM (2001) 366 def.

¹⁹³ Cfr. A. Perulli, *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, cit., 67 ss.; Id., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 36 ss.



A fronte di una crescente attenzione del pubblico e di una conseguente diffusione di indicazioni relative al rispetto di criteri sociali e ambientali, sarebbe allora auspicabile una loro regolamentazione anche nell'ambito della contrattazione privata, al fine di prevenire abusi e di poterle annoverare in modo chiaro tra quelle rilevanti ai fini della corretta informazione del consumatore¹⁹⁴.

Anche in questo caso, non mancano tuttavia delle criticità. Se la diffusione di informazioni può divenire il veicolo per l'affermazione di comportamenti etici all'interno del mercato, occorre considerare chi subisce il conseguente incremento dei costi dei prodotti: certamente saranno coinvolti i consumatori, i quali se da un lato, come si è detto, saranno posti nella condizione di operare scelte consapevoli, rischieranno al tempo stesso di essere estromessi dal mercato laddove ragioni di debolezza economica non consentano loro di operare in senso etico¹⁹⁵. Come è stato puntualmente sottolineato, al fine di evitare che la parte forte trasferisca su quella debole i costi delle politiche sociali, è essenziale che il perseguimento di tali obiettivi attraverso il diritto privato sia accompagnato da una regolamentazione dei prezzi¹⁹⁶. Al tempo stesso e con tratti ben più allarmanti, il rischio è che si realizzino fenomeni di *cross-subsidy* e che a subirne i maggiori pregiudizi siano gli stessi lavoratori che si vorrebbero tutelare, o almeno, tra di essi, quelli che compongono le fasce più deboli. L'incremento dei costi dell'impresa o della responsabilità del venditore tenderà a favorire il progressivo rafforzamento della grande distribuzione a scapito della piccola, l'esclusione di ogni protezione per chi svolge la propria attività nel lavoro "nero" e una generale riduzione di tutele per chi ha maggiore difficoltà ad inserirsi nei circuiti lavorativi convenzionali, senza rientrare quindi appieno nelle vesti del lavoratore salariato¹⁹⁷. Si tratta di profili complessi, la soluzione dei quali presuppone una riflessione che dal punto di vista giuridico si avvii in primo luogo al superamento della dicotomia pubblico/privato¹⁹⁸.

5. – Dall'analisi svolta emerge l'importanza fondamentale di una maggiore consapevolezza da parte degli attori commerciali, imprenditori e consumatori, circa la loro responsabilità sociale e la necessità di tener conto delle conseguenze delle loro scelte economiche, da diffondere attraverso i diversi strumenti che il diritto può mettere in campo in questi casi.

Sia la disciplina della responsabilità sociale d'impresa, che quella in materia di obblighi informativi a favore dei consumatori si prestano ad una duplice lettura. Da un lato, può certo riscontrarsi un tipo di normativa capace di superare gli interessi strettamente individuali, di farsi

¹⁹⁴ Cfr. A. Addante, *La tutela dei diritti fondamentali degli "esclusi" nelle attività di impresa*, cit.

¹⁹⁵ G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, cit.

¹⁹⁶ Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto private europeo*, cit., 222 ss.

¹⁹⁷ Du. Kennedy, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto private europeo*, cit., 222 ss.; L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione politiche di welfare negli USA*, cit.; A. Somma, *Introduzione al diritto europeo dei contratti*, cit.

¹⁹⁸ Du. Kennedy, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, 130 U. Pa L. Rev, 1982, 1349.



carico di istanze altre rispetto alla tutela dell'autonomia privata e della libertà contrattuale dei singoli individui, di offrire una visione complessa delle relazioni del mercato globale; dall'altro, però, non può trascurarsi un approccio fortemente incentrato sul piano economico e concorrenziale, nell'ambito del quale, come si è detto, il perseguimento di istanze sociali finisce per assumere una rilevanza meramente strumentale. Anche l'adozione dei codici di condotta o il rispetto delle clausole sociali si prestano a divenire elementi di natura meramente patrimoniale¹⁹⁹, con il rischio di restare confinati a scelte estemporanee dei singoli imprenditori e di rinunciare alla loro potenziale aspirazione democratica e all'opportunità per l'impresa di porsi non solo come attore del mercato ma anche come soggetto politico²⁰⁰.

Il discorso è analogo a quello già ampiamente svolto in dottrina con riferimento alla disciplina a tutela del consumatore: sebbene numerosi autori non abbiano mancato di sottolineare l'importanza che con essa ha assunto il concetto di debolezza e l'idea di una normativa posta a difesa della parte svantaggiata, nella prassi la stessa si è rivelata ben lontana dal conseguimento di una tutela del consumatore come persona, secondo una prospettiva redistributiva o di giustizia sociale²⁰¹. La sua elaborazione nell'ambito delle coordinate dell'economia sociale di mercato, del resto, non poteva che determinarne una funzionalizzazione (se non strumentalizzazione) rispetto alle esigenze del mercato e ai meccanismi della concorrenza, i principali obiettivi su cui si è strutturato il diritto privato europeo²⁰².

Ciò non esclude che in un caso come nell'altro possano aversi effetti positivi più generali e, eventualmente, anche sociali, ma si tratterà per lo più di esiti indiretti, senza considerare altresì che il tentativo di ricondurre istanze sociali e, in particolare, la lotta alla povertà nell'ambito delle dinamiche della concorrenza e del libero mercato rischia di riprodurre quell'appiattimento del soggetto di cui si è parlato in apertura, trascurando le diseguaglianze di classe, di razza, di genere che impongono in primo luogo una riflessione in termini di potere e di opportunità²⁰³.

¹⁹⁹ R. Senigaglia, *La vincolatività dei codici etici: ossimoro o sineddoche?*, cit.

²⁰⁰ A. Perulli, *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, cit.

²⁰¹ Cfr. M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in A. Somma, C. Amodio (cur.) *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2007, 67 ss.; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit.; Id. *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, cit. Riconosce invece la rilevanza del consumatore come persona, tutelato anche sotto il profilo della dignità A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in Riv. dir. civ., 2008, 515 ss.

²⁰² C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, cit., 703 ss. Sottolinea l'A. come gli obblighi conoscitivi a favore del consumatore, così come la peculiare disciplina del recesso finiscano certamente per porsi come prerogative del "contraente debole", ma finalizzate a una selezione premiale delle imprese e quindi strumentale al pieno esplicarsi delle dinamiche della concorrenza. Per questo un'attenzione del legislatore diretta più alla procedura di formazione che al contenuto del contratto. Analoga la posizione di R. Alessi, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in Id. (cur.), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, 157 ss. e, nello stesso testo, C. Castronovo, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?*

²⁰³ L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit., 388-390.



Come rilevato da Rodotà, il timore è quello dell'affermazione di un rapporto sempre più ambiguo tra libertà economiche da un lato e principi e diritti fondamentali dall'altro. Nel richiamare i decreti legge n. 138 del 13 agosto 2011 e n. 1 del 24 gennaio 2012 in materia di spesa pubblica, l'uno relativo a "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo" e l'altro inerente "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", Egli sottolineava come entrambi siano volti ad affermare la più elevata tutela della libertà di iniziativa economica, con il rischio di degradare "a meri ed eventuali limiti quelli che, invece, sono principi davvero fondativi, che nell'art. 41 si chiamano sicurezza, libertà, dignità umana [...] quei principi che definiscono il contesto all'interno del quale l'iniziativa economica privata può svolgersi legittimamente, connettendo inoltre le disposizioni della seconda parte della Costituzione sui rapporti economici con quanto detto nella prima, quella dei principi fondamentali e dei rapporti civili"²⁰⁴.

A fronte degli attuali processi economici e sociali sorge l'interrogativo e la sfida che qualche anno fa poneva lo stesso Autore in una sua dichiarata "apologia dei diritti": "*Globalizzazione attraverso il mercato o attraverso i diritti?*"²⁰⁵. La crisi economica ha confermato, qualora ve ne fosse ancora bisogno, l'evidente incapacità dei meccanismi del mercato di autoregolarsi, di perseguire l'interesse individuale garantendo al tempo stesso la tutela di quelli generali e il raggiungimento di uno sviluppo sostenibile. Spostando la prospettiva d'analisi dal mercato alla persona, può realizzarsi il passaggio da una globalizzazione fondata sull'efficienza economica, sul valore regolatorio della concorrenza, a una globalizzazione basata sul riconoscimento dell'uguaglianza, della dignità, della solidarietà²⁰⁶.

In tale prospettiva, la possibilità di analizzare la povertà e le disuguaglianze nell'ambito del diritto privato, oltre una prospettiva settoriale e/o rimediale, presuppone la necessità di guardare alle sue regole come strumenti non puramente tecnici da applicare acriticamente al caso di specie, ma dotati di una valenza politica, idonei ad incidere sulla distribuzione non solo o non tanto delle risorse, ma in primo luogo dei poteri, a partire dagli interessi coinvolti e dal modo in cui gli stessi risulteranno composti alla luce del loro intervento²⁰⁷. A venire in rilievo sono in primo

²⁰⁴ S. Rodotà, *Editoriale*, cit., 2012, 5.

²⁰⁵ S. Rodotà, I nuovi diritti che hanno cambiato il mondo, *La Repubblica*, 26.10.2004.

²⁰⁶ Si veda A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., 18; K. Rittich, *The Future of Law and Development: Second Generation Reforms and the Incorporation of the Social*, 26 Mich. J. Int'l L. 199, 2004; E. Gliozzi, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale: l'importanza dell'art. 41 della Costituzione*, cit.; G. Marini, *"Globalizzazione attraverso i diritti" e metamorfosi del diritto comparato*, cit.; G. Capuzzo, *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto. Ascesa e declino di un paradigma*, cit., 333 ss. il quale sottolinea come non possano tuttavia trascurarsi alcune criticità del discorso sui diritti umani, soprattutto nel momento in cui viene presa in considerazione la prospettiva transnazionale, con il coinvolgimento di Paesi lontani dalla tradizione giuridica occidentale. Il riferimento è alla possibilità degli stessi di assumere una valenza ideologica e di divenire il parametro di una valutazione etica degli ordinamenti.

²⁰⁷ L.A. Williams, *Per una ridefinizione del discorso sulla redistribuzione: mercato del lavoro, famiglia, immigrazione e politiche di welfare negli USA*, cit.



luogo le *background rules*, quelle in grado di incidere sulle posizioni reciproche delle parti contrattuali a partire dalle loro caratteristiche concrete, configurando anche il contratto come uno strumento idoneo a veicolare valori sociali e a perseguire effetti redistributivi.

Occorre focalizzare l'attenzione sulle regole generali del diritto dei contratti, quelle che disciplinano il comportamento delle parti nella fase della contrattazione e il rapporto tra le stesse una volta che l'accordo è stato raggiunto, come ad esempio quelle inerenti alla risoluzione del contratto o agli obblighi delle parti o ai poteri conseguenti al trasferimento di diritti, tenendo conto, secondo le tesi di Hale e degli altri giusrealisti statunitensi, che attraverso la definizione di diritti, responsabilità, immunità e privilegi si operano delle scelte non meramente tecniche, ma si definisce il potere di alcuni a scapito di altri²⁰⁸.

È per questo allora che una rilettura di tali discipline alla luce dei principi costituzionali può condurre ad una ridefinizione delle posizioni di forza e delle relazioni economiche²⁰⁹. Emergono così le profonde implicazioni pubblicistiche del diritto dei contratti: dall'accesso alle risorse, alla implementazione di condizioni di dignità ed eguaglianza, fino alla garanzia della piena e attiva partecipazione alla vita sociale. Come ha ricordato Rodotà, del resto, il compito degli studiosi di diritto civile dovrebbe essere proprio quello di "incidere sulla interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che disciplinano istituti fondamentali, come la proprietà e il contratto", senza limitarsi a constatare "l'espansione della normativa infracostituzionale di tipo privatistico"²¹⁰.

²⁰⁸ R. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 Pol. Sci. Quar., 1923, 470-478.

²⁰⁹ Essenziale in tale prospettiva è stato, già a partire dagli anni '70, il contributo di Stefano Rodotà, che in tempi recenti era tornato a sollecitare una maggiore consapevolezza degli studiosi del diritto civile, affinché prestino "adeguata attenzione al nuovo contesto delineato dalla «rilettura» della Costituzione in materia economica e dai nuovi rapporti tra contratto e legge che emergono dalla legislazione recente", S. Rodotà, *Editoriale*, cit., 2012, 3.

²¹⁰ S. Rodotà, *Editoriale*, cit., 2012, 5 e 3.



CIRCOLAZIONE DEL DIRITTO DI SOPRAELEVAZIONE NEL CONDOMINIO E RIFLESSI IN TEMA DI PRESCRIZIONE E PUBBLICITÀ IMMOBILIARE *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'attribuzione, del diritto di sopraelevare, a soggetto diverso da quelli previsti dalla legge, contenuta nel titolo del condominio. – 3. L'alienazione, del diritto di sopraelevare, a soggetto diverso da quelli previsti dalla legge, fatta dal titolare dello stesso. – 4. Gli effetti dell'attribuzione, contenuta nel titolo, a soggetto diverso da quelli contemplati dalla legge. – 5. Gli effetti dell'atto di trasferimento compiuto dal titolare: conseguenze sul piano della prescrittibilità e della pubblicità immobiliare. – 6. Segue. Alcuni rilievi critici. La vexata quaestio della natura giuridica del diritto di sopraelevare: facoltà compresa nel diritto di proprietà dell'ultimo piano o diritto reale autonomo su cosa altrui? – 7. Segue. Conseguenze della qualificazione della sopraelevazione come oggetto di un diritto (sui generis) di superficie sul suolo comune.

1. – Le riflessioni che seguono traggono occasione dalla lettura di uno degli ultimi scritti dati alle stampe da Giovanni Gabrielli prima della scomparsa: un sintetico ma incisivo articolo in cui il compianto Autore, da sempre impegnato a ricercare tra le pieghe del sistema gli spazi, anche i più angusti, che l'ordinamento mette a disposizione della libertà negoziale¹, indaga con scrupolo meticoloso le molteplici direzioni che può assumere l'autonoma privata nell'apportare deroga alla disciplina della sopraelevazione nel condominio, quale dettata nell'art. 1127 c.c.

Un'attenzione particolare riveste, in questo contesto, l'analisi in merito alla possibilità di attribuire la facoltà di sopraelevare a persone diverse da quelle indicate dalla legge, ossia diverse dal proprietario dell'ultimo piano o dal proprietario esclusivo del lastrico solare, contemplati come titolari della predetta facoltà nel già menzionato art. 1127, co. 1°, c.c.

La questione, apparentemente marginale, merita al contrario un esame non distratto, non solo per l'incidenza pratica non trascurabile che essa possiede, considerato l'elevato valore economico che si può riconoscere alla facoltà di sopraelevare, e quindi il rilevante interesse che a ciò si collega a deciderne, in via di autonomia privata, la titolarità, ma anche perché offre l'occasione per riflettere sul più generale problema della natura giuridica della facoltà di sopraelevare, la cui risoluzione può avere considerevoli conseguenze sul piano della disciplina degli atti che di tale

* Il presente scritto è destinato agli *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*.

¹ Il riferimento è allo scritto *Facoltà di sopraelevazione dell'edificio condominiale e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 37 ss. In materia di pubblicità immobiliare, sia qui consentito ricordare anche il fondamentale ultimo lavoro monografico di Giovanni Gabrielli, inserito nel Trattato diretto da Rodolfo Sacco e pubblicato solo un anno prima della scomparsa (*La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, *La parte generale del diritto civile*, 4, Torino, 2012).



prerogativa giuridica determinano la circolazione, in particolare dal punto di vista della relativa pubblicità immobiliare².

La questione, come l'autore del ricordato scritto ben evidenzia, si può declinare in due varianti, secondo che si abbia riguardo ad una vera e propria deroga contenuta nel titolo costitutivo del condominio o ad un successivo atto di alienazione della facoltà di sopraelevare compiuto dal titolare della medesima.

2. – Per quanto riguarda la prima ipotesi, la formulazione dell'art. 1127 c.c., lì dove prevede che la facoltà di sopraelevazione spetta al proprietario dell'ultimo piano o al proprietario esclusivo del lastrico solare “salvo che diversamente risulti dal titolo”, sembra nella sua ampiezza ammettere che il titolo³ possa tanto (a) escludere del tutto il diritto in parola o subordinarlo a determinate condizioni⁴ quanto (b) attribuirne la titolarità a persona diversa da quelle indicate dalla legge⁵.

(a) Con riguardo alla prima fattispecie (di cui è opportuno occuparsi comunque, anche se non implica la modifica della titolarità del diritto ma solo la sua esclusione), si è precisato che l'*esclusione del diritto di sopraelevazione*, quando sia configurata come semplice sottrazione della facoltà di sopraelevare al condomino che per legge ne sarebbe titolare (anziché come radicale esclusione della sopraelevazione), “non può intendersi come diretta ad escludere in assoluto la liceità della sopraelevazione stessa”, perché “quest'ultima sarà pur sempre consentita al gruppo dei condòmini, che intenda giovare di parti comuni, quali sono l'area di sedime e le strutture portanti del già esistente edificio, per fare su di esse insistere uno o più piani aggiuntivi”⁶. Questa premessa induce a respingere l'affermazione, che si riscontra con frequenza nella giurisprudenza di legittimità⁷, secondo la quale l'accordo dei condòmini che esclude il diritto di soprae-

² V., da ultimo, con attenzione allo specifico profilo del regime di pubblicità, T. PASQUINO, *Trasferimento del diritto di sopraelevazione di cui all'art. 1127 c.c. e regime di pubblicità*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, p. 176 ss.

³ Per “titolo”, quale atto idoneo a derogare alla disciplina di legge in materia di sopraelevazione, s'intende di norma non solo l'atto costitutivo del condominio ma anche un successivo contratto o un regolamento condominiale di natura contrattuale (nella misura in cui incide su poteri e facoltà spettanti ai condòmini sulle parti dell'edificio di loro esclusiva proprietà: Cass. 3 dicembre 1994, n. 10397, che ha riguardo al caso in cui l'accordo dei condòmini sia diretto ad escludere la facoltà di sopraelevare, accordo che la Corte qualifica come volto a costituire una servitù *altius non tollendi*; v. anche *infra sub* nota 6 e *sub* § 4) approvato all'unanimità dai condòmini (G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 531; A. VISCO, *Le case in condominio*, 7a ed., Milano, 1967, I, p. 522 ss.).

⁴ Cfr. D.R. PERETTI GRIVA, *Il condominio di case divise in parti*, Torino, 1960, p. 252; L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 1950, p.127, nt. 1; G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁵ Come rileva G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 37, un'analoga riserva (con la connessa possibilità di deroga) non è prevista nel co. 2° con riguardo al proprietario esclusivo del lastrico solare, ma “nessuna ragione giustificerebbe l'inderogabilità dell'attribuzione di uno solo dei due alternativi titolari della facoltà stessa”. Si deve quindi concludere che il titolo può attribuire la facoltà di sopraelevare a terzi anche nel caso in cui il lastrico solare sia di proprietà esclusiva di un condomino.

⁶ G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 38.

⁷ V. Cass. 3 dicembre 1994, n. 10397, in *Rep. Giust. civ.*, 1994, voce *Comunione e condominio*, 99, Cass. 6 dicembre 2000, n. 15504; App. Milano, 25 giugno 2004, in *Arch. Loc.*, 2005, p. 315.



levazione sarebbe diretto a costituire una servitù *altius non tollendi* a carico dell'ultimo piano o del lastrico solare: tale qualificazione, si osserva, sarebbe appropriata solo per il caso in cui l'accordo stabilisse in modo esplicito che la sopraelevazione è preclusa a chiunque⁸.

È opportuno precisare che la dottrina ora riportata si regge, in termine espliciti, su un'ipotesi di qualificazione della facoltà di sopraelevare che, pur trovando ampio seguito nella letteratura in argomento, non è unanimemente condivisa. Si tratta dell'idea che la facoltà di sopraelevare non sia una facoltà all'origine (e, quindi, intrinsecamente) compresa nel diritto di proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare, bensì derivi dalla (libera) scelta della legge di concentrare, nel proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, una facoltà che astrattamente spetterebbe, invece, a tutti i condòmini, quali proprietari del suolo e delle parti comuni dell'edificio che su di esso insistono⁹. Un'opinione, questa, alla quale si contrappone l'altra, che ha trovato di recente l'avallo anche delle sezioni unite della Corte di Cassazione¹⁰, secondo cui l'edificazione del condominio comporterebbe invece il progressivo spostamento verso l'alto del piano di accessione, che verrebbe a corrispondere, ad ogni sopraelevazione, al piano edificato per ultimo, con la conseguenza che il proprietario dell'ultimo piano (o del lastrico solare) sarebbe, per così dire “naturalmente” e fin dall'origine, proprio perché titolare esclusivo del piano o della porzione di piano rispetto al quale opera l'accessione, solo ed unico titolare anche del diritto di edificarvi.

Prescindendo per il momento dall'analisi nel dettaglio degli argomenti su cui si basa l'orientamento delle sezioni unite – sui quali torneremo più avanti (v. *infra*, *sub* § 6), anche per evidenziarne alcuni elementi che ci paiono di incongruenza¹¹ –, quanto preme qui rilevare, però, è che, a nostro avviso, mentre l'accoglimento del predetto orientamento sarebbe effettivamente incompatibile con la tesi che qualifica l'accordo dei condòmini volto a sottrarre la facoltà di sopraelevare al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare come negozio idoneo a ripristinare la titolarità condivisa di tale facoltà da parte del gruppo dei condòmini, proprio perché si nega in questa prospettiva che all'origine vi sia una siffatta, astratta, facoltà del gruppo, non ci sembra per converso che il rigetto di questo orientamento induca necessariamente ad accogliere, per quanto attiene alla qualificazione di tale accordo, l'ipotesi suggerita dall'autorevole dottrina sopra richiamata, ossia appunto quella di un accordo che vale a ripristinare la contitolarità condominiale della facoltà di sopraelevare.

Questa soluzione non tiene, infatti, in adeguato conto la constatazione che, se è vero che la

⁸ G. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁹ Per gli opportuni riferimenti v. *infra sub* § 6.

¹⁰ Cass., sez. un., 30 luglio 2007, n. 16794, in *Giur. it.*, 2008, p.1128 ss., con nota di F. PUGLIESE, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 654 ss., con note di N. IZZO e di M. TORODOVA, e in *Corriere del Merito*, 2008, p. 51 ss. nota di G. TRAVAGLINO. Su questa pronuncia v. *amplius infra sub* § 6.

¹¹ Pur movendo espressamente nel senso dell'accoglimento della tesi dello spostamento verso l'alto del piano di accessione, le sezioni unite finiscono, infatti, per raggiungere soluzioni che non sono, a ben vedere, necessariamente implicate da quella premessa: ne parleremo *infra sub* § 6.



facoltà di sopraelevare, in assenza della diversa disposizione di legge, dovrebbe ritenersi appartenente a tutti i condòmini, è vero però anche che essa, *in concreto*, è attribuita al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, sicché la volontà di riattribuirla a (tutti) i condòmini, *pro quota*, compreso quello a cui espressamente si dichiara di toglierla, non può ritenersi automaticamente implicita in una dichiarazione di volontà espressa nei termini di semplice "sottrazione della facoltà al proprietario dell'ultimo piano" (o del lastrico solare). Il modo in cui è espressa tale volontà e il contesto complessivo dell'atto potrebbero indurre, infatti, a risultati diversi, cioè a ritenere che i condòmini abbiano effettivamente voluto escludere del tutto la possibilità di sopraelevazione, da chiunque decisa.

Ad avviso di chi scrive, perché l'atto possa essere qualificato nei termini indicati (ossia come atto avente l'effetto di ripristinare la titolarità comune del diritto di sopralzo) è sempre necessario qualche ulteriore elemento emergente dall'atto, da cui una tale volontà risulti, il tutto risolvendosi, in definitiva, in un puro problema di interpretazione, non risolvibile sulla base di automatismi ermeneutici individuati *ex ante*.

Sulla questione si tornerà peraltro più avanti, perché le diverse interpretazioni possibili della volontà dei condòmini incidono in modo decisivo, come è ovvio, sulla disciplina dell'atto (v. *infra sub* § 4).

(b) Con riguardo alla seconda fattispecie, non par dubbio che il titolo possa, innanzitutto, attribuire il diritto di sopraelevare ad un *condomino diverso dal proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare*. Per sostenere il contrario, occorrerebbe dimostrare che la facoltà di sopraelevare sia inscindibilmente connessa alla proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare. Non sembra tuttavia che un simile nesso di inscindibilità si possa ravvisare. È ben vero, infatti, che la legge concentra la facoltà di sopraelevare su tali soggetti in quanto si tratta di quelli che, presumibilmente, vi sono maggiormente interessati, sia perché destinati a sopportare in misura più rilevante i disagi dei lavori di costruzione sia perché, in particolare nel caso in cui la sopraelevazione costituisca una pertinenza del piano sottostante (ad esempio, sottotetto con funzione di isolare o proteggere l'appartamento sottostante dal freddo e dall'umidità), sono destinati a fare un uso immediato e diretto del nuovo bene e possono quindi sfruttare al meglio la sopraelevazione¹². Si prevengono in questo modo anche i conflitti che potrebbero agevolmente insorgere lì dove la decisione dovesse essere assunta congiuntamente da tutti i condòmini¹³. Si tratta, tuttavia, di semplici esigenze di opportunità, che giustificano la scelta della legge, ma che non precludono una diversa valutazione da parte della collettività dei condòmini (o del soggetto che ini-

¹² Cass. 10 giugno 1997, n. 5164. Oltre a questa esigenza principale, a formare la *ratio* della norma sembrano concorrere anche altre istanze, prima fra tutte quella, avvertita soprattutto nel periodo in cui venne redatto il codice, di agevolare l'attività edificatoria, semplificando le modalità della sopraelevazione che sarebbero altrimenti eccessivamente complicate qualora, per l'esercizio del diritto, si richiedesse un accordo tra tutti i condòmini (A. VISCO, *op. cit.*, p. 505).

¹³ Cfr. M. CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 50; A. ALAMANNI, *Sopraelevazione*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. Visintini, III, *La comunione e il condominio*, a cura di F. Alcaro, Padova, 2013, p. 447.



zionalmente costituisce il condominio). Ciò è a maggior ragione vero se si considera che la sopraelevazione, se in concreto coinvolge più da vicino chi è proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, tuttavia incide significativamente sulla posizione di *tutti* i condòmini (come è confermato dall'espressa rilevanza che la legge attribuisce alla tutela delle condizioni statiche, dell'aspetto architettonico e delle condizioni di aria e di luminosità dello stabile)¹⁴.

Diversa, ed ulteriore questione, è se il titolo possa attribuire la facoltà di sopraelevare non solo a un condomino diverso da quelli indicati dalla legge ma anche ad un *estraneo*, ossia ad un soggetto *non appartenente alla compagine condominiale*¹⁵.

A parere di chi scrive, la soluzione positiva¹⁶ si impone, per le ragioni che si andranno di seguito ad illustrare.

Un primo rilievo è di carattere generale ed attiene alla derogabilità della disciplina del condominio. Sul piano oggettivo il condominio si caratterizza, com'è noto, per la "coesistenza delle proprietà esclusive delle unità abitative e della comproprietà delle parti dell'edificio funzionalmente connesse con tali unità"¹⁷. In particolare, la comproprietà delle parti serventi, quale elemento costitutivo della nozione oggettiva di condominio, rappresenta una forma speciale di comunione, nel cui schema generale rientra ma all'interno del quale al contempo si distingue per la particolare connessione funzionale che caratterizza le parti comuni¹⁸. Tale connessione funzionale, che si specifica come strumentalità delle parti comuni alla realizzazione delle esigenze abitative dei condòmini, sta alla base della peculiare disciplina del condominio, che è volta a "tutelare l'ordinaria gestione e conservazione dell'edificio e le esigenze abitative dei singoli condòmini"¹⁹. Rimane ferma, peraltro, l'applicabilità, per quanto non espressamente previsto, della disciplina della comunione (come prevede l'art. 1139 c.c.), la quale, com'è altrettanto noto, riconosce ampio spazio di esplicazione all'autonomia privata, che ne costituisce la principale fonte regolatrice (v. art. 1100 c.c.), rispetto alla quale le norme del codice civile esplicano soltanto funzione suppletiva.

Da questa premessa ci sembra discendere che, lì dove la speciale disciplina del condominio riconosce spazio a deroghe fondate sul titolo, come nel caso di specie, l'unico limite (specifico)

¹⁴ Né, con riferimento al caso specifico in cui il lastrico solare sia di proprietà esclusiva di un condomino, si può ritenere che non sia consentita la sopraelevazione da parte di soggetto diverso da questo perché altrimenti verrebbe sacrificato in via definitiva l'interesse del proprietario del lastrico solare: si deve ricordare, infatti, che il sopraelevante è comunque tenuto, una volta conclusa la sopraelevazione, a ricostruire il lastrico solare (art. 1127, co. 4°, c.c.), e ciò a prescindere dal fatto che si tratti di lastrico di proprietà condominiale o di proprietà esclusiva. Secondo la formulazione della norma, infatti, "egli è ... tenuto a ricostruire il lastrico solare di cui tutti o *parte dei condòmini* avevano il diritto di usare" (corsivo aggiunto).

¹⁵ I casi noti di attribuzione, nel titolo, della facoltà di sopraelevazione a terzi riguardano, invero, l'attribuzione a condòmini diversi dal proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare (v. Cass. 24 maggio 1968, n. 1593, in *Riv. giur. edil.*, 1968, I, p. 1337).

¹⁶ Condivisa anche dal citato scritto: G. GABRIELLI, *Facoltà di sopraelevazione cit.*, p. 38.

¹⁷ C.M. BIANCA, *Nozione di condominio*, in C. M. BIANCA (a cura di), *Il condominio*, Torino, 2007, p. 1.

¹⁸ Per tutti, v. sempre C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 1 s.

¹⁹ C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 2.



all'esplicazione dell'autonomia privata debba essere rappresentato, appunto, dalla salvaguardia delle esigenze abitative dei condòmini. Non sembra, tuttavia, che l'attribuzione della titolarità della facoltà di sopraelevare a soggetti estranei al condominio determini, in sé, pregiudizio alle esigenze abitative dei condòmini. Il terzo viene, infatti, ad acquisire un diritto che è soggetto, nel suo esercizio, agli stessi limiti e alle stesse cautele che incombono al proprietario dell'ultimo piano o al proprietario esclusivo del lastrico solare quando la facoltà spetti a costoro: limiti e cautele che sono esplicitati nell'art. 1127 c.c. proprio in funzione di tutela degli interessi dei condòmini²⁰.

Per affermare che il titolo non possa attribuire la facoltà di sopraelevare a un soggetto estraneo alla compagine del condominio si dovrebbe sostenere che la facoltà di sopraelevare è, per qualche ragione, inscindibilmente associata alla qualità (non tanto, per quanto detto sopra, di proprietario dell'ultimo piano o di proprietario del lastrico solare, ma) di condomino, ossia alla titolarità in proprietà esclusiva di un piano o porzione di piano compresa nell'edificio condominiale. Non sembrano esservi tuttavia ragioni che consentano di fondare una simile affermazione.

Infondata è, infatti, come si è appena detto, la preoccupazione secondo cui in questo caso il titolare del diritto di sopraelevare, non essendo condomino, non sarebbe soggetto ai limiti per la sopraelevazione previsti dalla disciplina del condominio.

In secondo luogo, non sembra che alla facoltà di sopraelevazione, che è, almeno astrattamente (ossia prescindendo dalla specifica titolarità che ne indica l'art. 1127 c.c.), compresa nel diritto di proprietà sul suolo e che quindi si configura, all'origine, come una facoltà di tutti i condòmini, solo per ragioni di opportunità concretamente attribuita ad uno solo di essi, si possa applicare una regola più restrittiva, in punto di titolarità, rispetto a quella che la legge detta per le parti comuni del condominio. Com'è noto, l'art. 1117 c.c., nell'elencare le parti comuni, prevede, anche nella nuova formulazione introdotta dalla recente riforma del condominio²¹, che il titolo possa derogare alla presunzione di comunione in questa norma dettata, e non pone limiti riguardo alla possibilità di attribuire la titolarità di tali parti non solo ad uno o più singoli condòmini, ma anche a terzi estranei. Né distinzioni vengono poste, a questo riguardo, tra parti necessarie per l'esistenza dell'edificio e parti strumentali ad una migliore utilizzazione del condominio e dei servizi ad esso offerti²², sicché, nel silenzio della legge, nessuno dovrebbe poter dubitare, riteniamo, che anche le prime, compreso, tra queste, il suolo, nonostante il loro carattere "essenziale", possano essere attribuite ad estranei (come accade, ad esempio, quando il titolo riservi la proprietà del suolo all'originario costruttore dell'immobile²³, che non conservi la proprietà di

²⁰ Il titolo non potrebbe dunque attribuire al terzo un diritto di sopraelevare svincolato dal rispetto dei limiti dettati dall'art. 1127 c.c., che devono ritenersi, pertanto, inderogabili.

²¹ L'art. 1117 c.c., è stato, infatti, integralmente sostituito dall'art. 1 della l. 11 dicembre 2012, n. 220, entrata in vigore il 17 giugno 2013. La riforma non ha toccato, invece, il testo dell'art. 1127 c.c., relativo al diritto di sopraelevazione.

²² Per questa distinzione v. M. CAVALLARO, *Le parti comuni*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Il condominio*, cit., 43 ss.

²³ Si pensi al caso in cui chi ha costruito l'immobile vende le singole unità immobiliari comprese nell'edificio riservandosi, all'atto della vendita, la proprietà esclusiva del suolo.

JUS CIVILE



alcuna unità immobiliare compresa nel condominio). Orbene, se ciò lo si afferma con riferimento al suolo²⁴, che è indubbiamente parte essenziale per l'esistenza stessa dell'edificio condominiale, non si vede perché analoga considerazione non possa valere per la titolarità del diritto di sopraelevare l'edificio, che è in definitiva anch'essa, almeno astrattamente (ossia prescindendo dalla specifica titolarità che ne stabilisce l'art. 1127 c.c.), compresa nel diritto di proprietà sul suolo (ossia facoltà di tutti i condomini, per ragioni di opportunità concretamente attribuita ad uno solo di essi).

3. – Le considerazioni che inducono a ritenere che il titolo del condominio possa attribuire la titolarità della facoltà di sopraelevare ad altri soggetti, che siano o no condòmini, si possono addurre anche per rispondere positivamente al secondo quesito posto in avvio di questa indagine, ossia se colui che è individuato dalla legge (o, per quanto detto *sub* § 2, dal titolo) quale titolare della facoltà di sopraelevare, ossia il proprietario dell'ultimo piano o il proprietario del lastrico solare (o il diverso soggetto a cui il titolo abbia attribuito tale facoltà), possa validamente alienare tale facoltà a terzi.

Anche con riferimento a questa ipotesi possiamo distinguere, per ragioni di chiarezza, il caso di alienazione ad altro condòmino da quello di alienazione a soggetto estraneo alla compagine condominiale, ma per entrambi la soluzione dovrebbe essere positiva.

Per il primo caso, si può, infatti, nuovamente richiamare la già rilevata assenza di un nesso di inscindibilità necessaria tra titolarità della facoltà di sopraelevare e proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare.

A questa conclusione giungono anche la dottrina prevalente²⁵ e la giurisprudenza, quest'ultima precisando che, in assenza di diversa disposizione del titolo, al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare è consentito alienare il suo diritto di sopraelevare, anche separatamente dalla proprietà del suolo²⁶.

In dottrina, la tesi che afferma l'inscindibilità della facoltà di sopraelevare dal diritto di proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare, è sostenuta anche sulla base di un argomento di carattere formale, ovvero la circostanza che l'art. 1127 c.c. individua la sopraelevazione come og-

²⁴ Ma lo si afferma anche con riferimento ad altre parti comuni, quali, ad es., il lastrico solare, rispetto al quale parimenti si ammette che il titolo ne attribuisca la proprietà esclusiva ad un estraneo: v. L. FAMULARO, *Il lastrico solare*, in C. M. BIANCA (a cura di), *Il condominio*, cit., p. 341 s.

²⁵ V., ad esempio, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 516, G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 42, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Il codice civile. Commentario* a cura di P. Schlesinger, 2° ed., Milano, 1998, p. 194.

²⁶ Cass. 27 luglio 1964, n. 2073, la quale distingue il diritto di sopraelevare dal diritto di proprietà dell'area soprastante l'edificio: "Il diritto di sopraelevazione è un diritto esclusivo del proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare e, come esplicazione del diritto di proprietà, può formare oggetto autonomo di un negozio di trasferimento a favore di altro condòmino o di terzi; l'area soprastante l'edificio condominiale appartiene, invece, ai condòmini del suolo su cui insiste l'edificio, i quali nel momento in cui sorge la sopraelevazione, vengono privati della comproprietà e, di tale perdita, debbono pertanto essere indennizzati".



getto di una “facoltà” compresa all’interno del diritto di proprietà e non di un autonomo diritto²⁷. Com’è stato esattamente obiettato, anche le facoltà di cui si compone il diritto di proprietà possono tuttavia formare oggetto di cessione, venendo a distaccarsi, quando ciò avvenga, dal diritto di proprietà e dando vita ad un autonomo diritto reale di godimento su cosa altrui, come è vero per i casi di costituzione derivativa di un diritto di usufrutto o di superficie o di cubatura²⁸. La possibilità di trasferimento (derivativo-costitutivo) può dunque essere negata solo dimostrando che quella specifica facoltà non è separabile dal diritto di proprietà in quanto è intrinsecamente e necessariamente strumentale alla tutela della posizione del proprietario: ma così non è, come si è visto, perché il collegamento tra sopraelevazione e proprietà dell’ultimo piano o del lastrico solare è fondata su ragioni di semplice opportunità ed in ogni caso, al proprietario che trasferisca la facoltà di sopraelevare, è conservata, a salvaguardia delle sue esigenze abitative, la tutela che l’art. 1127 c.c. attribuisce a tutti gli altri condòmini.

Le stesse ragioni inducono a ritenere il trasferimento ammissibile anche in favore di terzi estranei al condominio, non comportando in sé tale alienazione alcun pregiudizio al condominio o ai singoli condòmini, fermo essendo l’assoggettamento dell’esercizio del diritto di sopraelevazione da parte del terzo ai limiti e alle condizioni di cui all’art. 1127 c.c.²⁹.

4. – Chiariti quali sono i margini di libertà che possono ritenersi riconosciuti, rispettivamente, a tutti i condòmini (o all’originario costituente il condominio) ovvero al singolo proprietario dell’ultimo piano o del lastrico solare nel disporre della facoltà di sopraelevazione, è opportuno soffermarsi più analiticamente sugli effetti di tali atti, nella consapevolezza che dai risultati di tale indagine potrebbero, almeno in teoria, derivare conseguenze significative sul piano della disciplina ad essi applicabile.

Iniziamo dall’ipotesi di deroga contenuta nel titolo.

²⁷ R. TRIOLA, *Beni, proprietà e diritti reali*, III, *Il condominio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino 2002, p. 221, il quale ne trae la conseguenza che l’originario unico proprietario dell’edificio che aliena ad altri le singole unità immobiliari di cui l’edificio si compone non può riservarsi il solo diritto di sopraelevare scisso dalla proprietà esclusiva del lastrico solare. V. anche F. PALERMO, *La superficie*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, VIII, Torino, 1982, p. 3.

²⁸ V. G. GABRIELLI, *op. cit.*, 42.

²⁹ Nei casi in cui, in forza dell’atto di cessione, acquirente del diritto di sopraelevare sia un terzo estraneo alla compagine condominiale, si ritiene che il terzo non diventi per ciò solo condomino bensì acquisti tale qualifica solo dopo aver realizzato la sopraelevazione (Cass. 11 maggio 1984, n. 2889, la quale specifica che il terzo alienatario acquista la qualità di condomino, con tutti i diritti e gli obblighi che ne conseguono, *ipso facto* e *ipso iure* solo dopo aver realizzato la sopraelevazione; in dottrina v. L. SALIS, *Titolarità del diritto di sopraelevazione ed acquisto automatico della comunione sulle parti comuni dell’edificio*, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, p. 1127; A. NICOLETTI, *Le innovazioni e la sopraelevazione nel condominio*, Padova, 1992, p. 113; cfr. anche G. BRANCA, *op. cit.*, p. 517; M. BONI, *op. cit.*, p. 226). La tesi ci pare da condividere, in quanto la qualifica di condomino spetta, ai sensi dell’art. 1117 c.c., a chi è proprietario “dei diversi piani o porzioni di piano di un edificio”, e presuppone dunque la titolarità di un piano o di una porzione di piano esistente nell’edificio, essendo intimamente connessa all’essere portatore di quegli interessi abitativi attuali alla cui tutela è preposto l’istituto del condominio. E non par dubbio che il titolare del diritto di sopraelevare non si trovi in questa condizione fintanto che non venga completato il nuovo piano.



Procedendo con ordine, i casi che si possono ipotizzare al riguardo sono i seguenti: a) alienazione delle singole unità immobiliari da parte del proprietario dell'intero edificio, il quale riserva in proprio favore la facoltà di sopraelevare; b) alienazione delle singole unità immobiliari da parte del proprietario dell'intero edificio con attribuzione della facoltà di sopraelevare ad un condomino diverso dal proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare o ad un terzo; c) regolamento di natura contrattuale o accordo tra tutti i condòmini che escluda la facoltà di sopraelevare del proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare ma che risulti, come abbiamo detto, non precludere la possibilità del gruppo dei condòmini di sopraelevare³⁰.

(a) Nel primo caso, l'atto si configura, a nostro avviso, con un normale caso di alienazione della nuda proprietà con riserva a proprio favore di un diritto reale di godimento (nella specie, di superficie), e ne segue la disciplina, anche sul piano della pubblicità immobiliare. Si ripropone, in particolare, anche con riferimento a questa fattispecie, la stessa questione che divide la dottrina riguardo all'ipotesi, del tutto analoga, dell'alienazione della nuda proprietà con riserva di usufrutto, rispetto alla quale si discute se la costituzione del diritto reale limitato (usufrutto, in quel caso, superficie, nel nostro), debba essere trascritta autonomamente (con una seconda trascrizione da compiersi, a favore dell'alienante e contro l'acquirente, *ex art.* 2643, n. 2, c.c. che si aggiunge a quella, da compiersi, a favore dell'acquirente e contro l'alienante, *ex art.* 2642, n. 1, relativa all'alienazione della proprietà) oppure sia sufficiente la menzione di essa nella nota di trascrizione dell'atto di alienazione o che dalla nota comunque risulti che l'ambito del diritto trasferito è limitato alla nuda proprietà³¹.

(b) Nel secondo caso, l'atto si presenta come alienazione della facoltà di sopraelevare al condomino o al terzo. Occorre tuttavia chiedersi se l'effetto dell'atto sia diverso nelle due sottopotesi appena menzionate (alienazione ad altro condomino e alienazione al terzo). Il problema è di solito trattato in dottrina con riferimento al caso, analogo, anche se non coincidente, di alienazione del diritto di sopraelevare fatta successivamente alla costituzione del condominio da parte del proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, e se ne parlerà pertanto in quella sede (v. *infra sub* § 5).

(c) Nel terzo caso, la qualificazione dell'atto, come abbiamo cercato di dimostrare in avvio di queste riflessioni (v. *supra sub* § 2), può variare in relazione al caso concreto, dipendendo

³⁰ Diversa da questa ipotesi è quella in cui l'accordo risulti, in via d'interpretazione, diretto ad escludere radicalmente la sopraelevazione, anche da parte del gruppo dei condòmini.

³¹ Com'è noto, la prima tesi è sostenuta da NATOLI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, 2° ed., Torino, 1971, p. 40, e L. FERRI e P. ZANELLI, in L. FERRI, D'ORAZI-FLAVONI e ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, 3° ed., in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1995, p. 118; la seconda da R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 134 e F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, cit., p. 188 e ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione* diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, 1, Torino, 2012, p. 180 s. Sui termini del dibattito, che vertono sul problema se l'atto determini due modificazioni giuridiche distinte in direzioni inverse (alienazione della proprietà e costituzione del diritto limitato) oppure un'unica vicenda (il trasferimento della nuda proprietà), v. *amplius* e per ulteriori riferimenti A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, 2° ed., Torino, 2008, p. 80.



dalla concreta interpretazione della volontà dei condòmini nel preciso contesto, dovendosi pertanto rifuggire da (a nostro avviso ingiustificati) automatismi interpretativi. Si danno, in particolare, due ipotesi.

(i) Ove risulti che le parti abbiano inteso escludere in radice la possibilità di sopraelevare l'edificio, senza attribuirlo ad alcun altro, corretta ci pare la qualificazione, che si riscontra in alcune pronunce³², la quale ravvisa nell'accordo dei condòmini un atto (da intendersi come regolamento c.d. "contrattuale") volto a costituire una *servitus altius non tollendi* a carico dell'ultimo piano dell'edificio o del lastrico solare e favore di tutti gli altri condòmini, e come tale l'atto andrebbe trascritto ai sensi dell'art. 2643, n. 4, c.c., per gli effetti dell'art. 2644 c.c.

(ii) Ove risulti, invece, che i condòmini abbiano inteso, non già precludere a tutti i condòmini la facoltà di sopraelevare, ma, in buona sostanza, "ripristinare" quella che sarebbe la situazione di titolarità della facoltà di sopralzo qualora non vi fosse una norma, come l'art. 1127 c.c., che la concentra su un unico condomino, più complessa diviene la qualificazione dell'atto sul piano effettuale. L'impiego, da parte nostra, del termine "ripristino" sconta un'ambiguità: parrebbe, infatti, alludere ad una semplice modifica, da parte dei condòmini, delle regole relative all'uso delle cose comuni, rientranti nell'oggetto tipico del regolamento condominiale (ovvero l'ordinaria amministrazione e il miglior godimento della cosa comune), approvato con le maggioranze di cui all'art. 1138, co. 3°, ed opponibile anche in difetto di trascrizione agli eredi e agli aventi causa dei singoli partecipanti, ai sensi dell'art. 1107 c.c.³³. In realtà, il termine "ripristino" può essere adoperato qui solo in senso atecnico, in quanto occorre tenere conto del fatto che, anche in questo caso, come nel precedente, l'accordo dei condòmini va comunque a modificare una situazione di titolarità esclusiva preesistente (ovvero quella che la legge attribuisce appunto al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare) e a tramutarla in una titolarità *pro quota*, sicché la qualificazione corretta pare essere piuttosto quella di un atto di alienazione: l'atto, precisamente, con cui il proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare aliena *pro quota* il diritto di sopraelevazione a tutti gli altri condòmini, conservandone una quota anche per sé. Ne discende che in questa ipotesi l'atto dovrebbe essere trascritto, a nostro avviso, ai sensi dell'art. 2643, n. 3, c.c., ossia della norma che prevede la trascrizione dei contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti del medesimo articolo.

Non sembra invece possibile immaginare, come terza ipotesi, quella in cui i condòmini intendano non solo sottrarre la facoltà di sopraelevare al proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, ma anche attribuirla, al contempo, ad un diverso singolo condomino o ad un soggetto estraneo al condominio. Non perché tale eventualità non si possa in concreto verificare ma solo perché non è in alcun modo necessario, a tal fine, un accordo tra tutti i condòmini, essendo piuttosto sufficiente la volontà del solo condomino titolare *ex lege* del diritto di sopraelevare, il

³² Cass. 3 dicembre 1994, n. 10397; Cass. 22 maggio 2000, n. 6643, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 1, p. 772.

³³ L'art. 1107 c.c. è applicabile anche in materia di condominio in virtù del rinvio alla comunione operato dall'art. 1139 c.c.



quale è libero di alienare il proprio diritto ad altri. La volontà dei condòmini non ci sembra, dunque, aggiungere alcunché alla volontà del condomino proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare, né avrebbe valore una volontà dei condòmini che movesse in senso contrario, nel senso cioè di precludergli tale facoltà. Diversa questione è se i condòmini, in questo caso sì, necessariamente, con intento unanime, intendano apporre deroga alla disciplina della sopraelevazione per quanto attiene in particolare ai limiti previsti nei commi 2° e 3° dell'art. 1127 c.c. Nella misura in cui tali limiti sono derogabili, infatti, non par dubbio che la relativa deroga richiede il consenso di tutti i partecipanti, in quanto va ad incidere su prerogative del singolo condomino poste a salvaguardia dei diritti di proprietà individuale e del condominio. In particolare, escluso che si possa derogare al comma 2°, che attiene al rispetto delle condizioni statiche dell'edificio, limite certamente insuperabile³⁴, l'eventuale deroga al comma 3°, da ritenersi invece possibile³⁵, comporta rinuncia, da parte di ciascun condomino, al potere di opporsi alla sopraelevazione ove questa pregiudichi l'aspetto architettonico dell'edificio ovvero diminuisca notevolmente l'aria o la luce dei piani sottostanti.

5. – Vediamo ora il secondo ordine di ipotesi, ovvero quello di alienazione da parte del proprietario dell'ultimo piano o del lastrico solare (o dell'altro titolare individuato dal titolo), successiva alla costituzione del condominio (e in difetto di titolo che precluda in radice l'alienazione), e consideriamo partitamente i due casi che si possono configurare: alienazione ad altro condomino e alienazione a soggetto estraneo alla compagine condominiale.

Secondo un'opinione, che è condivisa anche nello scritto da cui prende le mosse il presente contributo, le due fattispecie andrebbero distinte dal punto di vista degli effetti.

Nel primo caso, infatti, la facoltà di sopraelevare, intesa per legge come una delle componenti del diritto di proprietà sull'ultimo piano o sul lastrico solare, resta, pure a seguito dell'alienazione, "componente del contenuto di una delle proprietà esclusive degli enti condominiali": si ha, quindi, secondo quanto si afferma, un mutamento nell'identificazione dell'ente cui la facoltà è connessa ma "senza che ne consegua l'esigenza di un mutamento di natura della facoltà stessa"³⁶.

Nel secondo caso, invece, la facoltà del proprietario, una volta trasferita ad altri, "muta natura, configurandosi come autonomo diritto reale sulla cosa altrui", esattamente come nell'ipotesi di cessione della facoltà di edificare su un fondo, la quale si traduce, ai sensi dell'art. 952 c.c., in

³⁴ V. G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 45 s. Rimane però ferma la possibilità che i condòmini, con consenso unanime, autorizzino colui che intende sopraelevare ad eseguire le opere di rafforzamento e consolidamento necessarie a rendere idoneo l'edificio a sopportare il peso della nuova costruzione (con la conseguenza che un'autorizzazione che non prevedesse queste cautele sarebbe priva di effetto: v. Cass. 5 aprile 1977, n. 1300, e Cass. 26 maggio 1986, n. 3532).

³⁵ Il limite del pregiudizio per l'aspetto architettonico dell'edificio o quello della diminuzione notevole dell'aria o della luce dei piani sottostanti non sono, infatti, assoluti ma relativi, in quanto è rimesso alla scelta dei singoli condòmini controinteressati o del condominio se opporsi oppure no alla sopraelevazione.

³⁶ G. GABRIELLI, *La facoltà di sopraelevare cit.*, p. 43.



costituzione di un (autonomo) diritto di superficie sul proprio fondo³⁷.

Da questa diversità di effetti, la dottrina in parola ricava importanti conseguenze sul piano della disciplina applicabile, per quanto attiene, rispettivamente, alla (a) *prescrittibilità* del diritto/facoltà di sopraelevare in capo all'acquirente, condomino o estraneo, e alla (b) *pubblicità immobiliare*.

(a) Riguardo alla prescrizione, si ritiene, in particolare, che, ove destinatario della cessione sia un altro condomino, la facoltà non sia soggetta a prescrizione, come non lo sarebbe in capo al condomino alienante, perché in entrambi i casi si tratta di emanazione della proprietà di un'unità abitativa compresa nel condominio, sicché, in entrambi, il titolare "nell'esercizio ... si gioverà di parti dell'edificio che anche a sé appartengono in comunione, quali sono l'area di sedime, le strutture portanti e lo spazio sovrastante"³⁸. Qualora acquirente della facoltà di sopraelevare fosse invece un terzo, proprio perché una simile cessione avrebbe l'effetto di tramutare la facoltà ceduta, con un effetto di natura, quindi, derivativo-constitutiva, in un diritto reale di godimento su cosa altrui, il diritto così costituito (che lo si qualifichi come un tipico diritto di superficie o come un diritto reale *sui generis*)³⁹ si prescriverebbe necessariamente in vent'anni per non uso⁴⁰.

(b) Relativamente alla pubblicità immobiliare, si afferma, conseguentemente, che mentre, nel secondo caso (cessione ad estraneo), dovrebbe trovare applicazione l'art. 2643, n. 2, c.c., risolvendosi l'alienazione nella costituzione di un diritto di superficie, nel primo caso (cessione ad altro condomino), la possibilità stessa della trascrizione andrebbe invece indagata con maggiore attenzione. Non solo non si potrebbe, infatti, ricondurre puramente e semplicemente questa fattispecie al n. 2 dell'art. 2643 c.c., in quanto non si sarebbe di fronte alla costituzione di un diritto di superficie, ma neanche sarebbe possibile individuare una diversa precisa disposizione che ne consenta la trascrizione: ciò in quanto l'effetto che la cessione determina, ovvero quello di *modificare* l'ordinario contenuto della proprietà immobiliare⁴¹, non rientrerebbe, a prima vista, tra gli effetti di alcuno degli atti per i quali la legge prevede la trascrizione a fini di opponibilità, ossia degli atti di cui all'art. 2643 c.c. L'art. 2643, n. 1, c.c., infatti, nel contemplare la trascrizione degli atti che trasferiscono la proprietà omette di contemplare anche, accanto al trasferimento, la "modificazione" del diritto di proprietà: non considera, in altre parole, gli atti "che modificano bensì il contenuto del diritto di proprietà, alterandone l'ordinario modello, ma senza

³⁷ Sempre G. GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

³⁸ G. GABRIELLI, *La facoltà di sopraelevare* cit., p. 43.

³⁹ V. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 516 s., il quale parla di "diritto reale (prescrittibile) di divenire condomino col sopralzo".

⁴⁰ G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 42 s.

⁴¹ La modificazione incide, ci sembra di poter dire interpretando il pensiero dell'Autore, sulla proprietà del condomino cedente, da un lato, la quale viene ad essere compresa in conseguenza della circolazione della facoltà di sopralzo all'interno della compagine condominiale, e sulla proprietà del condomino acquirente, dall'altro, la quale viene parimenti a modificarsi ma in senso opposto, ovvero ampliativo.



dare luogo alla costituzione di un altrui diritto reale”⁴². Alla trascrivibilità dell’atto che una simile modifica determina osterebbe dunque il principio, tradizionalmente recepito⁴³, della tassatività delle segnalazioni pubblicitarie. Tuttavia, muovendo dal presupposto che, anche in questa ipotesi, vi è un’esigenza oggettiva e non revocabile in dubbio di pubblicità⁴⁴, la stessa dottrina ritiene che tale lacuna del sistema dei registri immobiliari possa, ed anzi debba essere colmata in via interpretativa⁴⁵ in ossequio ad una generale esigenza di razionalizzazione del sistema di pubblicità e in analogia con il sistema dei libri fondiari⁴⁶, il quale, proprio al fine di garantire la completezza delle segnalazioni pubblicitarie, impone di segnalare nei libri ogni modificazione dei diritti tavolari (v. art. 8, n. 1, nuovo testo della legge generale sui libri fondiari, allegato al r.d. 28 marzo 1929, n. 499)⁴⁷.

6. – Le argomentazioni a cui perviene la dottrina esposta nel paragrafo precedente ci paiono per gran parte condivisibili.

Meritevole di adesione, in particolare, anche se non ci pare questa la sede in cui sviluppare questa specifica questione, è la tesi che ritiene superabile, in via analogica, la lacuna della disciplina della trascrizione nei registri immobiliari in merito agli atti che producono *effetti modificativi* del contenuto della proprietà immobiliare⁴⁸.

⁴² Le parole sono sempre di G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 40, ancorché riferite al caso – diverso dal nostro – in cui il titolo del condominio esoneri l’esercente la facoltà di sopraelevazione dall’obbligo di corrispondere l’indennità agli altri condòmini, in tal modo sottraendo a questi ultimi l’esercizio del corrispondente diritto di credito (futuro ed eventuale).

⁴³ Ma di recente oggetto di contestazione o, per lo meno, di tentativi volti a superarne o a temperarne la portata: v., *amplius infra*, nota 48.

⁴⁴ Esigenza, anzi, “tanto più forte, quando il trasferimento ne sia determinato da atto individuale dell’originario titolare anziché dal titolo del condominio al quale, in quanto regolamento contrattuale, ogni aspirante all’ingresso nel gruppo può ottenere accesso, chiedendolo al proprio potenziale dante causa”: così G. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, 44.

⁴⁵ V. già, dello stesso A., G. GABRIELLI, *Regole condominiali e trascrizione*, in *Riv. not.*, I, 2006, p. 1 ss.

⁴⁶ Sulla maggiore completezza del regime tavolare relativamente alla pubblicità degli atti aventi ad oggetto la facoltà di sopraelevare v. anche T. PASQUINO, *op. cit.*, p. 183, nota 35.

⁴⁷ G. GABRIELLI, *La facoltà di sopraelevare* cit., p. 45, il quale richiama l’analoga esigenza che induce parte autorevole della dottrina ad ammettere la trascrizione del patto di indivisione di cui all’art. 1111, co. 2°, c.c., quando riguardi beni immobili, sul presupposto che la soppressione, sia pure temporanea, del diritto alla divisione altera lo statuto ordinario della comproprietà (la tesi è di G. BRANCA, *op. cit.*, p. 281 e M. DOGLIOTTI, *Comunione e condominio*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, 7, Torino, 2006, p. 129; in senso opposto v. però A. FEDELE, *La comunione*, in *Trattato Grosso e Santoro-Passarelli*, Milano, 1967, p. 341).

⁴⁸ Sul problema incide anche la questione, che è tuttavia fin troppo complessa per essere approfondita in questa sede, riguardante la configurabilità nel nostro ordinamento di un principio generale di tassatività delle segnalazioni pubblicitarie, tradizionalmente riconosciuta (v. sul punto, anche per gli ulteriori riferimenti, A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, cit., p. 45 ss.) ma che è stata di recente posta in discussione da alcuni autori, anche alla luce dell’evoluzione nel tempo delle norme in materia di trascrizione. V., in particolare, l’approfondita analisi di G. PETRELLI, *L’evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione*, Napoli, 2009, il quale, anche nell’ottica di un’interpretazione costituzionalmente orientata, propone di superare il “dogma” della tassatività, inteso come un vincolo all’interpretazione restrittiva, per aderire ad una prospettiva che individua piuttosto una regola di “tipicità” delle ipotesi di trascrizione. Sul tema cfr. anche G. PETRELLI, *Tassatività delle ipotesi di trascrizione e vincoli a parcheg-*



Ciò premesso, riteniamo tuttavia che il ragionamento sopra illustrato, nelle sue stringenti conclusioni, sia condizionato dall'adesione in premessa ad una determinata concezione della natura giuridica del diritto/facoltà di sopraelevare, che non ci pare invero incontrovertibile e su cui è pertanto opportuno soffermarsi criticamente. Ci riferiamo all'idea, già da noi segnalata in avvio di questo scritto (v. *supra sub* § 2), che la sopraelevazione sia oggetto di una facoltà compresa all'interno del diritto di proprietà sull'ultimo piano o sul lastrico solare, ossia di un diritto di proprietà che, avendo ad oggetto un'unità abitativa compresa nel condominio, implica compartecipazione alla proprietà dell'area di sedime, delle strutture portanti e dello spazio soprastante l'edificio. È da questa premessa che discendono, a cascata, tutte le altre rilevate conseguenze e la conclusione, in particolare, secondo cui la cessione di tale facoltà ad un altro condomino comporterebbe solo una modificazione interna del contenuto proprio della proprietà, mentre comporterebbe la nascita di un diritto di godimento su cosa altrui, lì dove fosse alienata a soggetto estraneo al condominio.

Esaminare tale questione significa toccare nel vivo il nodo centrale della ricostruzione dell'istituto regolato dall'art. 1127 c.c., ovvero il problema della natura giuridica del diritto di sopraelevare, a sua volta strettamente collegato a quello riguardante la funzione dell'indennizzo che lo stesso articolo pone a carico del sopraelevante.

Non è pertanto inutile ripercorrere sinteticamente i termini di questa *vexata quaestio*.

Sgomberando il campo, solo per esigenza di semplificazione, dalle tesi che hanno avuto minore diffusione⁴⁹, quelle che maggiormente si contendono il campo del dibattito, in parte già richiamate in precedenza (v. sempre *supra sub* § 2) sono tre.

gio, in *Studium iur.*, 2010, p. 243 ss., ove l'A. commenta la pronuncia della Corte Cost. 4 dicembre 2009, n. 318, in cui la Corte pare fare propria questa stessa impostazione, e A. BIZZARRO, *Sul superamento del principio di tassatività della trascrizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 918 ss. V. anche BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2010. La vigenza del principio di tassatività dei mutamenti soggetti a trascrizione è, tuttavia, ribadita, sia pure con accenti diversi, dalle più recenti opere generali dedicate alla pubblicità immobiliare, tra cui G. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, cit., p. 45 ss., e F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, cit., p. 85 ss.

⁴⁹ Non considereremo quindi in questa sede, se non per quanto riportato nella presente nota, due ulteriori tesi: quella che considera il diritto di sopraelevazione come un potere facente parte del contenuto del rapporto di condominio (G. BENACCHIO, *Del condominio negli edifici*, Padova, 1964, 111; tesi ripresa, da ultimo, anche da R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 219), rispetto alla quale si è, in senso contrario, osservato che pare difficile giustificare, in quest'ottica, l'imposizione di un indennizzo a favore degli altri condòmini per un'attività facente parte della sostanza normale del rapporto intercorrente fra gli stessi (G. FURGIUELE, *Osservazioni sul diritto reale con riguardo alla sopraelevazione del condominio*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 442); e, ulteriormente, quella che ha ricostruito il diritto di sopraelevare nei termini di un diritto di proprietà sulla colonna d'aria corrispondente alla sopraelevazione e che va incontro all'obiezione (per la quale v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2° ed., 2017, p. 146) che la colonna d'aria, ossia lo spazio aereo sovrastante un suolo, è un bene giuridico non suscettibile di appropriazione separata rispetto alla proprietà del suolo medesimo, costituendo piuttosto una parte necessariamente connessa al suolo, in quanto necessaria per il suo normale sfruttamento economico (ne consegue che un diritto sulla colonna d'aria avulso dalla proprietà del suolo è concepibile, nel nostro ordinamento, soltanto nella forma del diritto tipico di superficie, la cui prescrittibilità "esprime un'inderogabile soluzione normativa, che evita il danno socialmente rilevante del pericolo di un perpetuo impedimento alla valorizzazione edilizia del suolo": C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 146; e v. Cass. 19 dicembre 1975, n. 4192; Cass. 6 luglio 1969, n. 2622; Cass. 8 luglio 1960, n. 1831; ma, in senso diverso v. Cass. 18 febbraio 1975, n. 636, Cass. 11 aprile 1964, n. 845; Cass. 13 giugno 1962, n. 1463; Cass. 16 luglio 1960, n. 1970; Cass. 11 luglio 1958, n. 2511; sul tema v. anche G. MUSOLINO, *Lo spazio aereo e il diritto di sopraelevazione tra proprietà e diritto di superficie*, in *Riv. not.*, 2005, p. 239 ss. e ID., *Proprietà e utilizzazione dello spazio aereo sovrastante il condominio*, in *Riv. not.*, 2017, p. 1181 ss.).



A) La prima tesi è appunto quella, probabilmente maggioritaria in dottrina, secondo la quale la sopraelevazione costituisce una facoltà compresa nel diritto di proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare, al proprietario dei quali la legge attribuisce in via esclusiva la facoltà di sopraelevare, che astrattamente dovrebbe spettare a tutti i condòmini e viene invece *ab origine* concentrata nel soggetto che, trovandosi a diretto contatto con l'area da edificare, può sfruttare al meglio la sopraelevazione⁵⁰. In questa prospettiva, la funzione dell'indennità è ravvisata nel compensare il sacrificio dell'interesse dei condòmini dei piani inferiori all'utilizzazione e valorizzazione dell'area sovrastante il suolo comune, e, quindi, la frazione di valore della predetta area perduto da ciascun condomino per effetto della maggiore utilizzazione che della stessa fa il sopraelevante⁵¹, mediante lo sfruttamento della e d'aria sovrastante l'edificio⁵². L'idea dell'indennità quale compenso per la maggiore utilizzazione dell'area da parte del sopraelevante è ricorrente anche in giurisprudenza, la quale, soprattutto in passato, muoveva dal presupposto che i condòmini debbano essere considerati come titolari di un diritto di proprietà sulla colonna d'aria (distinto sia dal diritto di sopraelevare sia dal diritto sul suolo), e che l'indennità risponda appunto alla necessità di contemperare il diritto del sopraelevante con il sacrificio del diritto dei condòmini sulla predetta colonna d'aria⁵³.

B) Una seconda tesi⁵⁴, che ha avuto anch'essa in passato un discreto seguito in giurisprudenza⁵⁵, ed è stata quindi fatta propria da alcune più recenti pronunce di legittimità⁵⁶ e, da ultimo,

⁵⁰ G. BRANCA, *op. cit.*, p. 508 ss.; e v. anche L. DECRESTINA, *Il diritto di sopraelevazione nel condominio: un punto sulla situazione attuale*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 1133, M. TAMMA, *Diritto di sopraelevazione ed indennità ex art. 1127 cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, p. 485 e, da ultimo, A. ALAMANNI, *op. cit.*, p. 449. Cfr. inoltre G. MUSOLINO, *Il diritto di sopraelevazione: le fattispecie comprese e l'obbligo indennitario*, in *Riv. not.*, 2012, p. 638 ss.

⁵¹ G. BRANCA, *op. cit.*, p. 508 ss.

⁵² V. anche A. COCCHIARA, *La sopraelevazione degli edifici in condominio*, in *Rass. loc. e cond.*, 2000, p. 236, secondo il quale tale contemperamento, che dà risposta al fatto che il sopraelevante si scontra con i diritti dei condòmini non solo sulle parti comuni ma anche sulla suscettibilità edificatoria del suolo rispetto alla colonna d'aria sovrastante l'edificio, non riguarderebbe però i diritti sulle predette parti comuni, per le quali il contemperamento sarebbe già attuato dall'art. 1102 c.c., nel senso che ciascun partecipante può servirsi di esse senza alterarne la destinazione e non impedendone il pari uso, bensì "la maggior utilizzazione dell'area su cui sorge il fabbricato", come sarebbe confermato dal fatto che, rimanendo sempre lo stesso il valore del suolo (dividendo), con l'aumento del numero di piani (divisore) necessariamente diminuisce il valore di ogni quota di indennità per piano"

⁵³ V., in particolare, Cass. 6 febbraio 1970, n. 261; Cass. 17 maggio 1965, n. 947; Cass. 27 luglio 1964, n. 2073; cfr. anche Cass. 11 luglio 1958, n. 2511; Cass. 11 aprile 1964, n. 845; Cass. 16 marzo 1982, n. 1697; Cass. 10 giugno 1997, n. 5164; Cass. 1 luglio 1997, n. 5839; Cass. 16 giugno 2005, n. 12880; sull'impossibilità di configurare, nel nostro ordinamento, una proprietà della colonna d'aria separata dalla proprietà del suolo v. *supra* nota 49.

⁵⁴ Per il quale v., soprattutto, L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 1950, p. 129 ss.; L. SALIS, *L'indennità di sopraelevazione nel condominio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 102; L. SALIS, *Proprietà dello spazio aereo ed indennità di sopraelevazione* (nota a Cass. 16 luglio 1960, n. 1970), in *Riv. giur. edil.*, 1960, I, 632; G. BALBI, *Il diritto di superficie*, Torino, 1947, 97; G. GIACOBBE, *La superficie*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano 2003, p. 102 s.

⁵⁵ Cass. 13 febbraio 1993, n. 1844; Cass. 4 luglio 1966, n. 1273; Cass. 26 giugno 1963, n. 1727; Cass. 7 novembre 1961, n. 2572.

⁵⁶ Cass. 24 febbraio 2006, n. 4258; Cass. 22 novembre 2004, n. 22032.



anche dalle sezioni unite della Corte di Cassazione⁵⁷, individua il fondamento della regola dettata nell'art. 1127 c.c. nell'operare del principio dell'accessione. La premessa è che, nel condominio, ogni piano superiore al primo – che, diversamente dagli altri, incide direttamente sul suolo – insiste, come proprietà superficiaria, non sul suolo bensì sul piano sottostante, che si pone quindi come suo piano immediato di accessione. Conseguentemente, l'elevazione di nuovi piani comporta un progressivo spostamento verso l'alto del piano di accessione⁵⁸. In quest'ottica, il

⁵⁷ Cfr. Cass., sez. un., 30 luglio 2007, n. 16794, cit. (v. *supra* nota 10), le quali si sono occupate della natura giuridica della facoltà di sopraelevare nell'ambito di un discorso volto a risolvere la controversa questione della possibilità di qualificare come sopraelevazioni le opere che, pur elevandosi al di sopra del piano o del lastrico solare, non implicano spostamento in alto della copertura complessiva del fabbricato (in particolare, quando la nuova costruzione, incidendo solo su una parte del fabbricato in origine posta ad un livello inferiore rispetto a quella massima che lo stesso fabbricato raggiungeva in altre sue parti, non comporta l'innalzamento della copertura dell'edificio ma il livellamento verso il punto di massima elevazione del fabbricato anche delle parti originariamente ad altezza inferiore). Sul punto, la giurisprudenza si è a lungo divisa. Da un lato, si riscontrano pronunce che reputano irrilevante la circostanza che la costruzione sia contenuta oppure no nei limiti strutturali originari del fabbricato, ritenendo che anche in questo caso si debba parlare di sopraelevazione, sottolineandosi come la costruzione di nuovi piani sul lastrico comune, anche quando non superi l'altezza originaria del fabbricato, comunque consenta a colui che sopraeleva una maggiore utilizzazione dell'area comune su cui sorge l'edificio, ricorrendo dunque anche in questo caso l'esigenza, alla base della previsione normativa, di compensare con un indennizzo il minor vantaggio degli altri condòmini (Cass. 14 novembre 1991, n. 12173; Cass. 9 gennaio 1993, n. 146; Cass. 20 luglio 1981, n. 4861; Cass. 16 marzo 1982, n. 1697; in dottrina, cfr. A. COCCHIARA, *op. cit.*, p. 238). In altre pronunce, invece, si trova affermato il principio secondo cui la sopraelevazione è ravvisabile solo in presenza di un "intervento edificatorio che comporti lo spostamento in alto della copertura del fabbricato" (così Cass. 12 febbraio 1998, n. 1498; v. anche Cass. 20 luglio 1999, n. 7764 e Cass. 22 maggio 2000, n. 6643; in dottrina, v. G. BRANCA, *op. cit.*, p. 509), in adesione ad una concezione rigorosamente strutturale di sopraelevazione, contrapposta a quella funzionale prospettata dalle altre pronunce sopra menzionate, che ricollegano piuttosto il concetto di sopraelevazione all'esigenza, cui risponde l'indennità, di compensare gli altri condòmini. Le sez. un. hanno fatto anch'esse propria, da ultimo, una nozione funzionale di sopraelevazione, ritenendo che vi sia sopraelevazione, e conseguente diritto all'indennità, ogni qualvolta ci si trovi in presenza di opere che determinano la maggiore utilizzazione dell'area su cui sorge l'edificio. Ciò avviene, secondo la Corte, non solo nel caso di nuovi piani o nuove fabbriche, ma in coerenza con le nozioni di "ristrutturazione", "ricostruzione" e "nuova costruzione" acquisite in materia edilizia, tutte le volte in cui vi sia un aumento delle superfici o dei volumi utilizzabili, come nel caso di trasformazione dei locali preesistenti mediante l'incremento delle superfici e delle volumetrie indipendentemente dall'aumento dell'altezza del fabbricato (nella specie si trattava di trasformazione del sottotetto, attraverso la demolizione della copertura a falda esistente, l'innalzamento dei muri perimetrali di 50 cm. e la ricostruzione in appoggio della copertura senza spiovente). Questo aumento, difatti, crea una sproporzione economica nel rapporto tra il suolo su cui insiste l'edificio e i vari piani o porzioni di piano, che giustifica la corresponsione dell'indennità agli altri condòmini. Le sez. un. collegano quindi la nozione di sopraelevazione ad una funzione dell'indennità ravvisata nella compensazione del proporzionale *minor valore* delle quote dei condòmini in ragione dell'aumento di volume della proprietà del condòmino sopraelevante, a tal fine ponendo un esplicito parallelo tra la regola di cui all'art. 1127 c.c. e la previsione di cui all'art. 69 disp. att. c.c., che prevede la modifica delle tabelle millesimali in conseguenza della sopraelevazione (si sottolineano tuttavia, insieme alle affinità di *ratio*, anche le differenze tra questi due corpi disciplinari, in particolare nel carattere solo eventuale della modifica delle tabelle e nei differenti criteri sulla base dei quali operano la modifica delle tabelle millesimali e il calcolo dell'indennità: la prima, ancorata al rapporto tra il valore dell'edificio e l'incremento del piano o porzione di piano; la seconda, collegata invece al rapporto tra il valore del suolo e la maggiore utilizzazione di esso derivante dall'opera realizzata ed indipendentemente dall'entità di essa).

⁵⁸ Si legge, nella motivazione delle sez. un., che, "come dunque le opere e costruzioni fatte all'interno di un piano od autonoma porzione di esso accedono, in ragione della proprietà individuale e separata della porzione immobiliare considerata, al proprietario di questa e non a tutti i partecipanti al condominio, così le costruzioni eseguite sopra l'ultimo piano accedono in ragione dell'espresso disposto normativo...al proprietario di questo e non ai proprietari dei piani sottostanti": E v. i condivisibili rilievi critici, su questa affermazione, di M. BONI, *Ius aedificandi e soprae-*



diritto di sopraelevare è considerato come una facoltà compresa nel più ampio diritto di proprietà superficiaria avente ad oggetto l'ultimo piano (o, nel caso di proprietà esclusiva del lastrico solare, compresa nel diritto di superficie che, per implicita volontà dei condòmini, sarebbe attribuito al condomino al quale è riservata la proprietà esclusiva del lastrico solare⁵⁹). Ciò spiegherebbe, tra l'altro, perché il proprietario dell'ultimo piano (o del lastrico solare), oltre a potere sopraelevare, acquista – per accessione, dunque, in suo favore – anche la proprietà di ogni costruzione che sia effettuata abusivamente da terzi sull'ultimo piano (o del lastrico solare). In questa prospettiva, inoltre, il diritto all'indennità si giustificerebbe non in considerazione dell'utilizzo della colonna d'aria sovrastante l'edificio condominiale intesa come bene di pertinenza della collettività, bensì per la necessità d'una misura compensativa della *riduzione del valore delle quote di pertinenza degli altri condòmini* sulla comproprietà del suolo comune conseguente alla sopraelevazione realizzata dall'uno di essi e dall'acquisto da parte di questi della proprietà relativa⁶⁰.

Ad avviso di chi scrive, nessuna delle due tesi può essere condivisa.

Con riferimento alla prima di queste, si può, infatti, osservare che il diritto di sopraelevare attribuisce al condomino la facoltà di edificare e di mantenere *sul suolo condominiale* (e quindi su un bene di cui il condomino è proprietario soltanto *pro quota*) un bene in *proprietà esclusiva*. Non sembra si possa parlare, quindi, dell'esplicazione di una facoltà compresa nel diritto di proprietà del piano o del lastrico solare, perché non si vede come il diritto di proprietà possa attribuire al suo titolare la facoltà di costruire e mantenere in proprietà esclusiva un bene che insiste su un bene solo parzialmente proprio. Come vedremo, questa premessa dovrebbe piuttosto indurre a ricondurre tale prerogativa all'ambito dei diritti reali di godimento su cosa (parzialmente) altrui⁶¹.

levazione, in *Immobili e proprietà*, 2008, p. 231, la quale evidenzia l'incongruità dell'assimilazione, suggerita dalla Corte, tra un'attività costruttiva che si contiene entro i limiti dimensionali dell'unità di proprietà individuale e avviene al suo interno ed un'attività costruttiva che invece, come è nel caso della sopraelevazione, supera le dimensioni della singola unità venendo ad occupare lo spazio libero soprastante l'edificio ad a poggiare sulla copertura comune.

⁵⁹ V. sempre L. SALIS, *L'indennità di sopraelevazione nel condominio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 177 ss.

⁶⁰ V. sempre Cass., sez. un., 30 luglio 2007, n. 16794, cit. Spiegano la funzione dell'indennità avendo riguardo all'esigenza di compensare la diminuzione delle quote dei condòmini non sopraelevanti sul suolo comune anche Cass. 22 novembre 2004, n. 22032; Cass. 14 aprile 2004, n. 7051; Cass. 16 giugno 2005, n. 12880. Per Cass. 15 novembre 2016, n. 23256, l'indennità trova fondamento in un debito per responsabilità da atto lecito del proprietario dell'ultimo piano che, realizzando la sopraelevazione, abbia aumentato il proprio diritto sulle parti comuni dell'edificio (con la conseguenza che la domanda diretta ad ottenere l'indennità non include, neppure implicitamente, la richiesta risarcitoria derivante dalla compromissione statica o architettonica dell'edificio, ovvero dalla diminuzione di aria e luce ai piani sottostanti, azione che origina, al contrario, da fatto illecito di detto proprietario, ex art. 2043 c.c., e della quale la prima suppone, anzi, l'accertata inesistenza dei presupposti).

⁶¹ V. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 372; in diversa prospettiva si è inoltre rilevato che, se si considera la sopraelevazione come esercizio del diritto di proprietà del piano, diventa problematico giustificare il dovere di corresponsione di una somma a titolo di indennità, in quanto "il potere autorizzato dal contenuto normale di un diritto sembra razionalmente incompatibile colla presenza dei presupposti da cui, di regola, scatuisce l'indennizzo": così G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 431 ss.; sempre in critica alla tesi in parola, si è infine osservato che il diritto di proprietà dell'ultimo piano da solo non giustifica la possibilità, che è data al condomino, di usare lo spazio condomi-



Con riguardo alla seconda tesi, poi, le perplessità sono più di una, tutte puntualmente richiamate dalla più attenta dottrina. In primo luogo, si evidenzia quanto artificiosa sia l'idea di uno spostamento verso l'alto del piano di accessione⁶². Ancora si osserva come essa sia incompatibile con la natura comune (di norma) del tetto di copertura o del lastrico solare, ossia della superficie che dovrebbe rappresentare il nuovo piano di accessione spostato verso l'alto: non si vede, infatti, come, nell'ottica qui criticata, possa predicarsi l'acquisto per accessione in favore dell'ultimo piano anche quando questo sia sovrastato da un tetto o da un lastrico solare di proprietà comune⁶³. Si è poi rilevato che una simile idea non trova riscontro nel dato normativo, dal quale emerge che la disciplina dell'accessione è dettata, *ex art. 934 c.c.*, avendo riguardo al "suolo"⁶⁴, non ad altre superfici. A questi rilievi si può aggiungere quello, anche da noi richiamato in altra sede, relativo all'indennità, ossia la constatazione che una simile impostazione è inidonea a spiegare in modo convincente il fondamento dell'indennizzo a favore degli altri condomini: non si vede, infatti, perché colui che esercita una facoltà normalmente compresa nel suo diritto di proprietà debba pagare un indennizzo ad altri per tale esercizio⁶⁵.

niale sovrastante, sottraendolo in maniera definitiva alla possibilità di utilizzazione da parte degli altri condomini: R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 218.

⁶² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 372.

⁶³ G. PASETTI BOMBARDELLA, *Superficie (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, p. 585; in senso analogo M. CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione nel sistema dei diritti reali*, cit., p. 50. Cfr. anche M. BONI, *op. cit.*, p. 231, la quale rileva che "l'attività di sopraelevazione del proprietario dell'ultimo piano ... incontra materialmente sopra la sua unità un diaframma, una linea di separazione orizzontale, rappresentata dal lastrico solare o dal tetto, oggetto i diritti di comunione tra tutti i partecipanti", la cui presenza "esclude ... l'acquisto per accessione in favore dell'ultimo piano, il cui proprietario è abilitato a realizzare una nuova entità abitativa, che però, per essere insistente su un'area altrui, ossia la copertura comune a tutti i condomini, costituisce esercizio del diritto di superficie e quindi dà luogo ad altra proprietà qualificabile come superficaria a tutti gli effetti".

⁶⁴ M. CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 50.

⁶⁵ S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 265. Per inciso, si può aggiungere che la diversa soluzione a cui si ritiene di aderire in merito alla natura giuridica del diritto di sopraelevare e alla funzione dell'indennizzo, non è, però, di ostacolo ad accogliere la soluzione positiva affermata dalle sez. un. nella citata pronuncia del 2007 con riguardo alla possibilità di qualificare come sopraelevazioni le opere che, pur elevandosi al di sopra del piano o del lastrico solare, non implicano spostamento in alto della copertura complessiva del fabbricato. Anche muovendo dalla tesi che individua la *ratio* dell'indennizzo nel compensare gli altri condomini per il maggior sfruttamento, da parte del sopraelevante, della suscettibilità edificatoria del fondo, è, infatti, ragionevole concludere che la previsione dell'art. 1127 c.c. si applichi in tutti casi in cui una nuova costruzione, consistente in nuovi piani o nuove fabbriche, *che occupano una porzione del volume edificatorio fino a quel momento inutilizzato*, venga elevata sopra l'ultimo piano dell'edificio condominiale, indipendentemente dal fatto che la copertura complessiva dell'edificio sia spostata verso l'alto oppure no (S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 278), e che possa dunque essere considerata sopraelevazione, ad es., la costruzione di un nuovo piano o fabbrica su una *porzione* della copertura dell'edificio condominiale collocata a minore altezza rispetto al tetto, ossia l'ipotesi in cui il proprietario del piano attico adiacente alla terrazza condominiale, anch'essa di sua proprietà esclusiva, erige su quest'ultima costruzioni (ad es., mansarde o nuovi vani) che rimangono, nel loro complesso, contenute entro l'altezza originaria del fabbricato (questa è, in particolare, l'ipotesi che ha formato oggetto di Cass. 14 novembre 1991, n. 12173; cfr. anche A. COCCHIARA, *op. cit.*, p. 238 s.). Analogamente, quale che sia la tesi che si accoglie in ordine alla funzione dell'indennità, pare corretta la conclusione per cui si ha sopraelevazione anche nel caso in cui il proprietario dell'ultimo piano, anziché costruire un nuovo piano sopra al proprio, abbatta quest'ultimo e ricostruisca due piani che rimangano nei limiti dell'originaria altezza del fabbricato. Anche in questo caso, infatti, il sopraelevante sfrutta la suscettibilità edificatoria del suolo in misura maggiore rispetto agli altri condomini, così come l'aumento del numero dei piani determina una diminuzione proporzionale del valore di ogni quota di piano (in tal senso, Cass. 27 aprile 1961, n. 959).



C) Per tutte queste ragioni, la tesi che ci pare maggiormente persuasiva è quella, accolta con significativo riscontro in dottrina, che ravvisa nel diritto di sopraelevare un *diritto legale di superficie avente un contenuto economico proprio*, valutabile separatamente da quello degli altri piani ⁶⁶.

Questa tesi muove dalla constatazione che l'indennizzo è commisurato al valore dell'area occupata dalla sopraelevazione, da ciò traendo la conclusione che esso compensa un pregiudizio che deriva agli altri condòmini dalla *mancata utilizzazione dell'area occupata dal sopraelevante*. La facoltà di utilizzare l'area sovrastante il suolo per costruire o sopraelevare è, a sua volta, una facoltà normalmente compresa nel diritto di proprietà del suolo, che, in un edificio condominiale, spetta ai sensi dell'art. 1117 c.c. a tutti i condòmini, se non è diversamente disposto nel titolo ⁶⁷.

L'attribuzione di tale facoltà ad un solo condomino vale allora a separare la proprietà del suolo (o, nel caso di suolo non condominiale, la proprietà superficiaria avente ad oggetto l'edificio che insiste sul suolo) dalla facoltà di utilizzare lo spazio sovrastante il suolo e di tenervi una costruzione, ossia a costituire un diritto di superficie sul suolo di proprietà comune.

Il fatto che il diritto insista su un suolo di cui il soggetto è comproprietario ⁶⁸, non impedisce, a nostro avviso, che si tratti pur sempre di diritto di superficie, e non di facoltà compresa nel diritto di comunione, in quanto il comproprietario non può, da solo, elevare e mantenere, sul suolo comune, una costruzione in proprietà *esclusiva*: la costruzione sul suolo deve, piuttosto, essere fatta con il consenso di tutti i condòmini, e, in ogni caso, il fabbricato costruito in sopraelevazione, eventualmente anche dal singolo condomino senza il consenso degli altri o da un terzo, diviene di proprietà comune dei condòmini.

⁶⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 372, S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 264 ss.; e v. già F. PUGLIESE, *Della superficie*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1960, p. 469 ss.; G. PASETTI BOMBARDELLA, *op. cit.*, p. 1473; per questa tesi v., in giurisprudenza, Cass. 17 maggio 1965, n. 947; v. anche, più lontana nel tempo, Cass. 20 luglio 1934; Cass. 5 giugno 1971, n. 1674, in *Foro it.*, 1971, I, 2961, con nota critica di G. Branca; di superficie discorre anche L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, in *Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, 1950, p. 127 ss., il quale tuttavia preferisce distinguere tra il diritto del proprietario del lastrico solare, riconducibile alla categoria dei diritti di superficie, e il diritto del proprietario dell'ultimo piano, inteso come proprietà superficiaria, con conseguente spiegazione della disciplina della sopraelevazione in ragione dell'operare del principio dell'accessione non rispetto al suolo comune bensì a ciascun piano; distingue la posizione del proprietario dell'ultimo piano da quella del proprietario esclusivo del lastrico solare anche M. BONI, *op. cit.*, p. 229 ss.

⁶⁷ Ma anche nel caso in cui il titolo attribuisca la proprietà del suolo ad un solo condòmino o ad un terzo estraneo al condominio, pare ragionevole ritenere che lo *ius aedificandi* spetti comunque a tutti i condòmini, in quanto espressione, in questo caso, di un loro diritto di superficie sul suolo altrui o parzialmente altrui: anche in questo caso, infatti, come rileva G. TATARANO, *nota a Cass. 24 aprile 1965, n. 725*, in *Foro it.*, 1965, I, p. 2088, lo spazio sovrastante viene "a contatto con una proprietà (l'edificio condominiale) comune, e non può essere che di utilizzabilità comune", e poiché "massima manifestazione d'utilizzabilità è la *sopraelevazione*", ne discende che questa, "per tanto e perché fatto interessante solo apparentemente l'ultimo piano o il lastrico solare, ma in realtà le intere strutture portanti (muri, pilastri) di proprietà comune ..., non può che essere originariamente una facoltà di tutti i condòmini"; sarebbe quindi contraddittorio attribuire ai condòmini la proprietà delle parti comuni dell'edificio, e quindi la facoltà di utilizzarle, e non attribuire loro la facoltà di sopraelevare, che rappresenta la massima forma di utilizzazione delle parti comuni.

⁶⁸ Questa è la critica di R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 219.



Nell'ottica del diritto di superficie *ex lege*, la previsione di un indennizzo si può spiegare come un compenso per il maggior utilizzo della potenzialità edificatoria del fondo di cui il titolare del diritto di sopraelevare beneficia oltre quanto astrattamente gli spetterebbe come condomino, ossia nella sua qualità di titolare di una quota del suolo edificatorio⁶⁹.

In altre parole, si tratta di riconoscere che la legge, nel momento in cui ha deciso di concentrare su un solo condomino una facoltà astrattamente spettante a tutti, ha compresso i diritti dominicali (e condominiali) degli altri, costituendo un diritto reale di godimento sulla cosa comune (il suolo)⁷⁰ in favore di un unico condomino.

7. – Quali conseguenze si possono trarre dall'accoglimento di questa impostazione sui due, rilevanti, piani della (a) prescrittibilità del diritto trasferito e della (b) pubblicità immobiliare degli atti che ne dispongono la circolazione?

A nostro avviso, le conseguenze, pur nella diversità della premessa, sono, con riferimento al primo problema, le stesse a cui giunge l'autorevole dottrina da cui abbiamo preso le mosse per proporre le presenti riflessioni⁷¹, mentre, con riguardo al secondo problema, le conclusioni, pur dovendosi parimenti risolvere nell'ammissibilità della trascrizione, vi pervengono sulla base dell'applicazione di norme diverse e senza ricorrere, in particolare, ad un ampliamento in via di analogia del novero delle vicende per le quali deve ritenersi ammessa la trascrizione⁷².

Vediamo i due punti con ordine.

(a) Con riguardo al primo problema, in particolare, si può ammettere che il diritto in questione, pur riproducendo il contenuto del diritto di superficie, si allontana dalla disciplina propria di

⁶⁹ La particolarità della previsione legale sta, tuttavia, dal fatto che l'indennizzo è dovuto solo in caso di effettivo esercizio della facoltà di sopraelevare, ossia solo quando la sopraelevazione sia stata realizzata: non si tratta dunque di un corrispettivo dell'attribuzione *ex lege* del diritto di soprallzo ma di un compenso per il concreto esercizio del diritto (ciò che si giustifica in quanto il pregiudizio per gli altri condomini diviene effettivo, e quindi quantificabile, solo nel momento in cui la costruzione è completata e in cui quindi il sopraelevante si appropria dell'area occupata dalla sopraelevazione). Per tutti questi rilievi v. S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 265 ss.

⁷⁰ Una diversa tesi configura il diritto di sopraelevazione come un diritto reale autonomo rispetto a quello di proprietà dell'ultimo piano o del lastrico solare, avente ad oggetto il complesso delle parti accessorie dell'edificio (FERRUCCI, *Sulla natura e l'oggetto del diritto di sopraelevazione nel condominio*, in *Riv. giur. edil.*, 1961, I, p. 25, che spiega il diritto all'indennizzo con la necessità di compensare il maggior aggravio che la sopraelevazione rappresenta per le parti comuni dell'edificio (muri maestri, scale, ecc.). In senso contrario, si rileva tuttavia che il calcolo dell'indennità prescinde dalla considerazione delle parti accessorie dell'edificio e tiene conto solo del valore del suolo, ossia dell'area edificabile di proprietà comune. Di diritto reale autonomo, dotato di un suo specifico contenuto, non riconducibile allo statuto di proprietà condominiale rispetto al quale costituisce, per contro, una soluzione eccentrica, avente il suo fondamento nell'art. 1127, discorrono peraltro anche G. FURGIUELE, *op. cit.*, p. 463 e M. CAVALLARO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 55 s., la quale ultima ravvisa la *ratio* dell'indennità nel compensare l'appesantimento della struttura e la riduzione della quota individuale delle parti in comune che discendono dalla sopraelevazione.

⁷¹ V. *supra*, sub § 5.

⁷² V. quanto esposto *supra* sub § 5, con riferimento alla possibilità di rendere opponibili con lo strumento della trascrizione le vicende modificative del diritto di proprietà.



quest'ultimo proprio per il profilo qualificante della prescrizione. Si deve, infatti, ritenere che, trattandosi di diritto attribuito *ex lege* al proprietario dell'ultimo piano dell'edificio o al proprietario esclusivo del lastrico solare, ossia un diritto che la legge riconosce in favore, in entrambi i casi, di chi è titolare di un diritto imprescrittibile (la proprietà), il carattere dell'imprescrittibilità si comunichi anche al diritto di sopraelevare⁷³. Ancora, e meglio, si può anzi affermare che, poiché il diritto di godimento sul bene condominiale è attribuito al condomino *in funzione di tutela dei suoi interessi dominicali quali collegati alla sua partecipazione al condominio*, il suo esercizio deve potersi prolungare nel tempo tanto quanto permangono le esigenze (e il diritto) alla cui tutela esso è servente: di qui la conclusione che la perpetuità connaturata al diritto di proprietà si comunica al diritto di sopraelevare previsto dalla legge.

La qualificazione in termini di diritto di superficie non è però irrilevante, in quanto consente di concludere che, quando il diritto sia alienato a terzi *estranei* al condominio (ossia a soggetti non portatori di quegli interessi dominicali a cui il diritto di sopralzo si collega), questi non possano ricevere altro che un diritto prescrivibile nel termine ventennale ordinariamente previsto per i diritti reali di godimento su cosa altrui⁷⁴. Si ha quindi sì un mutamento di natura, che non riguarda però il tipo di diritto (che è e rimane diritto di superficie) ma il venire meno delle caratteristiche di specialità di quel diritto rispetto alla disciplina comune della superficie, in particolare per quanto attiene alla prescrizione, non giustificandosi più, una volta che sia stato scisso dalla proprietà, la speciale regola della imprescrittibilità⁷⁵.

In quest'ottica, si dovrebbe ritenere invece non soggetto a prescrizione ventennale per non uso il diritto di sopraelevazione che spetta al proprietario dei piani inferiori quando questi se lo sia riservato vendendo a un terzo l'ultimo piano⁷⁶, mentre la prescrizione per non uso ventenna-

⁷³ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, cit., p. 373; G. PASETTI BOMBARDELLA, *op. cit.*, p. 1473. La critica alla tesi che individua nel diritto di sopraelevare un diritto di superficie è spesso fondata proprio sul rilievo che, così ragionando, il diritto dovrebbe ritenersi prescrivibile per non uso, ciò che appare però in contrasto con lo scopo della norma: v. R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 218; M. TAMMA, *op. cit.*, p. 484.

⁷⁴ S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione*, cit., p. 287. In questo senso si era espresso, in prima edizione, anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1ª ed., 1999, p. 514, nt. 37 (la tesi non risulta però riprodotta nella seconda edizione dell'opera).

⁷⁵ V. S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione* cit., p. 287. Per il resto, tale diritto di superficie conosce comunque gli stessi limiti del diritto da cui deriva. In particolare, è da ritenersi che l'obbligo di pagare l'indennizzo agli altri condòmini gravi direttamente sul terzo acquirente che ha eseguito la sopraelevazione (G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici* cit., p. 517; l'indennizzo non sarà dovuto, ovviamente, nel caso in cui l'alienante stesso aveva, in forza del titolo, il diritto di sopraelevare senza indennizzo). Naturalmente, oltre a dover corrispondere l'indennizzo, il terzo deve anche rispettare, nell'eseguire la sopraelevazione, tutti gli altri limiti previsti nell'art. 1127 c.c. (v., in proposito, A. COCCHIARA, *La sopraelevazione degli edifici in condominio* cit., p. 238, il quale ritiene che, quando la sopraelevazione non possa essere attuata, perché non lo consentono *ab origine* le condizioni statiche dell'edificio, il contratto di trasferimento del diritto di sopraelevazione sia nullo per impossibilità originaria dell'oggetto, ciò che non vale per gli altri due limiti, che attengono non ad un impedimento obiettivo o assoluto, ma alle modalità concrete di esercizio del diritto di sopraelevazione).

⁷⁶ Nel senso della prescrivibilità v. invece, in giurisprudenza, Cass. 17 maggio 1965, n. 947, criticata, da opposte prospettive, da due autorevoli voci G. BRANCA, *Sopraelevazione da parte del proprietario di piani inferiori all'ultimo* (nota a Cass. 17 maggio 1965, n. 947), in *Foro it.*, 1965, I, p. 1940, e A. TRABUCCHI, *Il diritto di sopraelevazione nell'edificio con proprietà separate per piani in rapporto con il diritto di superficie*, in *Giur. it.*, 1966, I, p. 763.



le dovrebbe applicarsi nel caso in cui l'alienante, per effetto dell'alienazione, cessi del tutto di essere condomino⁷⁷.

Nella specifica ipotesi in cui la proprietà del suolo sia attribuita dal titolo (in deroga all'art. 1117 c.c.) allo stesso titolare (esclusivo) del diritto di sopraelevare, la qualificazione in termini di diritto di superficie non sembra tuttavia più ammissibile, per l'impossibilità di ipotizzare un diritto di superficie in capo all'unico proprietario del fondo su cui esso insiste, dovendosi piuttosto ritenere che in questo caso (ma solo in questo) la facoltà rientri effettivamente nel diritto di proprietà del suolo, come normalmente è il c.d. *ius aedificandi*⁷⁸. La qualificazione in termini di diritto di superficie conserva invece valore con riferimento alla diversa ipotesi in cui il suolo sia di proprietà esclusiva di un terzo non appartenente al condominio o di un condomino diverso dal titolare del diritto di sopraelevazione⁷⁹.

(b) Per quanto riguarda il problema della pubblicità immobiliare, ci sembra che dalla predetta qualificazione in termini di diritto di superficie (autonomo, ancorché normalmente accessorio alla proprietà condominiale) debba *sempre* discendere, sia in caso di alienazione del diritto ad

⁷⁷ Negli stessi termini si esprime G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 43, correttamente distinguendo dunque l'ipotesi in cui chi aliena riservandosi la facoltà di sopraelevare rimane condomino da quella in cui perde tale qualità perché aliena tutte le sue proprietà esclusive nel condominio.

⁷⁸ Cfr. in tal senso E. CARUSO, *La sopraelevazione*, in *Il condominio negli edifici* a cura di E. V. Napoli, Padova, 2000, p. 371.

⁷⁹ Per quanto attiene all'indennità, in entrambi casi (proprietà del suolo spettante ad un terzo o spettante, in via esclusiva, allo stesso sopraelevante o a singoli condomini) è ragionevole ritenere che la stessa sia comunque dovuta ai condomini, in quanto essa è in ogni caso diretta a compensare la mancata utilizzazione da parte dei condomini della ulteriore potenzialità edificatoria che a loro astrattamente spetta sul fondo, in questa ipotesi non come comproprietari del fondo ma come titolari della proprietà superficiaria dell'edificio comune insistente sul fondo altrui o parzialmente altrui (v. *supra*; e cfr. *amplius* S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione cit.*, p. 270 s.; alla stessa conclusione, per quanto riguarda la spettanza dell'indennità nei casi indicati, giunge anche G. TATARANO, *op. cit.*, p. 2088, sulla base però di un'interpretazione diversa dell'ult. co. dell'art. 1127 c.c.). Contro questa interpretazione non varrebbe rilevare che, ai fini del calcolo dell'indennità, l'art. 1127, ult. co., c.c., fa riferimento al "valore attuale dell'area da occuparsi con la nuova fabbrica, diviso per il numero dei piani, ivi compreso quello da edificare, e detratto l'importo della quota a lui spettante". È vero, infatti, che, secondo l'interpretazione prevalente (Cass. 5 dicembre 1987, n. 9032; Cass. 30 luglio 1981, n. 4861; Cass. 26 marzo 1976, n. 1084; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 525; D.R. PERETTI GRIVA, *op. cit.*, p. 288; A. COCCHIARA, *op. cit.*, p. 251; R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 233), per "area" deve qui intendersi il *suolo edificatorio*, nella parte di esso corrispondente alla proiezione verticale del piano di sopraelevazione, e non invece l'area sovrastante l'edificio (ossia il valore del piano sopraelevato o dei piani ad esso sottostanti) o il lastrico solare, con la conseguenza che la "quota spettante al condomino" deve intendersi anch'essa come quota del *suolo* spettante al singolo condomino. Sarebbe però errato da questa interpretazione dedurre che la norma può operare solo quando i condomini sono comproprietari del suolo. Il riferimento, infatti, è compiuto, secondo la corrente interpretazione, al suolo "*edificatorio*", come è confermato dal fatto che il valore del suolo deve essere determinato tenendo conto delle *concrete possibilità di sfruttamento del suolo secondo la normativa urbanistica ed edilizia applicabile nella zona* (v. gli aa. sopra citati), avendo riguardo anche all'ubicazione, all'accessibilità, alle aree pertinenziali ecc. In altri termini, il valore è quello che si attribuisce alla potenzialità edificatoria del fondo, e non alla proprietà del fondo in quanto tale; è cioè il valore della *facoltà di edificare sul fondo*, anche se disgiunta dalla proprietà dello stesso. Pare dunque confermato che la norma possa funzionare, e l'indennità essere dovuta, anche nell'ipotesi in cui i condomini non siano comproprietari del suolo, con l'avvertenza che in questo caso la quota da detrarre dal quoziente ottenuto dovrà intendersi come la quota per la quale ciascun condomino (astrattamente) avrebbe diritto di concorrere allo sfruttamento della potenzialità edificatoria del suolo in quanto comproprietario del suolo o in quanto superficiario (*pro quota* insieme agli altri condomini) del suolo medesimo (v. *amplius* S. TROIANO, *Il diritto di sopraelevazione, cit.*, p. 273 s.).

JUS CIVILE



altro condomino sia in caso di alienazione a terzi estranei al condominio⁸⁰, che la trascrizione sia da compiere ai sensi dell'art. 2643, n. 2, c.c.⁸¹. In contrario, non varrebbe obiettare che in questi casi l'atto, anziché *costituire* un diritto di superficie, mediante scorporo dal diritto di proprietà dell'alienante di una singola facoltà e trasformazione di questa in un autonomo diritto (con effetto, quindi, derivativo-costitutivo), determina invece un vero e proprio *trasferimento* (non costitutivo) del diritto di sopraelevare l'edificio condominiale già spettante ad un condomino. La formulazione dell'art. 2643, n. 2, c.c. (“contratti che costituiscono, *trasferiscono* o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, *il diritto di superficie...*”), è, infatti, idonea a ricomprendere oltre all'ipotesi della costituzione anche quelle del *trasferimento* – in senso tecnico – di un diritto di superficie già esistente, inteso come diritto di costruire su fondo altrui (*ius aedificandi*)⁸².

Un'ultima notazione, quanto meno per completezza, si impone.

Il diritto di sopraelevare, per come abbiamo cercato di ricostruirne la natura, è un vero e proprio diritto di superficie, per quanto con caratteristiche *sui generis* (v. in punto prescrizione) che discendono dalla sua, già rilevata derivazione dalla posizione dominicale dei condòmini, dal quale la legge lo ha peraltro scorporato. Non sarebbe esatto discorrere, quindi, di un diritto reale “atipico”⁸³, qualificazione la quale renderebbe peraltro incerta (in particolare con riguardo al regime della pubblicità immobiliare) l'individuazione della disciplina applicabile ai negozi che di tale diritto determinassero la circolazione, potendosi al più discorrere, a nostro avviso, di una variante *nominata* del diritto di superficie regolato dagli artt. 952 e seguenti del codice civile.

⁸⁰ D'altronde, anche a voler accettare la tesi secondo cui l'alienazione della facoltà di sopraelevare ad un altro condomino (diversamente da quella fatta ad un estraneo) darebbe luogo solo ad una modificazione della proprietà, e non alla costituzione di un diritto di superficie, risulterebbe irragionevole che la stessa vicenda – se riguardata dal lato del cedente, la vicenda è infatti esattamente identica, e consiste sempre nella perdita della facoltà di edificare, sia che si ceda a terzi sia che si ceda ad un condomino – debba essere resa pubblica in un caso ma non nell'altro oppure debba esserlo, nei due casi, sulla base di norme diverse. L'esigenza di completezza dei registri immobiliari, a cui è collegata anche l'efficacia del principio di continuità delle trascrizioni, imporrebbe di proporre comunque un'interpretazione estensiva dell'art. 2643, n. 2, c.c., atta a ricomprendervi anche il caso della cessione ad altro condomino.

⁸¹ Fatto salvo, riteniamo, il caso in cui il titolare del diritto di sopraelevare alieni il diritto di sopraelevare ad altri (condomini o estranei) trattenendosene tuttavia una quota: vicenda, questa, che dovrebbe essere resa pubblica mediante trascrizione ai sensi dell'art. 2643, n. 3, c.c., ossia della disposizione riguardante i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti del medesimo articolo. Tale disposizione si applica, infatti, a tutti i casi in cui un soggetto conferisce in comunione un bene di cui rimane contitolare (v. L. FERRI e P. ZANELLI, *op. cit.*, p. 144; A. ZACCARIA e S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione* cit., p. 85, ove peraltro si ricorda anche la diversa opinione, secondo la quale, non essendo il trasferimento di una quota di proprietà ontologicamente diverso dal trasferimento della proprietà, la norma applicabile sarebbe sempre l'art. 2643, n. 1, c.c., o meglio, per il caso di cui ci stiamo occupando, l'art. 2643, n. 2: così F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 217).

⁸² V. R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973, p. 137.

⁸³ Per uno spunto in questa direzione v., però, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 516, per il quale si tratterebbe di “un diritto reale (prescrittibile) di divenire condomino con il sopralzo”.



TOMMASO PELLEGRINI

Dottore di ricerca – Università degli studi di Roma Tre

**LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO TRA FATTO E DIRITTO.
BREVI ANNOTAZIONI SU RISARCIMENTO INTEGRALE
E *COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO***

SOMMARIO: 1. Concezione naturalistica e concezione giuridica della quantificazione del danno. – 2. Fondamento teorico della concezione naturalistica. – 3. Introduzione all'integrale risarcimento. – 4. La *compensatio lucri cum damno*. – 5. (segue) Le Sezioni unite e il paradigma (non-naturalistico) del «collegamento funzionale tra la causa di attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria». – 6. Appunto sul substrato naturalistico del danno. – 7. L'integrale risarcimento del danno non patrimoniale nel prisma della concezione giuridica della quantificazione.

1. – A ragionare per astrazioni, possono darsi due modi di pensare la quantificazione del risarcimento del danno. Il primo modo può essere definito “naturalistico”, il secondo “normativo”. Al primo sono connessi concetti come “integrale riparazione”, “ripristino dello stato *quo ante*”, “non arricchimento del danneggiato col risarcimento” e, nel senso che andremo a specificare, “conseguenze immediate e dirette”. Buona definizione del secondo potrebbe essere “concezione normativa di danno”, se non fosse che alla locuzione viene, come noto, attribuito più d'un significato¹ e quello oggi prevalente consiste nella qualificazione giuridica d'un evento, ossia la lesione di una situazione tutelata. Questa concezione si occupa, quindi, dell'*an* del danno, non del suo *quantum*². Si è soliti dire che esistono due danni, magari ispirati dal doppio danno dell'art. 2043³, il danno elemento della fattispecie ed il danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria⁴. La

¹ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 227 s.

² Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, spec. 148 s.; D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, in *Enc. dir.*, agg., I, Milano, 1997, 471; S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Dig. disc. priv.*, V, Torino, 1989, 96-97. Cogliamo qui l'occasione per indicare anche l'opinione che vede l'alternativa tra “nozione naturalistica” e “concetto giuridico” come un non senso «a misura che il significato di qualsiasi concetto ricorra in una proposizione normativa non può che determinarsi in base alla funzione giuridica che in essa è chiamato a svolgere» così M. BARCELONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 230 (e v. ancora D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, cit., 482). Mettono in guardia da semplici schemi definitivi sia A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica, oggetto e funzioni*, Padova, 2002, 158 s. sia C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Milano, 1985, 25, nota 9 che così descrive la promiscuità tra le varie concezioni: «i sostenitori della teoria patrimoniale non negano che la risarcibilità del danno presuppone altresì un giudizio di disvalore; e le teorie normative non sempre prescindono dalla rilevanza, per così dire, quantitativa del fenomeno, pur tendendo a respingerla in una fase successiva e autonoma del giudizio di responsabilità. D'altra parte, le teorie normative, in quanto fondate sull'alterazione o soppressione del bene (giuridico), non sono prive di contatto con le teorie c.d. naturalistiche (che pongono in primo piano la lesione del bene materiale)».

³ *Ex multis* C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 26.

⁴ *Ex multis*: A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 215; C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, 51; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 99-100; P.G. MONATERI, *La responsabilità*



concezione normativa pare concentrarsi sul primo, solo del secondo intendiamo invece occuparci.

Il modo naturalistico di leggere la quantificazione del danno non si pone apertamente in contraddizione col dato positivo. Come quello normativo, anch'esso si risolve in una operazione interpretativa. Sebbene non stia scritto da nessuna parte che il risarcimento debba essere integrale⁵ dietro a quel «risarcire il danno» dell'art. 2043 e a quel «è dovuto il risarcimento» dell'art. 1218, potrebbe proprio esserci il principio in discorso, e, come si vedrà, la differenza si coglie nella pre-esistenza della regola al fatto.

È la nozione di “danno” ad attrarre la disputa tra le due concezioni⁶, e l'idea che in esso convivano elementi naturalistici e prettamente giuridici, non è che una manifestazione di quella commistione – dunque possibile – tra il giuridico e il naturale con cui abbiamo aperto. È stato scritto che «il ‘danno’, da risarcire integralmente, è quello (e solo quello), che sia riferibile mediante regole giuridiche» al danneggiante⁷. Questa è la più puntuale sintesi della menzionata commistione che da un lato adopera un concetto pre-giuridico, sostanzialmente empirico, quale l'integralità del risarcimento, ma poi ne smussa il portato filtrandolo col dato normativo⁸. Ma la domanda viene da sé: è ancora integrale questo risarcimento?⁹

2. – Alla concezione naturalistica bastano due principi: il danno va risarcito integralmente; il danneggiato non deve arricchirsi col risarcimento. Limite minimo il primo, limite massimo il secondo, i due principi non sono che uno: il danno va risarcito, né più né meno di quel che è¹⁰.

tà civile, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 312; D. POLETTI, *Il danno risarcibile, La responsabilità e il danno*, Diritto Civile, Milano, 2009, 351-352.

⁵ Il che, per A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 182: «non è un caso». Cfr. G. GRISI, *sub. art. 1223*, in *Comm. Gabrielli*, Milano, 2013, 167.

⁶ Uno stretto nesso tra modalità risarcitorie e nozione di danno è indicato anche da D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 168.

⁷ Così C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 52 ripreso anche da G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 168, nota 6. Cfr. E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno* cit., 107: «il danno [...] ha certamente una rilevanza naturalistica, ma questa è delimitata e orientata dall'impronta normativa, in cui domina il profilo della funzione del risarcimento».

⁸ Dalle parole di Cesare Salvi, M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, 700 è portato ad annotare che «il danno non è una entità pre-giuridica rispetto alla quale informare il sistema della responsabilità civile, ma è il risultato tipico dell'attività del giurista che vi perviene, in diretta applicazione delle norme codicistiche».

⁹ Precisiamo che, se il principio di integrale riparazione viene tradotto nella doverosa «coincidenza tra la somma che l'avente diritto ha ragione di pretendere gli venga corrisposta a titolo di risarcimento del danno e l'importo determinato ai sensi dell'art. 1223 c.c.» (G. GRISI, *sub. art. 1223*, cit., 168), ebbene in tal caso la concezione naturalistica e il principio di integrale riparazione divergono al punto da non potersi più dare il secondo come una manifestazione della prima. Intendiamo dire che se il principio di integrale riparazione si risolve nei criteri normativi di quantificazione del danno (es. art. 1223) ebbene nulla di naturalistico, in quel principio, fin dalla radice, sarà più presente. La lettura in discorso è pertanto marcatamente normativa, come peraltro ci pare suggerire la relatività del principio al contesto in cui si trova ad operare: G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., passim e, esplicitamente, 191.

¹⁰ V. G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, Napoli, 2009, 285.



Il danno “è”, dunque, *a priori* dalla regola giuridica del suo risarcimento; ed è questa pregiudizialità a consegnare: al danno, i contorni dell’accadimento, presente e verificabile in natura; al risarcimento, le sembianze di «mera operazione contabile di calcolo dell’entità del danno»¹¹. Nelle conseguenze immediate e dirette dell’art. 1223 è forse possibile leggere questa pregiudizialità¹². Non è il diritto a dirci quando una conseguenza è immediata e diretta, sarà il giudice a farlo “interrogando” il fatto. Se il risarcimento arricchirà il danneggiato, è stato risarcito anche il danno mediato e indiretto; se il risarcimento non sarà integrale, non tutto il danno immediato e diretto è stato risarcito.

Questa concezione ha un chiaro fondamento teorico: il risarcimento è dato per ripristinare lo *status quo ante*¹³. Nella parola risarcimento è forse iscritta questa funzione¹⁴. Chi si prese la briga di indagarne l’etimologia ne indicò una derivazione dal latino *sarcire*, ossia il cucire del sarto preceduto dal prefisso *re*, ossia: di nuovo¹⁵. Così come uno strappo ricucito, il risarcimento ripristina ciò che era cancellando il danno¹⁶ che dunque «assume la forma di una “contingenza” da eliminare»¹⁷. Risarcire il danno significa ripararlo. E infatti proprio in “risarcire il danno”, fin dal primo Ottocento, veniva tradotto ciò che in francese era “*le réparer*”¹⁸. Eppure, significativo potrebbe essere che oggi la parola “riparazione” venga utilizzata prevalentemente nell’esegesi del risarcimento in forma specifica come sinonimo di quella reintegrazione menzionata all’art. 2058. Il dato è tanto più significativo se lo si fa reagire sul limite dell’eccessiva onerosità lì contenuto¹⁹. Il risultato potrebbe essere che il risarcimento è riparazione solo là dove questa non sia ec-

¹¹ Il virgolettato viene speso, per distanziarsene, da C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità*, Milano, 1990, 334.

¹² Indicativo in tal senso è anche che M. FRANZONI, *La compensatio lucris cum damno*, in *Danno e resp.*, 2017, 13 ritenga la *compensatio* un principio privo d’una autonoma operatività: «tutti i problemi posti al vaglio della giurisprudenza vengono risolti applicando le regole della causalità giuridica».

¹³ Cfr., tra gli altri, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005, 636; A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, in *Contr. imp.*, 1998, 1144. G. PONZANELLI, *Risarcimento giusto e certo tra giudici e legislatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 553; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 891; G. GRISI, *Il principio dell’integrale riparazione del danno* cit., 174; F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 342 s.

¹⁴ La «necessità di collocare la vittima nella situazione in cui si sarebbe trovata se il danno non fosse occorso» è, ad esempio, sinonimo di “funzione risarcitoria” in G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. imp.*, 2017, 1097. Cfr. G. GRISI, *Il principio dell’integrale riparazione del dannocit.*, 172.

¹⁵ C. MAIORCA, *I fondamenti della responsabilità* cit., 68. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2492.

¹⁶ V. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1963, 541: «“risarcire”, insomma, vuol dire proprio cancellare».

¹⁷ D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, cit., 469.

¹⁸ Come segnala C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Convegno per il cinquantenario della rivista (di diritto civile)*, 2006, 83 nota 9. Per una sorta di “traduzione autentica” v. l’art. 74 del progetto italo-francese del 1927. Questo il testo in francese: «*toutefois qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l’a commise à le réparer*». Questo il testo in italiano: «qualunque fatto colposo che cagioni danni ad altri obbliga colui che l’ha commesso a risarcire il danno». Solo nel testo italiano ci sono perciò questi due danni che, ancora senza l’ingiustizia che li diversificherà, appaiono nulla più d’una inelegante traduzione.

¹⁹ Da questo giudizio di eccessiva onerosità M. BARCELLONA, *Sul risarcimento del danno in forma specifica (ovve-*



cessivamente onerosa. Da ciò la distinguibilità dei due concetti, e più precisamente l'essere il risarcimento per equivalente un meno, in punto di quantificazione, della riparazione²⁰.

3. – L'integrale risarcimento è dunque, come detto, espressione d'un più generale modo di intendere che vede la quantificazione del danno operare alla stregua della ricognizione d'un dato reale, presente, visibile e verificabile nel modo fenomenico. Allo stato del mondo A) segue lo stato del mondo B), risarcire integralmente significa ripristinare lo stato del mondo A) che è, per l'appunto, un dato empirico. Si vedrà che questo modo di intendere il risarcimento non pare condivisibile, e sin d'ora segnaliamo come una dottrina abbia avvertito come lo scopo del risarcimento sia «restaurare il patrimonio in una proiezione ipotetica che può rivelarsi più o meno distante da quella preesistente al fatto illecito»²¹ così come altrove si legge che: «al concetto di danno giuridico solo illusoriamente può associarsi un unico possibile ammontare risarcibile»²². Da osservazioni di questo tipo nasce la curiosità nei confronti della genesi di quello che tal volta appare, dunque, come un mito giuridico²³.

Senza voler aspirare a tracciare la storia compiuta del principio di integrale riparazione, ci limitiamo a offrire alcune frammentarie suggestioni. Il marcato profilo sanzionatorio del risarcimento, tipico del diritto romano, pare chiaramente incompatibile con la concezione naturalistica del danno. Inoltre, il discusso criterio del *duplum* del risarcimento²⁴ sembra offrire ulteriore conferma dell'assoluta artificialità del concetto di danno risarcibile²⁵. D'altro canto, nel pas-

ro sui limiti della c.d. interpretazione evolutiva), in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, 643 trae la seguente insanabile contraddizione: «o il risarcimento può non essere integrale, e allora non è vero il principio della integralità del risarcimento; ovvero il R.F.S. può superare l'ammontare del risarcimento integrale, e allora non è vero il principio secondo cui il risarcimento non può oltrepassare il danno realmente subito dalla vittima, né dar rilevanza ai valori soggettivi». La prima opzione ci pare la più convincente, sebbene lo stesso Barcellona sia poi portato a sciogliere la contraddizione discorrendo (Ibidem, 648) di un «risarcimento integrale del solo danno effettivo oggettivamente apprezzato» (corsivo in originale) abbinato al principio di unitarietà del danno tra risarcimento per equivalente e risarcimento in forma specifica. Il frammento riportato è presente anche, leggermente modificato in M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile* cit., 924. Sul problematico inquadramento sistematico di tale limite rinviando anche a C. SALVI, *Il risarcimento in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., 594; M. LIBERTINI, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 344; M.R. Marella, *La riparazione in forma specifica*, Padova, 2000, 173 s.; A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 164 e spec. 170-171; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 816 s.

²⁰ Ma v. la critica che al punto dedica C. CASTRONOVO, *Il risarcimento in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* cit., 925. Cfr. anche M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 925 s.

²¹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 815.

²² M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 264.

²³ Di mitizzazione del principio scrive G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., 177 s.

²⁴ Cfr. M. LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, 57; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, vol. I, Bari, 1983, 128 s.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano, 1954, 233.

²⁵ *A fortiori* se si considera che il parametro quantitativo da raddoppiare era – con riguardo ai contratti (ossia, forse l'unico settore in cui il criterio veniva applicato) – non il “danno”, ma il valore della controprestazione.



saggio dall'*aestimatio rei* al *id quod interest*²⁶ quali criteri discretivi del risarcimento (che taluno ha creduto di individuare nel frammento di Ulpiano sulla quantificazione del danno per la morte dello schiavo nominato erede²⁷) pare potersi intravedere la radice della discussione sulla vigenza del principio dell'integrale riparazione, in rapporto alla risarcibilità del c.d. *interesse singolare*²⁸. Proprio l'analisi di questo interesse sarà poi al centro delle dispute medioevali sulla quantificazione, dispute tanto vivaci da non permettere però di individuare l'incontrastata emersione del principio in discorso²⁹.

Si sarebbe portati a pensare che il principio di integrale riparazione abbia trovato consacrazione con il giusnaturalismo, unite com'erano, queste vicende, dalla rilevanza della dimensione pre-normativa. Ma così non è. Nei lavori che precedettero il codice del 1804, fino alla soppressione dell'art. 47 del progetto dell'anno VIII³⁰, veniva riconosciuta al giudice la possibilità di "moderare" il risarcimento. Poter moderare il risarcimento significa poterlo non dare integralmente³¹. Tale potere sarà poi escluso, ma non a favore dell'affermazione del nostro principio, bensì per la sola ragione di precludere la discrezionalità giudiziale³². Eppure, sembra esserci un substrato naturalistico nel risarcimento, forse visibile negli esempi che Robert Joseph Pothier proponeva ad enunciazione di quella regola che sarà poi l'odierno art. 1223³³. Il fallimento commerciale dell'acquirente d'un bue infetto (che infetterà l'intera mandria dell'acquirente, innescando così una catena di eventi che si concluderà col fallimento) non è risarcibile perché nel fatto, solo nel fatto, non si scorge un collegamento immediato e diretto tra il danno e il suo ipo-

²⁶M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato* cit., 61-62; G. VALDITARA, *Dammum iniuria datum*, Torino, 2005, passim, cui rinviamo anche per una precisa analisi storica dell'affermazione del criterio dell'*id quod interest*.

²⁷Ulp. 18 ad ed. D. 9, 2, 21, 2, riportato da M.F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Napoli, 2010, 62, nota 6 da cui prendiamo anche la seguente traduzione: «ma facciamo la stima solo del suo corpo, calcolando quale fosse il suo valore quando sia stato ucciso, o piuttosto quale fosse il nostro interesse a che non venisse ucciso?». Una dettagliata analisi del frammento la si trova in G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela a non domini*, Milano, 1992), 202 s.

²⁸Per il rapporto tra (risarcibilità del) danno soggettivo e principio di integrale riparazione v. S. PATTI, *Danno patrimoniale*, cit., 104-105. Cfr. M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, vol. III, Padova, 2009, 34.

²⁹V. il recente R. VOLANTE, *Id quod interest. Il risarcimento in equivalente nel diritto comune*, Padova, 2012. Cfr. R. TRIFONE, *Contributo allo studio della liquidazione dei danni*, Firenze, 1922.

³⁰Ne dà conto, tra gli altri, V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 602. L'articolo così recitava: «le juge doit toujours taxer les dommages-intérêts avec une certaine modération, lorsqu'il n'y a point de dol de la part du débiteur». Cfr. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano, 1980, 165-166, cui si rinvia per ulteriore bibliografia.

³¹Cfr. A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, cit., 1148.

³²Uno spunto in tal senso viene fornito da G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Firenze, 1924, 190 che saluta con favore l'abbandono di questo potere di moderazione poiché a questo «la pratica vecchia aveva attribuita latitudine ampissima, spingendosi a considerare la povertà del debitore, le condizioni di famiglia e via discorrendo».

³³R.J. POTHIER, *Opere, Trattato delle obbligazioni*, trad. it., Livorno, 1835, 104 s.

JUS CIVILE



tetico autore. A leggerla con gli occhi di oggi, la regola del bue di Pothier è una tautologia³⁴. Letta in uno col menzionato potere di moderazione (che indichiamo essere parte integrante anche del sistema di quantificazione di Pothier), il risultato cambia: non è importante trovare una regola rigida di quantificazione giacché per questa esiste un potere equitativo che le consegna una coloritura prettamente giuridica, mediata dalla discrezionalità giudiziale. Il principio di integrale riparazione ha, dunque, ancora da venire.

Prendendo in mano la letteratura formatasi sul tema del risarcimento sotto il codice abrogato, ecco spuntare il concetto nell'art. 1228 cod. abr. (ossia grossomodo l'attuale art. 1225 c.c.)³⁵. Limitare il risarcimento al danno prevedibile al tempo della conclusione del contratto è un'eccezione al principio di integrale riparazione, sosteneva autorevole dottrina³⁶; e la cosa interessante è, dunque, annotare come – curiosamente – il principio nasca in negativo, ad esegesi d'una sua eccezione.

Due tappe concludono questo breve itinerario storico. La prima è il codice del '42, la seconda è quel processo di rinnovamento che interessò la civilistica italiana a partire dagli anni '60³⁷; processo convenzionalmente indicato come inaugurato dallo studio di Stefano Rodotà sulla responsabilità³⁸. Comprendere se il codice del '42 abbia abbracciato la concezione naturalistica o normativa della quantificazione del danno non è operazione semplice. In particolare, non è facile capire se nel codice sia presente il principio di integrale riparazione. Di certo, se esiste, esso

³⁴ Il primo a definire il sistema conseguenza/occasione come una tautologia fu probabilmente E. GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944, 77. Prima di lui era comunque diffusa l'idea che dietro le conseguenze "immediate e dirette" non si celasse una vera e propria regola. Cfr. D. MANDRIOLI, *Le conseguenze immediate e dirette dell'inadempimento doloso*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, 59. È d'altronde risalente la consapevolezza che – qui a scrivere è C.F. GABBA, *Contributi alla teorica del danno e del risarcimento*, in *Nuove questioni di diritto civile*, Milano-Torino-Roma, 1912, 226 – «in questa materia, più che in altra qualunque, molto va lasciato al discernimento del giudice».

³⁵ Basta a queste pagine l'analisi del c.d. diritto primo. Non ci intratterremo dunque nel tentativo di comprendere se – e di quanto – l'emersione del concetto di integrale riparazione *sub* art. 1228 cod. abr. abbia anticipato il suo omologo speso nella descrizione dell'indennizzo derivante dalla legge sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro del 1898. Per un inquadramento di quest'ultima vicenda v. L. GAETA, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, Napoli 1986, spec. 144.

³⁶ V. ad es. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, cit., 190 che disquisendo della prevedibilità del danno contrattuale si trovò a scrivere: «lo ammettere, che il prezzo risarcibile debba limitarsi alla somma prevista [oggi: prevedibile], quando questa riesce inferiore alla realtà delle cose, equivale a non indennizzare completamente il creditore. Non v'è dubbio; ma è quello precisamente che vuole la legge per usare un riguardo al debitore scevro da dolo. Si censuri la legge, se si crede ingiusta, ma non si travisi». Cfr. L. COVIELLO jr., *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1931, II, 100. Per la dottrina contemporanea v. C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 255 che definisce la regola della prevedibilità «un vero e proprio limite al principio della riparazione integrale». Cfr. anche A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008, 16 s.; G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del dannocit.*, 167, nota 2.; ID., *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 427, nota 112; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2015, 383. Anche in Francia – come riporta tra gli altri P. REMY, *La «responsabilità contractuelle»: historie d'un faux concept*, in *RTDCIV.*, 1997, 351 – del 1225 (1150) si è soliti indicare la deviazione («difficilement justifiable») dal principio di riparazione integrale.

³⁷ Per un inquadramento storico: C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile, Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 81 s.

³⁸ Ovviamente S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.



non ha comunque un gran peso specifico nel sistema del diritto positivo³⁹. Al netto delle ipotesi particolari⁴⁰ e richiamando qui quando sopra indicato per l'art. 2058⁴¹ e quanto diremo per l'art. 1223⁴², in entrambi i generali ambiti di rilevanza tale principio è soccombente – se non contraddetto punto – nell'art. 1225 per la responsabilità da inadempimento⁴³ e nel secondo comma dell'art. 2056 per la responsabilità aquiliana⁴⁴. Tuttavia, in ipotesi, potrebbe essere, che questo principio – assente o molto debole nel codice – abbia trovato successivamente una consacrazione. Ed è così che arriviamo al riferimento a Rodotà che, con la sua attenzione al danno e al danneggiato, pur non soffermandosi sulla quantificazione, pare porsi come maggior interprete di quella ri-articolazione della fattispecie che, sotto l'egida della Costituzione repubblicana, potrebbe avere qualche collegamento con il principio in esame, che talvolta, non a caso, si fa derivare dall'art. 24 Cost.⁴⁵. Torneremo sul punto⁴⁶.

Un dato pare, comunque, più significativo di altri: abbiamo detto che l'art. 1225 e il secondo comma dell'art. 2056 sembrano contraddire il principio di integrale riparazione⁴⁷, ossia una manifestazione della concezione naturalistica della quantificazione. Ebbene: non esistono norme più ignorate di queste nel sistema del risarcimento. La prevedibilità è, per i più, una mera regolarità causale, e dunque non un limite all'integrale riparazione⁴⁸, bensì una strana ripetizione dell'art. 1223⁴⁹. Il secondo comma dell'art. 2056 è tendenzialmente ignorato⁵⁰, ma soprattutto

³⁹ Cfr. M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012, 153 s.

⁴⁰ Quale, restando al codice, potrebbe essere la disciplina del deposito in albergo menzionata, in riferimento al principio in questione, da G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., 179.

⁴¹ V. sopra in conclusione del par. 2.

⁴² V. *infra* par. 7.

⁴³ V. sopra nota 35.

⁴⁴ Parla di questa norma come d'una eccezione all'integrale risarcimento L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II cit., 558 e III cit., 470. Per ragioni che a breve saranno chiare, ritiene che il secondo comma del 2056 non sia una deroga all'integrale riparazione bensì concorra «a una soddisfacente applicazione della riparazione integrale» C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 525.

⁴⁵ Esplicitamente: C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, cit., 28. Per un inquadramento: G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, cit., 435.

⁴⁶ V. *infra* par. 7.

⁴⁷ Senza occuparsi di integrale riparazione si trova ad accennare ad un collegamento – condivisibile – tra il secondo comma dell'art. 2056 e l'art. 1225 A. BELFIORE, *Il binomio «causalità giuridica– causalità materiale» e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 138, nota 34.

⁴⁸ Cfr. A. PINORI, *Il principio generale della riparazione integrale dei danni*, cit., 1166; si trova a discorrere d'un 1225 svuotato dal principio della riparazione integrale M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale* cit., 33 e nello stesso senso già si era espresso G. VALCAVI, *Sulla prevedibilità del danno da inadempimento colposo contrattuale*, in *Foro it.*, 1990, 1946 che però riteneva che il principio di integrale riparazione fosse un dogma fuorviante.

⁴⁹ Di strana «divisione testuale di un medesimo concetto» scrive C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 978 (e v. anche p. 984) che prosegue: «parrebbe piuttosto singolare che, per rispondere ad un'esigenza logico-interpretativa unitaria, si siano poste in essere due norme distinte». V. anche E. TUCCARI, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, in *NGCC*, 2012, 570 s.

⁵⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, cit., 93. Un indice di tale disinteresse si trova in P.G. MONA-



la sua funzione, nella gran parte della letteratura, non viene ricondotta alla moderazione d'un risarcimento troppo gravoso se risarcito integralmente, bensì al bilanciamento della dichiarata incertezza che da sempre adombra il lucro cessante⁵¹. Lasciamo in nota cenni bibliografici volti a sottolineare le antinomie che queste due letture producono in rapporto all'art. 1223 per la prima⁵² e l'art. 1226 per la seconda⁵³; lasciamo in nota e limitiamoci a ipotizzare dunque che se pur "non vigente", il principio di integrale risarcimento è forse "vivente": e con lui, essendone espressione, potrebbe vivere il modo naturalistico di leggere la quantificazione del danno.

4. – Introduciamo ora la *compensatio lucri cum damno*. È un principio, viene detto, ma al solo scopo di affermarne una giuridicità nonostante il mancato riconoscimento legislativo, sebbene la sua vigenza venga talvolta ancorata al concetto stesso di danno, in uno con il suo portato per cui il danneggiato non può arricchirsi con il risarcimento⁵⁴. Il risultato suona grossomodo così: danno = danno – lucro. Poiché il risultato di una sottrazione non può essere pari al primo dei due termini dell'operazione, delle due l'una: o la parola danno dell'operazione ha due significati diversi, oppure la formula "*compensatio lucri cum damno*" è imprecisa⁵⁵. Per non impan-

TERI, *La responsabilità civile*, cit., 313. Particolarmente esplicito C. SALVI, *Danno contrattuale ed extracontrattuale: un modello unitario o modelli contrapposti?*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo* cit., 129: «non mi pare assuma rilievo sistematico la previsione normativa per la quale "il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso" (art. 2056, c.c.). Si tratti o meno del residuo storico di una concezione statica degli assetti patrimoniali ai fini della responsabilità aquiliana, è certo che l'art. 2056 ammette a pieno titolo il lucro cessante come voce del danno risarcibile».

⁵¹ Cfr., *ex multis*, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 635 secondo la quale «il danno può sempre atteggiarsi come danno emergente e come lucro cessante e l'unica differenza tra i due elementi d[e]l danno sta nella maggiore difficoltà di prova inerente al lucro cessante, con il risultato che questa figura di danno si presterà più facilmente ad essere soggetta ad una valutazione equitativa»; C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, cit., 59; ID., *Il risarcimento integrale del danno, una missione impossibile* cit., 525; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 72; G. GRISI, *Sub. Art. 1223*, cit., 178; M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 53, nota 86. Per una ricostruzione alternativa orientata a vedere nel secondo comma del 2056 una limitazione della responsabilità «quando il peso di essa sia in enorme sproporzione con la gravità della condotta» v. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 514-515. Per un'altra ricostruzione v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 595 s.

⁵² Cfr. tra gli altri G. VILLA, *Il danno contrattuale risarcibile*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, Rime di-2, Milano, 2006, 928; C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile* cit., 972 s.; R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, 275 s.; A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno* cit., 199-200; M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 49 («la disapplicazione della regola di cui all'art. 1225 dipende dalla tendenza delle corti a far coincidere il criterio della prevedibilità con il giudizio sul rapporto di causalità, con l'esito di dissolvere la prevedibilità stessa nel concetto di regolarità causale»); L. LAMBO, *Willful breach e inadempimento doloso*, Torino, 2012, 138; E. TUCCARI, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, cit., 570 s.; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, cit., 385.

⁵³ Un accenno in P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 107 (e poi in ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 515 e 552), ma v. anche V. DI GRAVIO, *Prevedibilità e inadempimento doloso*, Milano, 1999, 68 s.

⁵⁴ Per un inquadramento v. M. FERRARI, *La compensatio lucri cum damno come utile strumento di equa riparazione del danno*, Milano, 2008, e i più recenti E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucri cum damno*, Milano, 2018 e U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio, Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018.

⁵⁵ Rileva poi M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno* cit., 10, come sia improprio parlare di *compensatio*

JUS CIVILE



tanarsi nel più improduttivo nominalismo ci limitiamo ad enucleare il significato minimo della formula. Due poste quantitative ben distinte, l'una positiva l'altra negativa, possono concorrere, là dove presenti, per dare il risultato finale del *quantum* dell'obbligazione risarcitoria. Il primo problema è capire cosa significhi questo "ben distinte". Per decifrare la *compensatio* di certo non basta dire che il risarcimento non debba arricchire il danneggiato. Un'automobile usata vale meno d'un'automobile nuova, risarcire la prima come la seconda significherebbe proprio arricchire il danneggiato, ma è fuori luogo scomodare la *compensatio* per negare questo risultato⁵⁶. Il lucro – l'arricchimento – deve stare nel fatto e non darsi col solo risarcimento. Non basta, però, che il lucro stia nel fatto. Tizio malmena Caio che finisce in ospedale; Caio al bar dell'ospedale compra un biglietto della lotteria che lo rende ricco. Qui, nel fatto, c'è sia un danno sia un lucro, e a chiedersi perché tra le due voci – ben distinte, ancora – non avvenga alcuna *compensatio*, molti sono portati a rispondere utilizzando le parole dell'art. 1223: vincere la lotteria non è una conseguenza immediata e diretta dell'essere stati malmenati⁵⁷. Devono essere distinte ma non troppo, dunque, queste due poste economiche; e il collegamento di derivazione immediato e diretto – di entrambe le poste da un unico evento – appare, da tempo, come un punto d'unione credibile⁵⁸.

5. – L'«espressione di per sé non particolarmente significativa»⁵⁹ delle conseguenze imme-

se la somma che si vuole sottrarre consista nel pagamento di un'assicurazione «dal momento che, per la vittima, il pagamento ricevuto dall'assicuratore non può qualificarsi come lucro derivante dal fatto, ma proprio come risarcimento del danno».

⁵⁶ Diverso il caso – v. R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento in forma specifica*, ora in *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, 281 s. – delle riparazioni antieconomiche, ossia l'ipotesi in cui, ad esempio, l'inesistenza d'un mercato dell'usato costringa il danneggiato a comprare il nuovo per sostituire il vecchio. Anche in questo caso, comunque, la vicinanza alla *compensatio* si limita ad una generica *ratio* comune, anche alla luce del fatto che è controversa la soluzione d'un caso del genere. Sul tema v. tra gli altri G. FERRI Jr., *Danno extracontrattuale e valori di mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, 758 s.; A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica*, cit., 188 s. e 207; A. CHIANALE, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1992, 186; M.R. MARELLA, *La riparazione in forma specifica*, cit., 178 s.

⁵⁷ Scrive E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucrum cum damno*, cit., 8: «questo è l'unico punto su cui si riscontra una certa concordia in dottrina, e altresì in giurisprudenza, e cioè che il fondamento della *clcd* vada rinvenuto nello stesso concetto di danno risarcibile offerto dall'art. 1223».

⁵⁸ V. tra gli altri L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II cit., 541; R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di compensatio lucrum cumdamno* (nota App. Catania, 12 gennaio 1951), in *Foro it.*, 1952, I, 639 (cfr. U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale?*, atto primo, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1836). V. anche S. PULEO, *Compensatio lucrum cum damno*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 31; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 637; M. FRANZONI, *La compensatio lucrum cum damno*, cit., 11. Critico: G. GALLIZIOLI, *Note critiche in tema di compensatio lucrum cumdamno*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 337 e prima C. LAZZARA, *Il problema dei vantaggi connessi con il fatto illecito. La c.d. compensatio lucrum cumdamno*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, Milano, 1965, 413 s. v. anche E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucrum cum damno*, cit., 29, s.: deve considerarsi che il richiamo al 1223 come fondamento della *compensatio* «non può essere considerato sufficiente, giacché ess[o] non offre alcuna puntuale indicazione per configurare la figura in esame come regola di portata generale, né giustifica alcuna deduzione in tal senso» e U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio*, cit., 35 che fin dall'introduzione definisce le «insegne della pura causalità» come «vaghe e inappaganti».

⁵⁹ C. SALVI, *Il danno extracontrattuale* cit., 51. V. anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 272-273.



diate e dirette – «formula oramai vuota di significato»⁶⁰ secondo alcuni; e anche formula di cui è stata ventilata la struttura di clausola generale⁶¹ – non può che creare incertezze applicative; incertezze che sul fronte della *compensatio* potrebbero in qualche modo aver provocato un recente intervento delle Sezioni unite⁶².

Le ordinanze di rimessione⁶³ sembravano accogliere il criterio naturalistico: il risarcimento serve a ripristinare lo stato *quo ante*, lì chiamato “principio di indifferenza”⁶⁴. A corollario veniva posta la riduzione della *compensatio* a “falso concetto”. Non c’è nulla da compensare – si legge nelle ordinanze – c’è solo da quantificare un danno: «l’operazione è una soltanto e consiste nel sottrarre dal patrimonio della vittima *ante* sinistro il patrimonio della vittima residuo al sinistro. E se in tale operazione ci si imbatte in un vantaggio che sia conseguenza dell’illecito non si dirà che per quella parte si sta “compensando” ma si dirà che l’illecito non ha provocato danno»⁶⁵. Eppure la corposa digressione sulla funzione dell’assicurazione che si trovava in quelle pagine – funzione indennitaria e dunque non cumulabile con il risarcimento – contraddiceva un poco la concezione naturalistica⁶⁶: perché allora la *compensatio* non è solo il recepimento d’un dato naturale, non è la mera ricognizione d’un fatto in cui convivono poste attive e passive, ma è un più penetrante giudizio, che di naturalistico ha ben poco, indirizzato a scandagliare innanzitutto le cause – o, come si dice, i titoli⁶⁷ – dell’arricchimento e poi, soprattutto, la loro compatibilità con il risarcimento⁶⁸. Insomma, nulla dice il puro fatto dell’operatività della

⁶⁰ G. GRISI, *Sub. art. 1223*, cit., 163.

⁶¹ Si trovano ad accennare alla dimensione di clausola generale dell’art. 1223: A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?* cit., 7, nota 5; M. PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, cit., 140 e G. GRISI, *Sub. art. 1223*, cit., 164. V. anche U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 640. Molto interessante è notare come i termini flessibili con cui il tema della causalità viene solitamente descritto, prendano già in D. MANDRIOLI, *Le conseguenze immediate e dirette dell’inadempimento doloso*, cit., 59, in un tempo che non può dirsi certo quello “delle clausole generali”, le sembianze, per l’appunto, di queste, là dove tale flessibilità viene ad essere giustificata nei seguenti termini: «...per questi arbitrii il diritto si avvicina alla realizzazione di quello che a seconda dei vari momenti storici, è il sentimento di giustizia». Sul vicino tema del 1227, v. C. ROSSELLO, *Il danno evitabile, La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, 76 s.

⁶² Cass. s.u. 22 maggio 2018, nn. 12564-12567.

⁶³ Cass. 22 giugno 2017, nn. 15534 s., in *Resp. civ. prev.*, 2018, 140 s., con nota di U. IZZO, *Le giurisdizioni di fronte al senso e alla storia comparata della compensatio lucrum cum damno*.

⁶⁴ Sul quale v. in generale M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 150. Sull’operatività di tale principio sulla *compensatio* v. le osservazioni critiche di E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucrum cum damno* cit., 112 e 128 s. Solo un accenno merita qui la pacifica inoperatività di tale principio con riguardo al danno non patrimoniale: C. SALVI, *Risarcimento del danno*, cit., 1099 s.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 222; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema italiano in materia di risarcimento del danno contrattuale*, cit., 27; G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite* cit., 430. Ma cfr. M.R. MARELLA-G. MARINI, *La costruzione sociale del danno, ovvero l’importanza degli stereotipi nell’analisi giuridica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 13 s.

⁶⁵ Cass. 22 giugno 2017, n. 15534, 24 (del dattiloscritto). Per la letteratura, v., *ex multis*, A. DECUPIS, *Il danno*, v. I cit., 313; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 44 s.

⁶⁶ V. anche E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucrum cum damno*, cit., 126 ss.

⁶⁷ Che sia proprio questo del titolo l’aspetto messo in ombra dalle ordinanze emerge anche in U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio*, cit., 161.

⁶⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 311;



compensatio, essendo questa il frutto d'un ragionamento prettamente giuridico⁶⁹.

Le Sezioni unite che ne sono seguite marcano più nettamente il profilo giuridico della quantificazione del danno. Certo anche lì si legge che «il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito»⁷⁰, ma ciò appare come il formale omaggio ad una tradizione che di lì a breve verrà contraddetta dall'esplicita centralità della «doverosa indagine sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato»⁷¹. Il paradigma dominante di queste Sezioni unite è quello del «collegamento funzionale tra la causa di

U. IZZO, *Le giurisdizioni di fronte al senso e alla storia comparata della compensatio lucrum cum damno* cit., 157 dove viene sottolineato come sia in espansione, sul tema, l'idea di quella necessaria visione analitica «che esalti e non già perplima il criterio della ragione giustificatrice del beneficio collaterale ricevuto dal danneggiato, per accertare se esso sia compatibile o incompatibile con la sua imputazione a risarcimento»; E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucrum cum damno*, cit., 143 s.

⁶⁹ Puntualizziamo come soffermarsi sulla funzione indennitaria dell'assicurazione per negare la cumulabilità significhi disinteressarsi del piano concettuale attinente al danno e di fatto negare che la sua ricostruzione para-naturalistica possa in qualche modo indirizzare l'interprete verso una modalità di decisione preordinata. Il danno inteso come ricognizione empirica d'un dato di fatto – ossia, l'impostazione para-naturalistica abbraccia dell'ordinanza con il dichiarato principio di indifferenza – degrada il fatto che la posta attiva consista in un indennizzo assicurativo a particolare insignificante nella ricostruzione della vicenda. Solo un *obiter* potrebbe dunque apparire questa digressione sulla peculiarità del contratto d'assicurazione giacché allo stesso risultato quelle pagine erano già arrivate tramite il principio di indifferenza. Ma così non è. «Se fosse sufficiente pagare il premio per cumulare indennizzo e risarcimento [...] allora si dovrebbe ammettere che il contratto concluso non è più un'assicurazione, ma una scommessa, nella quale puntando una certa somma (il premio) lo scommettitore può ottenere una remunerazione complessiva assai superiore» (pag. 26, per una diversa lettura del pagamento dei premi, perlomeno in caso di assicurazione sulla vita, che ne fa la controprestazione del pagamento dell'indennizzo e dunque apre al cumulo v., tra gli altri P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 605. Per la medesima idea estesa all'intero ambito delle assicurazioni v. A. DE CUPIS, *Il danno*, I cit., 320). Queste parole dell'ordinanza ispirano facilmente la seguente domanda: se il danneggiato non avesse assicurato il bene, ma sulla sua rottura avesse scommesso, opererebbe la *compensatio*? Diamo il danno per avvenuto e la scommessa spontaneamente adempiuta: può questa posta attiva non darsi una conseguenza immediata e diretta di quello stesso evento cristallizzato nella posta negativa che il danno rappresenta? Se veramente il risarcimento ripristinasse lo stato *quo ante*, di questo non farebbe parte la posta attiva data dal pagamento della scommessa. Non prendere in considerazione questa posta significa, precisamente, non ripristinare quello stato. Implicitamente l'ordinanza dice che in caso di scommessa non opera alcuna compensazione, il che pare un risultato condivisibile certo, ma in contraddizione con il piano meramente naturalistico che fin lì era andata impostando. Perché allora la *compensatio* non è solo il recepimento d'un dato naturale, non è la mera ricognizione d'un fatto in cui convivono poste attive e passive. Un recente studio ha poi messo in rilievo i connotati marcatamente «politici» operanti al di sotto della *compensatio* (U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale?*, atto III, in *Resp. civ. prev.*, 2016, spec., 27 ss.; ID., *La «giustizia» del beneficio*, cit., 81 ss.) connotati che intuitivamente entrano in contraddizione con qualsiasi ricostruzione naturalistica di danno. Ai nostri fini basta comunque annotare come dinanzi ad una scommessa – dove non c'è incompatibilità con l'arricchimento – nulla sembra impedire che il risarcimento concorra a ripristinare, o meglio mettere per la prima volta in essere, una situazione migliore dello stato *quo ante*. «Non esiste nell'ordinamento alcun principio che vieta l'arricchimento, se fondato su un valido titolo giuridico», è stato di recente osservato (E. BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucrum cum damno* cit., 33). Il quadro precedentemente descritto è capovolto. Il riferimento al contratto d'assicurazione non è l'*obiter* ma la ragione; e la concezione naturalistica nella quantificazione diviene l'*obiter*, peraltro forviante, di quell'argomentazione.

⁷⁰ Il virgolettato, come quelli che a breve nel testo saranno ripresi, è presente in tutte e quattro le sentenze. Prendendo la prima, ossia Cass.s.u. 22 maggio 2018, n. 12564 cit., si trova a p. 12 del dattiloscritto.

⁷¹ Sempre prendendo come riferimento Cass.s.u. 22 maggio 2018, n. 12564 cit., il virgolettato si trova a p. 18 del dattiloscritto.



attribuzione patrimoniale e l'obbligazione risarcitoria»⁷², collegamento che, là dove presente, determina l'operatività della *compensatio*. Ai nostri scopi particolarmente significativa appare poi l'attenzione che quelle pagine riservano al rischio che la *compensatio* si risolva in un ingiustificabile beneficio per il danneggiante, «apparendo preferibile in tal[e] evenienz[a] favorire chi senza colpa ha subito l'illecito rispetto a chi colpevolmente lo ha causato»⁷³. È il meccanismo di surroga o di rivalsa a scongiurare questo rischio, meccanismo la cui operatività, si legge nella sentenza, «è una scelta che spetta al legislatore»: «ad esso soltanto compete, in definitiva, trasformare quel duplice, ma separato, rapporto bilaterale in una relazione trilaterale, così apprestando le condizioni per il dispiegamento dell'operazione di scomputo»⁷⁴. Nella decisione delle Sezioni Unite è il legislatore, dunque, a decidere quando opera la *compensatio* e, se così è, la concezione naturalistica della quantificazione del danno, per lo meno dall'angolo visuale della *compensatio* (dove pure per molto tempo ha dispiegato un fascino sufficiente a caratterizzarne la descrizione) deve considerarsi definitivamente smentita.

6. – L'indicazione che emerge da queste Sezioni unite orienta verso un ridimensionamento del profilo naturalistico nella quantificazione del danno. Una parte della dottrina va da tempo sostenendo che la “causalità”, aggiungiamo: giuridica, non è che una metafora naturalistica⁷⁵. Nulla di naturale vive nelle “conseguenze immediate e dirette”⁷⁶. Il fatto che la *compensatio* poggia su quella stessa formula sorregge l'idea che della medesima metafora sia (o perlomeno: sia stata) espressione⁷⁷.

L'annotazione non risolve il problema, ma lo chiarifica. *Lo chiarifica* perché, ad esempio,

⁷² Cass.s.u. 22 maggio 2018, n. 12564 cit., 19. Cfr. l'impostazione analoga precedentemente espressa da U. IZZO, *La «giustizia» del beneficio*, cit., ad es. 318-319.

⁷³ Ibidem, 21.

⁷⁴ Ibidem, 21.

⁷⁵ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 275 e 887 che già dai tempi di ID., *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 14-15 scriveva: «dire che un certo danno è risarcibile perché normale, tipico, causato da fattori non eccezionali ecc. è un modo come un altro per dire che esso è risarcibile poiché ... si ritiene giusto e/o opportuno che sia risarcito». Cfr. D. MESSINETTI, *Danno giuridico*, cit., 497-498: «la rappresentazione della relazione causale è in realtà una di quelle operazioni che appartengono al linguaggio indiretto, nel senso che si attribuisce come risultato dell'applicazione del principio ciò che invece la ragione includente ed escludente rivela essere la conseguenza di una ragione diversa».

⁷⁶ Il dato che la determinazione dell'obbligazione risarcitoria «costituisca in buona parte una questione di fatto e di prova» viene definito un «pregiudizio» fondante della tradizionale sistemazione della responsabilità da M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 883.

⁷⁷ Scrive U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale?*, cit., 6: «il mobile e tribolato tecnicismo delle formule causali, in assenza di una considerazione esplicita delle funzioni della responsabilità associate a tali formule, appare da sempre lo strumento ideale per mettere in sordina le motivazioni sostanziali che si danno quando si compie la scelta di privilegiare una soluzione ispirata alla teoria condizionalistica, in luogo di una soluzione guidata da un criterio di causalità adeguata (o viceversa)». Cfr. E. BELLISARIO, *Il problema dei benefici collaterali e i paradossi della compensatio lucri cum damno*, in *Giur. it.*, 2017, 1810 s., spec. nota 12.



solo fuori dall'ingenuo realismo⁷⁸ del “danno in natura” è possibile cogliere l'ulteriore dimensione, quella sociale – talvolta detta: per stereotipi⁷⁹ – del danno⁸⁰. *Non lo risolve*, perché caduto il criterio naturalistico bisogna enucleare il criterio giuridico⁸¹, il che non è un'operazione facile. Ci limitiamo qui a impostare le coordinate per una riflessione sul tema. Sebbene il *quantum* del danno, il danno oggetto dell'obbligazione risarcitoria non si lasci descrivere in termini naturalistici, ciò non vuol dire che questo sia fuori dal mondo fenomenico, ossia un puro artificio, a mo' di *fictio* giuridica⁸². L'attuale dibattito sui danni punitivi sta lì a dimostrarlo. Contrari e favorevoli concordano: il danno punitivo risarcisce *oltre il danno*; il che significa, ancora, che il danno precede il risarcimento e con lui l'occhio giuridico. Se non esistesse un substrato naturalistico del danno, non si saprebbe proprio come distinguere un risarcimento da una sanzione⁸³.

Il modo più semplice per descrivere il combinarsi del giuridico e del fattuale sul punto ci pare darsi con un parallelismo con la colpa. Giuridicamente intesa, la colpa trova nella condotta del danneggiante – commissiva o omissiva che sia, con alcuni note peculiarità per quest'ultima – il substrato fenomenico di un giudizio di pura qualificazione, cioè di imputazione giuridica. La condotta esiste nella realtà, la colpa che quella condotta qualifica no. Allo stesso modo agisce la definizione di danno. Un danno genericamente inteso come perdita – lo stesso danno del linguaggio comune – esiste nel mondo fenomenico, esiste e fa da base al danno giuridicamente rilevante, che però (anche mettendo da parte il criterio selettivo dell'ingiustizia che opera su un diverso piano) come la dicotomia condotta/colpa, nel primo non si risolve. Non ogni condotta è colposa, non ogni perdita è un danno. Sono gli occhiali del diritto a qualificare sia la condotta sia la perdita rispettivamente come colpa e come danno risarcibile. La nota tripartizione negligenza-imprudenza-imperizia, non è molto più significativa del termine colpa che intende specificare, e non è detto, sul fronte del danno, che un'elaborazione teorica potrà fornire indicazioni molto più precise di quelle, insignificanti, cristallizzate nelle conseguenze “immediate e dirette”. Certo, come insegna la c.d. colpa specifica, una norma potrà definire colposa una determinata condotta, ma non in un preciso divieto ha necessariamente a risolversi la colpa. “Danno specifico”, prendendo per buono il parallelismo, potrebbe dunque chiamarsi ad esempio il danno oggetto delle note tabelle sul danno biologico (così come i danni punitivi sembrano in qualcosa ri-

⁷⁸ Prendiamo l'espressione da M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, cit., 8 s.

⁷⁹ V. M.R. MARELLA– G. MARINI, *La costruzione sociale del danno*, cit., passim.

⁸⁰ Cfr. G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, trad. it., Milano, 1996, passim. Rilevanti sul tema possono anche essere le considerazioni di P. RESCIGNO, *Libertà del trattamento sanitario e diligenza del danneggiato*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, V. 4., Padova, 1965, 1637 s.

⁸¹ Cfr. M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 888 s.

⁸² Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 224.

⁸³ V. anche, ad esempio, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, ora in *Diritto sostanziale e processo*, a cura di A. Proto Pisani, con presentazione di N. Irti, Milano, 2006, 241 – che nel rimangiarsi quanto prima sostenuto in ID., *Appunti sulle obbligazioni*, I, in *Riv. dir. comm.*, 1915, 543 – scrive: «ora vedo bene quanta distanza separi, in ogni caso, la pena dal risarcimento; e ciò che li distingue è la funzione satisfattiva che primeggia nel risarcimento, e non si riscontra, o si riscontra in limiti addirittura esegui nella pena».



calcare la responsabilità oggettiva⁸⁴), e non è un caso che proprio quelle tabelle abbiano suscitato la contrarietà dei difensori del risarcimento integrale. Quelle tabelle rappresentano infatti l'intima giuridicità del risarcimento, incompatibile con qualsiasi sua rappresentazione naturalistica. Il fondamento "politico" del danno non patrimoniale è d'altronde noto⁸⁵, e non aver da ciò inferito l'intima politicità del danno patrimoniale⁸⁶ – ma aver anzi progredito *a contrario*, cercando anche del danno non patrimoniale l'integrale risarcimento – rappresenta forse, un'occasione mancata.

7. – Inquadrando la vicenda della quantificazione del danno in una questione politica, o di politica del diritto che dir si voglia, il principio di integrale riparazione⁸⁷ potrebbe caricarsi d'un significato nuovo⁸⁸, perlomeno in rapporto al danno non patrimoniale. Un significato forse più in linea con il termine "principio" e ben distante dai contorni di vera e propria regola di cui invece viene caricato nella dimensione naturalistica del risarcimento.

Se Vittorio Polacco spiegava l'art. 1223 (o meglio l'art. 1229 cod. abr.), applicato ai contratti, come un incentivo al commercio⁸⁹ così come Gino Gorla spiegava l'art. 1223, applicato all'illecito, con l'alternativa distopica d'una società di inattivi buoni padri di famiglia⁹⁰, la fun-

⁸⁴ Se non altro per la comune funzione di sopperire alla mancanza d'un elemento prescritto dalla tradizionale configurazione del sistema di responsabilità; anche se ciò non sembra giustificare a sufficienza il fatto che spesso i due temi ispirino una trattazione (quasi) congiunta, come ad es. avviene in G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi"*, cit., spec. 1098 s.

⁸⁵ V. C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno, una missione impossibile*, cit., 523.

⁸⁶ V. anche U. IZZO, *È nato prima il danno o la sicurezza sociale, atto primo*, cit., 184 là dove, introducendo la *compensatio* si trova in breve a svelarne la «dimensione politica» poiché questa «finisce per riguardare in ultima analisi, le tensioni fra le idee neoliberiste portate in esponente dal diritto privato europeo e gli assetti interpretativi che il diritto privato italiano nel dopoguerra ha ricevuto e consolidato sulla spinta dei valori sociali e degli assetti solidaristici promossi dalla Costituzione repubblicana».

⁸⁷ Non casualmente: «un principio oramai declamato piuttosto che efficacemente realizzato in tutti i sistemi di responsabilità civile» (M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 175. Cfr. ID., *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 33 ss.); un principio «in una fase storica di attenuazione, se non di vera e propria crisi» (BELLISARIO, *Il problema della compensatio lucrum cum damno*, cit., 132).

⁸⁸ Quest'idea della pluralità di significati riconducibili al medesimo principio di integrale riparazione fa da sfondo all'indagine di G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., spec. 190 s.

⁸⁹ V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 586 a parere del quale l'indiscriminata risarcibilità di tutto quanto causalmente connesso all'inadempimento «rallenterebb[e] il moto dei civili e commerciali negozi».

⁹⁰ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 407 che sempre a dar sostanza al 1223, questa volta per il tramite del 2056, scrisse: «*agire è sempre un rischio*; e, se il soggetto ne dovesse sopportare tutte le conseguenze, egli, se non è uno spirito avventuroso o un delinquente, si dissuaderebbe dall'azione. Ne potrebbe nascere una società di *statici* buoni padri di famiglia» (corsivi in originale). Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 184 che indica il problema della tutela aquiliana del credito nella «paralisi dell'attività» precipitata dall'esposizione ad una «pioggia» di richieste di risarcimento: «è questa in fondo la *ratio* di principi secondo i quali «il contratto ha solo effetti tra le parti» (art. 1372) ovvero secondo cui il «danno ingiusto» è solo quello derivante dalla lesione di diritti assoluti». L'autore prosegue poi indicando l'inesistenza d'una unitaria concettualizzazione della c.d. tutela aquiliana del credito, formula sotto la quale altro non sembra celarsi (p. 187) che



zionalizzazione produttivista (oggi: efficienza⁹¹) del risarcimento deve considerarsi nota da prima che Guido Calabresi la indagasse analiticamente⁹². Polacco e Gorla avevano intuito che il bilanciamento di interessi sotteso all'attribuzione quantitativa della responsabilità non vedeva sui due piatti della bilancia l'interesse del danneggiante e quello del danneggiato, bensì l'interesse di quest'ultimo e quello della società considerata nel suo complesso. Dall'interrogazione del fatto di Pothier si passava dunque alla decifrazione della società: dal fatto al contesto nel quale il fatto veniva a darsi. È diventato d'uso comune oramai definire il sistema di responsabilità come un "meccanismo di ingegneria sociale" e tale definizione pare incompatibile con qualsiasi ricostruzione naturalistica della quantificazione del danno⁹³. Alla riparazione integrale non interessa l'efficienza, così come quest'ultima fa a meno della riparazione integrale⁹⁴. Il modello della "allocazione efficiente d'un rischio" mal si concilia con il paradigma della "riparazione integrale del danno", eppure il successo del primo non ha significato il ridimensionamento del secondo. Un danno è danno quando è utile che sia risarcito per la seconda; un danno è danno *a priori* per la prima, e come tale deve essere (in costanza degli altri elementi della fattispecie) sempre risarcito.

Significativa è, a esempio, la sentenza della Corte costituzionale sulle microlesioni da incidente stradale⁹⁵. L'estrema sintesi che può trarsi dalla sentenza è: i risarcimenti devono essere

«l'individuazione di danni risarcibili (perché ingiusti), con particolare riguardo all'esigenza di identificare soggetti più intensamente e direttamente danneggiati».

⁹¹ I due termini non sarebbero precisamente sovrapponibili se non fosse che come rileva L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Milano, 2004, ora in L. MENGONI, *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 263: «la valutazione di efficienza non è autonoma, [ma] dipende dallo scopo che si vuole raggiungere». Ed ecco che i due termini diventano equivalenti là dove il menzionato scopo viene inquadrato – per dirla con M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, trad. it., Milano, 2009, 246 – nella «moltiplicazione immediata del profitto nella meccanica puramente economica degli interessi» vincolata esclusivamente – aggiungiamo con L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo, regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, 96 – alle sue stesse «condizioni di riproducibilità».

⁹² G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile, Analisi economica-giuridica*, trad. it., Milano, 1975.

⁹³ Aggiungiamo che là dove questa "ingegneria sociale" suggerisca l'introduzione d'un danno punitivo sarà inscritta nella fattispecie la distanza dal modello naturalistico: cfr. M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente nella responsabilità aquiliana*, in *Contr. imp.*, 2017, 1153 s.

⁹⁴ Cfr. M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, cit., 175 s.; ID., *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, cit., 32: «i vari sistemi di responsabilità civile adottano meccanismi che portano a distribuire le perdite tra danneggiante e danneggiato piuttosto che ad allocare realmente il peso (integrale) del danno sull'uno o sull'altro». V. anche P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., 316 s. che infatti si trova a scrivere (ibidem, 317): «il risarcimento non è un *datum* naturale, ma il risultato *artificiale* dell'applicazione di determinati criteri».

⁹⁵ Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1826 s. con note di C. SCOGNAMIGLIO, *Legittimità delle limitazioni risarcitorie in materia di microlesioni da sinistro stradale* e P. ZIVIZ, *Prima furon le cose, e poi i nomi*; in *Eur. dir. priv.*, 2015, 1389 s. con nota di L. GUFFANTI PESENTI, *La corte costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*, in *Corr. Giur.*, 2014, 1484 s. con nota di M. ROSSETTI, *Micropermanenti: fine della storia*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2015, 172 s., con nota di V.V. CUOCCI, *La tutela risarcitoria del danneggiato nell'assicurazione obbligatoria r.c. auto: alla ricerca di un equilibrio tra integrale riparazione del danno e riduzione dei premi assicurativi*. V. anche Corte Cost. 22 novembre 1991, n. 420, in *Foro it.*, 1992, I, 642 con note di G. PON-



bassi perché altrimenti i premi assicurativi sarebbero troppo alti⁹⁶. La Corte costituzionale applica così al danno non patrimoniale il nucleo concettuale già accennato per il danno patrimoniale da Gorla e Polacco, con buona pace del principio di integrale riparazione. Eppure, non è detto che questo stato di cose sia immutabile. Intendiamo dire che una volta riconosciuto il substrato politico della quantificazione, la direzione di tale politica, lungi dal porsi come universale rivela la sua intima storicità⁹⁷. Il produttivismo con cui Polacco e Gorla spiegavano l'art. 1223 potrebbe infatti cedere d'innanzi ad interessi che la società non intende sacrificare. E arriviamo così all'accennato nuovo significato che nel tempo potrebbe aver assunto il principio di integrale riparazione; nuovo significato che peraltro ci sembra l'unica chiave di lettura in grado di spiegare come mai di tale principio si discorra soprattutto in riferimento al danno non patrimoniale⁹⁸, un danno di cui vengono qui in rilievo due caratteristiche ben note in letteratura: l'insussistenza di parametri cui riferire l'integralità⁹⁹ e la più sentita esigenza d'una tutela forte dimostrata dal frequente aggancio ai principi costituzionali¹⁰⁰. Ciò che intendiamo dire è che in

ZANELLI e F. COSENTINO. Su quest'ultima sentenza cfr. G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., 180 s.

⁹⁶ Rievocando un precedente scrive la Corte che non si configura «ipotesi di illegittimità costituzionale per lesione del diritto inviolabile alla integrità della persona ove la disciplina in contestazione sia volta a comporre le esigenze del danneggiato con un altro valore di rilievo costituzionale». Un successivamente menzionato interesse «generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi», sebbene la Corte se ne guardi dall'esprimerlo, sembra proprio essere quest'altro valore di rilievo costituzionale. Cfr. L. GUFFANTI PESENTI, *La corte costituzionale e l'inedita funzione sociale del diritto alla salute*, cit., 1396-1397.

⁹⁷ Alla luce di tale osservazione siamo anche portati a leggere il lieve contrasto tra M. ROSSETTI, *Micropermanenti: fine della storia* cit., 1490 (v. anche: P. ZIVIZ, *Prima furon le cose, poi i nomi* cit., 197) e C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno da micro permanenti* cit., 1841, nota 14 sull'estendibilità – cui il secondo al contrario del primo propende – della sentenza del 2014 al di fuori delle microlesioni da incidente stradale.

⁹⁸ A cominciare dalla nota Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, II, 2067: «quand'anche si sostenesse che il riconoscimento, in un determinato ramo dell'ordinamento, di un diritto subiettivo non esclude che siano posti limiti alla sua tutela risarcitoria [...] va energicamente sottolineato che ciò, in ogni caso, non può accadere per i diritti e gli interessi dalla Costituzione dichiarati fondamentali». Il passaggio è ripreso anche da S. LANDINI, *sub. art. 1905*, in Comm. Gabrielli, Milano, 2011, nota 3. Cfr. Corte cost. 6 maggio 1985, n. 123, in *Foro it.*, 1985, I, 1585 con nota di R. Pardolesi, presa in considerazione anche da G. PONZANELLI, *Il diritto all'integrale riparazione del danno: il caso delle micro permanenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 532 s. v. anche sempre di G. PONZANELLI, *Danno morale, danno esistenziale e Corte di Cassazione*, in *NGCC*, 2017, 41. Cfr. G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, cit., 190-191.

⁹⁹ Un accenno già in L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II cit., 557 e poi per la dottrina contemporanea v. soprattutto C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno, una missione impossibile*, cit., spec., 524 s., ma v. anche, ID., *Il danno extracontrattuale*, cit., 59. Cfr. G. PONZANELLI, *Il diritto all'integrale riparazione del danno: il caso delle micro permanenti*, cit., 538; D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, cit., 375; G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno* cit., 193 s. e ID., *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, cit., 428 dove peraltro si pone l'interrogativo della compatibilità tra il principio della riparazione integrale e quell'irrisarcibilità dei danni bagatellari cui fecero menzione le note Cass. s.u. 11 novembre 2008, n. 26972. V. anche F.D. BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta*, cit., 143 che dopo aver salutato con favore l'estensione del principio di integrale riparazione al danno non patrimoniale precisa che questo, in riferimento alla persona «non riflette un dato oggettivo di per sé suscettibile di diretto riscontro economico – come avviene normalmente per il danno al patrimonio –, ma si pone come un obbiettivo ragionevolmente perseguibile in termini di *effettività* del pregiudizio» (corsivi in originale). Ritene che il principio di riparazione integrale proprio non si applichi al danno non patrimoniale G. VINSINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., 838.

¹⁰⁰ V. ad es. G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*,



riferimento al danno non patrimoniale, e forse solo al danno non patrimoniale, il principio di integrale riparazione potrebbe incarnare un *warning* assiologico – non dissimile dall’aggettivo “fondamentale” che la Costituzione pone a ridosso di taluni diritti – che punta precisamente a disinnescare quell’ottica funzionalista appena vista operare¹⁰¹. E così meglio si spiega il riferimento su accennato a Rodotà¹⁰². Non tutto – ci sembra dire tale principio, o meglio chi lo perora in riferimento al danno non patrimoniale – è bilanciabile con ciò che l’art. 844 chiamerebbe le «esigenze della produzione»¹⁰³.

Ora, non sappiamo se la configurazione di un’area impermeabile al bilanciamento di stampo efficientista sia compatibile con lo spirito del tempo. Più d’un indice porta a pensare che oggi nulla possa sottrarsi a tale calcolo¹⁰⁴. Ciò che interessa alle nostre pagine pare, però, emerso con precisione; se veramente il principio di integrale riparazione può rappresentare un argine alle dirompenti ragioni della produzione, ebbene la sua applicazione nulla spartisce con quell’empirico “ripristino d’uno stato *quo ante*” di cui tal volta appare il precipitato. Lungi dal rappresentare un’affermazione dei criteri naturalistici nella quantificazione del danno, il principio si rivela, dunque, l’affermazione di una deliberata scelta politico-assiologica. E se la scelta si pone in termini opposti e incompatibili con la non-scelta in cui si risolve la semplice ricognizione d’un dato di fatto, la conclusione non ci pare che poter essere: la quantificazione del danno è, e resta, una questione puramente normativa.

2016, 78, nota 13, a parere del quale la menzionata sentenza della Corte Costituzionale «appare dimentica della centralità e della primazia dei diritti fondamentali della persona». Cfr. G. GRISI, *Il principio dell’integrale riparazione del danno*, cit., 191.

¹⁰¹ Principio di integrale riparazione e “principi che animano la nostra Carta fondamentale” diventano un tutt’uno in P. ZIVIZ, *Prima furon le cose, poi i nomi*, cit., 197. Simile la sintesi proposta da M. ROSSETTI, *Micropermanenti: fine della storia*, cit., 1487 dell’ipotizzato contrasto costituzionale che venne a darsi in quella vicenda: «poiché il diritto alla salute è inviolabile, il risarcimento del danno derivante dalla lesione di esso deve poter essere liquidato tenendo conto di tutte le specificità del caso concreto, perché altrimenti il ristoro non sarebbe integrale, e quel diritto fondamentale non potrebbe dirsi protetto».

¹⁰² V. sopra par. 3.

¹⁰³ Emblematiche le parole che P. ZIVIZ, *Prima furon le cose, poi i nomi*, cit., 1849 spende sulla menzionata sentenza della Corte costituzionale: «un bilanciamento del genere [tra risarcimento e costo diffuso dei premi assicurativi] non appare in radice ammissibile, dal momento che – per favorire un interesse di carattere economico – risulta sacrificato un interesse costituzionalmente protetto di carattere personale».

¹⁰⁴ In particolare tra le pieghe del principio di razionalità – ottimizzazione del risultato in un contesto di risorse scarse – può intravedersi, come fece L. MENGONI (*Sull’efficienza come principio giuridico*, cit., 268) la soggezione dello Stato alla logica economica. Quella «limitazione della governamentalità mediante il calcolo di utilità» storicamente data, a dire di Foucault (*Nascita della biopolitica*, cit., 54 ma v. anche 22 s. e 108), che in ciò vide il passaggio di testimone tra l’antica sovranità e la moderna governabilità. Nell’ottica della governabilità l’efficienza economica non è di primo acchito un valore, bensì sia la premessa, sia un modo d’essere, del concretizzarsi di tutti valori, o perlomeno di quelli che si inverano tramite una forma di redistribuzione. E se è vero che «la riduzione dell’argomentazione giuridica alla analisi economica trasformerebbe l’economia in un criterio morale ultimo» (L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1996, ora in *Scritti I*, cit., 98) è dinnanzi ad un criterio morale, più o meno ultimo a seconda delle circostanze, che ci troviamo; così come se «la giustizia sostanziale dovrebbe soddisfare la più vera e profonda aspirazione dell’uomo» (L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, trad. it., Milano, 1990, 44) è ad un ridimensionamento di questa aspirazione che il sistema, e con lui l’interprete, sembra doversi uniformare in direzione di quella che Keynes definiva «una sorta di parodia dell’incubo del contabile» (J.M. KEYNES, *La fine del laissez-faire e altri scritti economico-politici*, Torino, 1991, 95).



ABSTRACT

*Damages quantification between facts and law. Notes on the principles of full compensation and compensation *lucri cum damno**

The Author investigates the issue of loss and damages quantification, with a focus on the principles of “full compensation” and “compensation *lucri cum damno*”. Although assessment of damages mainly consists in matters of fact, the Author argues that there is no loss or damage which pre-exists their legal concept and definition. This thesis is supported with the review of recent case-law of the Court of Cassation (Sezioni unite 22-5-2018, nn. 12564-12567). Furthermore, the principle of full compensation is addressed with specific regard to non-pecuniary losses.

**L'INADEMPIMENTO DIPENDENTE DA DOLO ***

SOMMARIO: 1. *Promemoria per l'interprete.* – 2. *Il dolo, in ambiente aquiliano e contrattuale.* – 3. *Il dolo nella previsione dell'art. 1225 c.c.* – 4. *Il dolo e l'inadempimento efficiente.* – 5. *Il dolo nel contesto dell'art. 1229 c.c.*

1. – Tra le direttive che l'art. 12 prel. impartisce ce n'è una – non la scopro certo io – che l'interprete, forse obnubilato o ciecamente convinto che questa disposizione abbia ormai fatto il suo tempo, talvolta trascura o travisa. La si desume chiaramente dal richiamo alla necessaria corrispondenza con il senso “fatto palese dal significato proprio delle parole”, che non solo impone di non attribuire alla disposizione interpretata altri significati incompatibili con esso, ma segnala la necessità di adoperare grande cautela nella ricerca di sensi “non palesi”, sovente invece frettolosamente accreditati per via di automatismi solo in apparenza logici che celano in realtà altrettante congetture. Nella postmodernità qualche sano esercizio di interpretazione non guasta. Prendiamo, allora, in considerazione tre esempi, utili a meglio chiarire quanto appena esposto.

Il primo rimanda al co. 1 dell'art. 1256 c.c., che sancisce l'estinzione dell'obbligazione “quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile”. Non è affermato che l'obbligazione non si estingue là dove l'impossibilità non sia imputabile al debitore e, tuttavia, secondo l'opinione largamente prevalente, questa conclusione – che non è fatta “palese dal significato proprio delle parole” adoperate, né nell'articolo in esame, né in altra disposizione – *de plano* discenderebbe dal combinato disposto degli artt. 1256 e 1218 c.c. Non è nostra intenzione qui revocare in dubbio, nel merito, la ragionevolezza dell'esito così raggiunto, che certo non è implausibile; quel che interessa sottolineare è che la corretta applicazione della regola ermeneutica dianzi enunciata avrebbe dovuto, con ogni probabilità, indirizzare l'interprete verso un approdo diverso. Il rifiuto della tesi più diffusamente seguita trova, d'altronde, espressione in un orientamento, che è sì minoritario, ma fa perno su argomenti convincenti e, *in primis*, sulla constatazione che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione incide sulla struttura del rapporto obbligatorio, minandola irreparabilmente, quale che sia l'apprezzamento del comportamento del debitore, che attiene a piano del tutto distinto ed estraneo a detta sfera¹; un

*Il presente saggio è destinato al *Liber amicorum Pietro Rescigno*, pubblicato per i tipi della Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹ Sia consentito, sul punto, rinviare a G. GRISI, *Inadempimento e fondamento dell'obbligazione risarcitoria*, in F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, II, Napoli, 2009, 124 ss. V. anche G. GRISI, *Commento*



dato, questo, arduo da smentire anche per chi professi l'idea che l'obbligazione possa fare a meno della prestazione.

Il secondo esempio chiama in causa l'art. 2043 c.c. e il riferimento al carattere doloso o colposo del fatto. Per lungo tempo ha dominato l'idea che fosse, perciò, irrilevante che il comportamento del danneggiante fosse doloso o colposo: nell'uno come nell'altro caso – si è affermato – il risarcimento del danno cagionato è della stessa identica entità². Questa conclusione non è irragionevole ed, anzi, ben si concilia con la natura riparatoria riconosciuta prioritaria nel sistema della responsabilità civile³; sta di fatto, però, che il senso “fatto palese dal significato proprio delle parole” indicate, meglio si coniuga con altra lettura. In realtà, l'equivalenza tra dolo e colpa non è predicata dall'art. 2043 c.c., dal quale in modo palese solo emerge la necessità che l'uno o l'altra qualifichino il comportamento di chi il danno cagiona. La corretta applicazione della regola ermeneutica di cui si è parlato in esordio ha, in questo caso, determinato un ripensamento e fatto acquisire la consapevolezza che non è l'art. 2043 c.c. ad impedire di condannare il danneggiante che abbia agito con dolo ad un risarcimento più elevato e, comunque, non corrispondente a quello cui sarebbe andato incontro in ipotesi di colpa. Il dato sollecita svariate riflessioni ed, ora che la polifunzionalità del sistema della responsabilità civile ha trovato consacrazione al massimo livello in occasione della pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di riconoscimento di sentenze straniere di condanna al risarcimento dei *punitive damages*⁴, acquista un interesse ancor maggiore.

Il terzo esempio si collega, per certi versi, al secondo. Si considera “fuori discussione che ‘danno’ (...), in materia extracontrattuale, denoti ciò che per ‘danno’ intende l'art. 1223 c.c. in quanto richiamato dall'art. 2056 c.c.: il danno emergente e il lucro cessante, ossia la perdita patrimoniale accertata sulla base di questi due criteri”⁵; se ne fa discendere, tra l'altro, l'impossibilità di “un pieno sdoganamento anche endogeno dei danni punitivi”⁶. La costruzione

all'art. 1218 c.c., in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni*, nel *Comm. Cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, 36 ss.

² “Il dolo e la colpa (...) sono indifferenti rispetto all'entità del risarcimento, dato che questo dipende solo dall'entità del danno risarcibile” (M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.* diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 160).

³ V., a tal riguardo, Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, 1460 (con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*) e in *Europa dir. priv.*, 2007, 1129 (con nota di G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*).

⁴ Si allude alla sentenza n. 16601 resa il 7 febbraio 2017 e depositata il 5 luglio 2017 (in www.cortedicassazione.it), commentata da A. GANGEMI, *I limiti del danno risarcibile*, in *Giustizia civile.com*, n. 11/2017; sentenza resa a seguito di Cass. 16 maggio 2016, n. 9978 (in *Giur. it.*, 2016, 1854, con nota di A. di MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile* e in *Giur. it.*, 2017, 1358, con nota di S. BARONE, *Punitive damages: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*) recante ordinanza che ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

⁵ L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite sui “danni punitivi”*, in *Diritto civile contemporaneo*, 1/2017, 3.

⁶ L. NIVARRA, *op. cit.*, 4. Per lo sdoganamento – nota l'A. – “siamo (...) in attesa dell'omologo dell'art. 614-bis c.p.c.”.



e la conclusione raggiunta possono anche accettarsi, ma il senso “fatto palese dal significato proprio delle parole” contenute nell’art. 1223 c.c. non evidenzia che perdita e mancato guadagno sono le sole voci da considerare ai fini della determinazione del risarcimento: quest’ultimo deve essere di necessità ad esse parametrato, sicché dalla perdita e dal mancato guadagno non può prescindersi, ma dalla disposizione non può *d’emblée* trarsi la conclusione – invece comunemente accreditata – che il contributo di altre voci all’identificazione dell’entità del risarcimento sia da escludere⁷.

Potremmo aggiungere, in legame col terzo, un quarto esempio. L’art. 2056 c.c. elenca le disposizioni applicabili alla responsabilità civile per determinare il risarcimento dovuto dal danneggiante. Alla mancata previsione di alcune di esse – il discorso vale, in particolar modo, per l’art. 1225 c.c. – è stata associata la volontà del legislatore di renderle inoperanti nell’ambito extracontrattuale, ma questa conclusione non intercetta il senso “fatto palese dal significato proprio delle parole”: quest’ultimo, infatti, solo segnala l’estensione del raggio di azione degli articoli menzionati. Pure ammesso e non concesso vada accolta⁸, il problema di stabilire se i danni imprevedibili siano o no risarcibili in ambito aquiliano resta aperto⁹. Non sta a noi, qui, prospettare soluzioni: entrare nel merito della disputa – non sopita – in ordine alla riferibilità dell’art. 1225 c.c. al terreno della responsabilità aquiliana, esula dai nostri propositi¹⁰, solo indirizzati a segnalare come la ricerca della corretta risposta a questo ed ai quesiti limitrofi non possa – e non debba – prescindere dalla puntuale applicazione della regola di interpretazione cui dianzi si è accennato.

⁷ “Perdita subita + guadagno mancato figurano quali *oggetto*, unico ed esclusivo, della obbligazione risarcitoria” (A. di MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 186).

⁸ Si segnala, quale carattere proprio del contesto contrattuale, la “esistenza (...) di una precedente relazione fra i soggetti e quindi di un programma specifico di comportamento” (N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 195): discendendo la responsabilità contrattuale dalla violazione di detto programma, si giustifica il limite della prevedibilità, che in campo extracontrattuale, assente quel programma, è logico sia disattivato. D’altronde, se si parte dal presupposto che in ambito aquiliano tutto ha inizio dal danno, viene da sé concludere che non è configurabile il giudizio di prevedibilità (v. C. TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 98 ss.).

⁹ Si è generalmente portati a credere, stante la mancata menzione dell’art. 1225 c.c. nel testo dell’art. 2056 c.c., che, a differenza della responsabilità contrattuale, quella aquiliana “comprende anche i danni non prevedibili al momento del fatto, sempre che al fatto illecito si connettano in un rapporto di adeguata causalità” [P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 206], e può anche darsi che sia così, ma si potrebbe trarre da quel silenzio anche una diversa conclusione ove lo si giudichi – più semplicemente – espressione della volontà di rendere improponibile, in ambito aquiliano, una soluzione del problema analoga a quella delineata nella sfera della responsabilità per inadempimento.

¹⁰ Basti segnalare la tesi prevalente, che dal mancato richiamo all’art. 1225 c.c. fa derivare che la prevedibilità del danno non è un criterio utilizzabile in campo extracontrattuale per ridurre l’area dei danni risarcibili. Tra le sentenze che condividono questo indirizzo vogliamo ricordare – per l’importanza e la delicatezza del caso – Trib. Roma 14 giugno 2001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 559 (con nota di C. FAVILLI, *La responsabilità civile dello Stato per contagio da emoderivati infetti: responsabilità per colpa o responsabilità oggettiva?*), che peraltro non è l’unica ad essersi occupata di danni cagionati da trasfusione infetta.



2. – Le considerazioni che precedono offrono il destro per riflessioni aventi incidenza su svariati terreni e sollecitano una verifica attenta dello spazio riservato autonomamente al dolo nell'ambito della responsabilità contrattuale ed aquiliana. Con riferimento a quest'ultima sfera il compito, non facile, è però agevolato dalla persistente attualità di uno studio di grande pregio che, tempo addietro, ha affrontato *ex professo* il problema e mosso critiche ben motivate e per lo più fondate alla regola – tradizionalmente accreditata¹¹ – dell'equivalenza tra colpa e dolo in relazione al risarcimento¹²; le argomentazioni ivi articolate, che in buona parte condividiamo, rilette anche alla luce degli sviluppi ed arricchimenti avutisi successivamente¹³, evidenziano egemone l'idea che sia, in assoluto, da negare che il *quantum* del risarcimento dovuto al danneggiato non risenta della circostanza che lo stato soggettivo dell'agente sia qualificabile in termini di dolo o di colpa. Detto ciò, possiamo riversare l'attenzione sul versante della responsabilità contrattuale.

L'inadempimento delle obbligazioni è governato da un sistema oggettivo di responsabilità: riconosciamo che questa presa di posizione non è unanimemente condivisa, ma gli argomenti che ad essa recano supporto hanno – a nostro avviso – una forza persuasiva maggiore di quelli richiamabili a sostegno dell'opposta tesi. Non staremo, qui, ad elencarli, ma non è certo priva di significato l'assenza di riferimenti al dolo e/o alla colpa nell'art. 1218 c.c., soprattutto se raffrontata con il dettato dell'art. 2043 c.c. che sul punto chiaramente diverge. Gli articoli successivi al 1218 c.c. sono, in larga parte, depositari di regole attinenti al risarcimento del danno e presuppongono, quindi, accertata la responsabilità del debitore inadempiente¹⁴. Tra quelli che vanno dal 1223 al 1227 c.c. – come anche la giurisprudenza ha, di recente, ribadito – nessuno attribuisce rilevanza allo stato soggettivo del debitore inadempiente, con la sola eccezione

¹¹ E pure, in qualche modo, suffragata dal mancato richiamo nell'art. 2056 c.c., all'art. 1225 c.c., il quale – come si vedrà – ritaglia per il dolo un autonomo spazio.

¹² Si allude, evidentemente, all'opera – giustamente nota – di P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976.

¹³ Per dirla in breve, a testimonianza dell'autonoma considerazione di cui il dolo gode nella sfera della responsabilità civile, oltre al fatto che certi illeciti sono tali – e legittimano il risarcimento del danno – solo se dolosi, si è notato, come “specie in sede di impiego del criterio equitativo, la presenza di un illecito doloso può indurre il giudice ad una quantificazione più elevata, introducendo questo elemento fra le circostanze del caso, e probabilmente allentando il rigore della teoria differenziale del danno” (così M. FRANZONI, *op. cit.*, 337, richiamandosi a G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, IV, Milano, 1999, 233), senza trasformare con ciò il risarcimento in uno strumento sanzionatorio (è ancora M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, 624 a precisarlo, essendo del parere che la logica sanzionatoria entri in gioco là dove si autorizzi il giudice a condannare l'agente “al pagamento di una somma di denaro superiore all'effettivo pregiudizio inferito”). Si aggiungano le indicazioni provenienti da molti dei dati normativi sciorinati in Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, *cit.*, a sostegno della “natura polifunzionale” ormai acquisita dall'istituto della responsabilità civile, accanto però “alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria”.

¹⁴ Come ebbi a dire in altro recente scritto, il “risarcimento, che presuppone il danno, è categoria della responsabilità e non è detto che l'inadempimento sia fonte di responsabilità. Invero – similmente a quanto accade in ambito aquiliano – quest'ultima affiora con l'emergere del danno risarcibile” (G. GRISI, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 545).



dell'art. 1225, il quale, in caso di inadempimento dipendente da dolo, circoscrive il danno risarcibile a quello “che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione”¹⁵. Verificheremo in che misura ciò risponda al vero, ma che dunque acquisti senso interrogarsi sulla portata di tale eccezione è indubitabile.

3. – Di primo acchito, leggendo quel che compare all'inizio dell'art. 1225 c.c., viene spontaneo riconoscere, quale oggetto di considerazione, l'inadempimento doloso, tributario di uno specifico trattamento, divenendo, in tal caso, risarcibile anche il danno che non poteva prevedersi al momento della nascita dell'obbligazione.

L'art. 1225 c.c. – la rubrica è esplicita – è lì per disciplinare la regola di prevedibilità del danno¹⁶ ed incorpora una disposizione solo in apparenza chiara, poiché in realtà dà luogo a numerosi dubbi interpretativi, molti dei quali irrisolti¹⁷, che rendono problematico comprenderne la *ratio*¹⁸ e far luce sulla sua posizione nel sistema. Occorrerebbe soffermarsi a lungo a riflettere

¹⁵ V. Cass., Sez. lav., 18 luglio 2016, n. 14634, in *DeJure-Giurisprudenza*.

¹⁶ Si noti che un riferimento al “danno quantificato o prevedibile” è anche operato dall'art. 614 bis c.p.c. per identificare uno tra i criteri ai quali il giudice deve attenersi nel fissare l'entità della somma pecuniaria dovuta per ogni violazione ulteriore o ritardo nell'esecuzione del provvedimento. È, peraltro, presente un'ulteriore disciplina sulla prevedibilità del danno, quella di cui all'art. 74 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, che non è poi così distante da quella per così dire “domestica” (sebbene manchi il riferimento al dolo) e che può, anzi, fornire utili spunti per l'interpretazione di quest'ultima (v., al riguardo, M. TESCARO, *La prevedibilità del danno tra Codice civile e Convenzione di Vienna*, in *Contr. impr./Europa*, 2014, 690 ss.). A. di MAJO, *op. ult. cit.*, 189, riflettendo sulla previsione dell'art. 74 che nega la possibilità di ottenere un “risarcimento del danno (...) superiore alla perdita che la parte adempiente aveva previsto o avrebbe dovuto prevedere al momento della conclusione del contratto”, sottolinea come “la regola ‘della ‘prevedibilità’ è riferita al danno-perdita (e non ad altri elementi)”. Non riguarda il danno l'imprevedibilità di cui è menzione nell'art. 1467 c.c.

¹⁷ Se ne può trarre testimonianza dal gran numero di lavori che hanno rivolto attenzione all'art. 1225 c.c. Segnarli tutti è impossibile, ma alla citazione doverosa dell'opera di V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999 (v., in specie, 95 ss.) possono aggiungersi – di genere diverso e di vario orientamento – i contributi di L. BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 cod. civ.*, in *Riv. dir. civ.*, 1954, III, 362 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1967; P. CENDON, *Danno imprevedibile e illecito doloso*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1983, 23 ss.; A. PINORI e P. PETRELLI, *Il criterio della prevedibilità del danno contrattuale*, in G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 129 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1157 ss.; C. ROMEO, *Inadempimento doloso e risarcimento del danno imprevedibile*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 972; G. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Tratt. dei contratti* a cura di V. Roppo, *V, Rimedi-2*, Milano, 2006, 927; M. R. MARELLA e L. CRUCIANI, *Il danno contrattuale*, in AA.VV., *Il nuovo contratto* diretto da P. G. Monateri, E. del Prato, M. R. Marella, A. Somma e C. Costantini, Bologna, 2007, 1101 ss.; D. SANTOLINI, *Inadempimento e risarcimento del danno prevedibile ex art. 1225 c.c.*, in *I contratti*, 2007, 1023 ss.; A. di MAJO, *op. ult. cit.*, 187 ss.; A. GNANI, *Sistema di responsabilità e prevedibilità del danno*, Torino, 2008; E. TUCCARI, *La prevedibilità del danno come criterio di equilibrio contrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 565 ss.; A. G. CIANCI, *Commento all'art. 1225 c.c.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni*, cit., 224 ss.; G. BELLI, *Sul criterio della prevedibilità del danno da inadempimento contrattuale*, in *Studium Iuris*, 2014, 413 ss.

¹⁸ La polivalenza sul piano funzionale della disposizione – da molti rilevata – accresce le difficoltà. Ha largo credito la tesi che ancora il fondamento della norma nell'idea “che il vincolo obbligatorio importa l'assunzione di un



sul dato positivo nei suoi vari aspetti¹⁹ e sulle ragioni storico-economiche che presiedono alla regola in questione²⁰, ma non è questo l'obiettivo che il presente studio intende centrare. L'intento che lo muove è meno ambizioso, essendo legato all'approfondimento di un profilo circoscritto – quello poc'anzi richiamato – emergente quale eccezione alla regola citata²¹: alludiamo

sacrificio contenuto entro limiti di normalità” (C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La Responsabilità*, Milano, 1994, 154), tranne che non si palesi il dolo, che “esclude (...) l'esigenza stessa di un proporzionamento tra la sanzione del risarcimento e la normale utilità della prestazione” (C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 155). Al criterio di normalità sembra assegnare centralità anche A. di MAJO, *op. ult. cit.*, 187 s. V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 96 punta l'accento sul fatto che “poiché l'obbligazione contrattuale tende a conformare il suo contenuto a quanto vollero le parti, anche la responsabilità per inadempimento di obbligazioni contrattuali va considerata all'interno della disciplina del contratto e va affrontata alla stessa stregua”, per poi rilevare che l'art. 1225 c.c. è lì con altre norme a confermare “che la misura della responsabilità in caso di inadempimento fa parte integrante della disciplina dell'obbligazione così come essa nasce e non è qualcosa che va valutata esclusivamente *ex post* al momento dell'inadempimento (*op. cit.*, 139). Tra le letture degne di nota, va certamente annoverata quella di M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 888 s. che è dell'avviso che il limite della prevedibilità operi per “circoscrivere il danno da risarcire entro il cerchio economico segnato dal valore d'uso che la prestazione dovuta presenta per la sua oggettiva qualità o per la particolare destinazione economica in vista della quale è stata dedotta in contratto”. Si muove in questa prospettiva anche l'analisi di T. PELLEGRINI, *Il problema della patrimonialità dell'obbligazione e del contratto*, in *Persona e mercato*, 3/2016, 125 ss. L'influenza del pensiero di Barcellona si avverte anche in alcuni passaggi dell'analisi di A. GNANI, *op. cit.*, 159 ss., il quale, attratto dall'idea “che vede la responsabilità contrattuale non come alternativa a quella contrattuale, bensì come particolare fattispecie in cui a monte del danno ingiusto risarcibile sta un obbligo primario inadempito” (*op. cit.*, 159) e correlata la regola di prevedibilità alla responsabilità contrattuale, giunge ad affermare che la regola di prevedibilità assume in considerazione il prevedibile, ordinario, normale valore (d'uso e di scambio) di detto obbligo primario di prestazione, al quale – contrariamente a quanto accade nella responsabilità da fatto illecito, dove la riparazione è integrale – viene commisurato il danno ingiusto da risarcire. Aiuta a spiegare la presenza della regola in questione – secondo S. LORENZ, *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 110 – la natura oggettiva, siccome indipendente dalla colpa, della “responsabilità per il risarcimento dei danni (...) la limitazione dei danni risarcibili ai danni prevedibili costituisce, in un certo senso, una compensazione per una responsabilità del debitore così estesa”.

¹⁹ L'idea che “la esatta misura dello sforzo debitorio dipende dalla rappresentazione dei costi e dei vantaggi derivanti dalla esatta esecuzione della prestazione nelle circostanze apparenti e prevedibili al sorgere del rapporto” (P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Inadempimento del preliminare e prevedibilità del danno*, in *Corr. giur.*, 2008, 1150, in nota a Cass. 30 gennaio 2007, n. 1956), ben si accorda con la tendenza – largamente accreditata – a considerare la regola della prevedibilità “un parametro flessibile destinato a salvaguardare, anche sul piano risarcitorio, l'equilibrio relativo al reciproco accollo di rischi ed obblighi e alla correlativa distribuzione dei costi raggiunto dalle parti al momento della conclusione del contratto” (U. MINNECI, *Mancata o tardiva esecuzione del bonifico: l'operatività del criterio della prevedibilità nella commisurazione del danno risarcibile*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 903, a commento della massima di Cass. 17 marzo 2000, n. 3102). Come afferma Cass. 22 maggio 2003, n. 16091 (in *Danno e resp.*, 2004, 855, annotata da I. MANZA, *Il commento*), “non è sufficiente la ‘astratta prevedibilità del danno’, come si era prima affermato (Cass. 28 maggio 1983, n. 3694), ma deve ritenersi che il concreto ammontare del risarcimento non può eccedere l'entità prevedibile nel momento in cui è sorta l'obbligazione inadempita (Cass. 26 maggio 1989, n. 2555)”.

²⁰ V., in argomento, M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, 1980, 15 ss. Si può anche segnalare T. PELLEGRINI, *op. cit.*, 124 ss., che fa tesoro dell'insegnamento di Barcellona e ne sviluppa taluni postulati con argomentazioni di sicuro interesse – quali quelle che si innestano sulla distinzione concettuale tra danno singolare e danno comune – giungendo a conclusioni apprezzabili circa il rapporto con l'art. 1174 c.c. e la problematica della patrimonialità. Molti dei contributi segnalati *supra*, nella nota 17, dedicano attenzione ai precedenti storici, in Italia e altrove, della disciplina in esame.

²¹ Questo dato, che dal prosieguo emergerà ancor più chiaro, ha un forte peso nell'ambito del ragionamento che



alla considerazione che deve aversi del dolo del debitore, dal quale – così recita l’articolo in parola – l’inadempimento o il ritardo “dipende”.

A sollecitare la mia attenzione sul tema è stata la rilettura – che casualmente mi è capitato di recente di fare – di un passo della voce “Obbligazioni (diritto privato)” dell’Enciclopedia del diritto, importante per l’oggetto e per il prestigio e l’autorevolezza dell’estensore, il Maestro Pietro Rescigno. Dedicare a Lui, con affetto, questo scritto è il minimo che possa fare. L’A. parla, con riferimento all’art. 1225 c.c., della “responsabilità per inadempimento di un’obbligazione derivante da contratto (...) limitata, salvo il caso di dolo nell’adempimento, ai danni che potevano prevedersi al momento in cui è sorta l’obbligazione”²². Spontanea mi è venuta una domanda: perché impiegare l’espressione “dolo nell’adempimento” e non quella – forse più naturale – di “inadempimento doloso”? La ricerca di una risposta motiva queste mie riflessioni e, quanto all’esito, spero solo nel benevolo apprezzamento del Maestro, reo di averle a sua insaputa pungolate.

Chiusa la breve parentesi, l’analisi prende le mosse dal significato associabile al dolo, che non è univoco nei diversi contesti ove il dolo rileva. Lo si può connettere ad una condizione psicologico-soggettiva – nel caso nostro afferente alla persona del debitore inadempiente – e giungere alla conclusione che l’art. 1225 c.c. contempla l’inadempimento doloso di quest’ultimo. Questa lettura trova saldo aggancio nella tradizione²³ e riscuote ancor oggi largo credito, ma – come vedremo – non è la sola proponibile. Ciò posto, resta aperto il problema di cogliere del dolo l’essenza, di appurare quando l’inadempimento o il ritardo siano dolosi.

Trattasi di compito non agevole, di fronte al quale, come sovente accade quando ci si trova a dover identificare la reale caratura di concetti giuridici non immediatamente afferrabili, può giovare alla comprensione, intanto, escludere le risposte poco o per nulla plausibili.

Mettiamo, allora, subito in chiaro che non c’è attinenza, né tantomeno automatismo, tra il dolo di cui qui parliamo e l’esito della prova liberatoria di cui all’art. 1218 c.c. Il fallimento di quest’ultima non costituisce, di per sé, indice della presenza di un inadempimento doloso. Può anche darsi che il debitore non esperisca detta prova e anche in tal caso – e a maggior ragione – non è possibile ritenere che il dolo sia implicato nell’omissione, ancorché frutto di decisione assunta deliberatamente.

La giurisprudenza, sovente generosa di indicazioni, non lo è nel caso nostro²⁴. Una lontana sentenza della S.C. ha valenza paradigmatica là dove associa il dolo al contegno del debitore

intendiamo svolgere. La lettera dell’art. 1225 c.c. è eloquente e l’*incipit* getta luce su un’eventualità che, nell’economia della disposizione, non è certo in primo piano.

²² P. RESCIGNO, *voce loc. ult. cit.*

²³ Basti esaminare il dibattito in sede di lavori preparatori al codice civile e la Relazione del Ministro Guardasigilli per averne contezza.

²⁴ Lo stato della giurisprudenza sull’art. 1225 c.c. può evincersi dalla ricognizione operata da V. CARBONE, *Art. 1225. Prevedibilità del danno*, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, Libro IV. Delle obbligazioni (art. 1173-1320)*, Milano, 2012, 569 ss., nonché dalla casistica raccolta da A.G. CIANCI, *op. cit.*, 246 ss.



che, “consapevole dell’obbligazione (...) assunta verso il creditore, volontariamente non esegue la prestazione o la esegue in modo incompleto od inesatto, ponendo in atto un suo predeterminato intento diretto alla trasgressione del suo obbligo, senza necessità, al fine della integrazione del dolo, anche della consapevolezza o dell’intento del debitore di arrecare danno al creditore”²⁵; si avrebbe, allora, ex art. 1225 c.c., l’estensione del risarcimento ai danni imprevedibili. Stando così le cose, dovrebbe considerarsi presente il dolo nell’eventualità – rara a verificarsi, ma pur sempre ipotizzabile – che il debitore opti scientemente per l’inadempimento e lo dichiari in modo aperto rendendosi, per l’appunto, inadempiente²⁶. Sarebbe apparso logico, allora, veder richiamato espressamente il dolo nella previsione dell’art. 1219, co. 2, c.c., dove la dichiarazione chiara e inequivocabile resa per iscritto di non voler adempiere rende non necessaria la costituzione in mora²⁷. Quel richiamo, invece, manca, ma nuovamente torna utile far appello al promemoria per l’interprete, sicché va respinta la tentazione di evincere da ciò che l’ipotesi considerata non sia associabile al dolo, né l’argomento porta ad escludere che il dolo che l’art. 1225 c.c. menziona sia rappresentativo della scienza e volontà del debitore di non eseguire la prestazione.

Potrebbe, tuttavia, obiettarsi che non può essere sufficiente a configurare il dolo la volontà di non eseguire la prestazione. Si pensi, a titolo esemplificativo, al debitore pecuniario che, pur avendo l’intenzione di soddisfare l’interesse del creditore, non sia in condizione di farlo perché in crisi di liquidità: il suo inadempimento è certo volontario e arduo sarà per lui sottrarsi alla responsabilità, ma che si versi in ipotesi di inadempimento doloso è almeno dubbio²⁸. Diventa, quindi, plausibile ammettere che il dolo emerge là dove il debitore, che deliberatamente decida di non onorare l’impegno assunto, sia però in grado di farlo²⁹. La conclusione è di buon senso³⁰, ma non tutto quadra. Non è chi non veda come la dichiarazione dei redditi o l’indicatore

²⁵ Così Cass. 30 ottobre 1984, n. 5560, in *Giur. it.*, 1985, I, 276.

²⁶ Ovviamente, il rifiuto di adempiere può associarsi al dolo allorché abbia a manifestarsi intenzionalmente, senza che siano necessarie particolari formalità e, quindi, anche per via irrituale, oralmente o attraverso comportamenti incompatibili con la volontà di adempiere (si pensi, ad esempio, alla deliberata distruzione della cosa che il creditore ha diritto di ricevere).

²⁷ Nota, tuttavia, V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 247 che occorre verificare le ragioni del preannunciato comportamento omissivo prima di dare per sussistente il dolo. Detta dichiarazione, comunque, può intervenire prima o dopo la scadenza del termine previsto per l’esecuzione della prestazione [v., sul punto, G. SICCHIERO, *Commento all’art. 1219 c.c.*, in V. CUFFARO (a cura di), *Delle obbligazioni*, cit., 89 ss.] e, in quest’ultimo caso, l’associazione all’inadempimento doloso, se non è automatica poco ci manca.

²⁸ Secondo C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 155 s., non c’è dolo “se il debitore non era in grado di pagare in quanto finanziariamente impotente”, come pure “se il debitore si rifiuta deliberatamente di pagare credendo colposamente di non essere obbligato o di non esserlo nella misura pretesa dal creditore”.

²⁹ Dovremmo dedurre che, se così non è, l’inadempimento è colposo o – come anche capita di sentir parlare (v. I. MANZA, *op. cit.*, 859) – “meramente colposo”. Si veda A. G. CIANCI, *op. cit.*, 225, esplicito nell’affermare che quando non c’è dolo c’è colpa.

³⁰ Ed è accolta, tra gli altri, da V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 151, che giudica doloso l’inadempimento quando “fosse frutto di una consapevole scelta del debitore”. In tale evenienza – secondo l’A. (*op. cit.*, 185 ss. e 205 ss.) – il limite del danno prevedibile non opera, di guisa che risulterà risarcibile anche il danno risentito dal creditore per effetto del-



della situazione economica equivalente (ISEE) finiscano per accedere – e con un peso tutt’altro che trascurabile – nel giudizio di responsabilità.

Questa lettura “volontaristica” è tutta interna al foro del debitore può anche darsi sia ragionevole, ma è della sua pertinenza che è legittimo dubitare. Stando ad essa, il dolo qualifica l’inadempimento e non è qui il problema, atteso che la configurazione di un inadempimento doloso rientra nell’ipotizzabile. A destare perplessità è il fatto che l’espressione inadempimento che “dipende da dolo” sia ritenuta equipollente ad “inadempimento doloso”, mentre non è questo il senso “fatto palese dal significato proprio delle parole” che il legislatore ha adoperato. In verità, se non si parla di inadempimento doloso (o colposo) ma di inadempimento dipendente da dolo³¹, è per accreditare un apprezzamento di quest’ultimo in termini di antecedente causale dell’inadempimento³² e, quindi, di elemento esterno ed estraneo alla qualificazione dell’inadempimento medesimo. Ciò che appare, d’altronde, coerente con la natura oggettiva del sistema della responsabilità per inadempimento, che guarda a quest’ultimo per quello che è, senza assegnare rilievo alcuno, a fini qualificatori, alla colpa o al dolo.

Il dato ci sembra probante e, essendo esplicitato con chiarezza nell’art. 1225 c.c., non può essere trascurato dall’interprete attento e rispettoso dei criteri che ne vincolano l’operato³³. Ma anche altre ragioni inducono a prendere le distanze dall’idea che sia la mera consapevolezza e volontà di non adempiere a concretizzare il dolo *de quo*.

L’adesione a quest’idea comporta la delimitazione di uno spazio assai ampio per l’inadempimento doloso³⁴ e c’è da domandarsi se l’intenzione del legislatore fosse effettivamente indirizzata in questo senso. C’è chi ha risposto affermativamente³⁵, ma – a nostro parere – meglio si confà alla lettera dell’art. 1225 c.c. la risposta negativa. Detta disposizione, in verità, non sem-

la sopravvenienza, tra il tempo in cui è sorta l’obbligazione ed il tempo in cui deve adempiersi, di circostanze comportanti l’aggravamento del danno medesimo al di là dell’originariamente prevedibile. Implicato, in questa costruzione, è lo spostamento dell’attenzione “dal momento dell’assunzione dell’obbligazione al momento in cui si verifica l’inadempimento” (*op. cit.*, 205); spostamento, che A. GNANI, *op. cit.*, 211 ss. giudica inconfigurabile.

³¹ E – verrebbe di aggiungere (ma l’ipotesi è tutta da verificare) – se P. RESCIGNO, *op. loc. ult. cit.* parla di “dolo nell’adempimento”.

³² In modo ancor più evidente il dato emerge dall’art. 1228 del codice civile italiano del 1865, che così recitava: “Il debitore non è tenuto se non ai danni che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l’inadempimento dell’obbligazione non derivi da suo dolo”. E ha ragione P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 1149 a ritenere che, nonostante “qualche innovazione espressiva, l’art. 1225 dell’attuale codice non modifica alcunché di sostanziale rispetto al codice ottocentesco”.

³³ Ritorna utile il promemoria per l’interprete, in apertura del presente studio.

³⁴ Lo nota M. LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, 383 ss. Anche F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II/1, Padova, 1999, 84 lo rileva, avendo – per l’appunto – a riferimento il dolo, che non implica di necessità consapevolezza del danno o intenzione di nuocere.

³⁵ È di questo avviso D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 343, che giudica arbitraria la tendenza giurisprudenziale a dare del dolo di cui all’art. 1225 c.c. un’interpretazione funzionale allo scopo di “superare in una larga generalità di casi il limite del danno prevedibile, (...) visto che la disposizione in questione non sembra prestarsi ad un’interpretazione restrittiva del ruolo e della funzione che la norma è chiamata a svolgere”. Anche a detta di V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 231 non è “dimostrato che il legislatore intendesse applicare la disciplina dell’inadempimento doloso solo in rari casi”.



bra prevista allo scopo di sanzionare l'inadempimento che "dipende da dolo"; essa mira essenzialmente ad assoggettare alla regola della prevedibilità del danno il risarcimento. Pure ammeso che sia in ballo l'inadempimento doloso, esso è solo incidentalmente contemplato al fine di ritagliare un'area dove detta regola è inoperante, configurando dunque una sorta di eccezione a quest'ultima³⁶. Non si può, allora, trascurare il principio che impone di interpretare restrittivamente le norme costituenti eccezione a regole generali. Sicché, è mestieri raccordare al dolo un significato che non eroda oltremisura la regola e che conservi in ambito circoscritto l'operatività dell'eccezione.

Si è percorsa una strada in questa direzione, cercando di rimanere fedeli all'idea che vuole il dolo in via esclusiva ancorato alla condizione psicologica in cui versa il debitore. Cosicché, accanto all'intenzionalità del comportamento (inadempiente) da questi tenuto – comunque giudicata imprescindibile – si prospetta la necessità, perché il dolo si configuri, del c.d. *animus nocendi*, ovvero della volontà di arrecare danno al creditore³⁷: una costruzione, questa, che sembra attingere alla considerazione più in voga del dolo in ambito aquiliano³⁸.

La soluzione proposta è compromissoria: essa riconduce entro confini più ristretti l'inadempimento doloso, ma continua ad assumere a riferimento quest'ultimo e, perciò, non convince. In linea con quanto dianzi rilevato, è invece opportuno virare in modo deciso in direzione di un diverso approdo e promuovere una lettura che faccia leva su un'accezione di dolo improntata in senso oggettivo³⁹. Al fine, senza azzerare il rilievo dell'inadempimento cosciente e volontario del debitore, si può pensare di assegnare centralità a dati – raggiri *in primis* – caratterizzanti il dolo nella disciplina dei vizi del consenso⁴⁰. D'altronde, se la valutazione da operare attiene alla dipendenza dell'inadempimento o del ritardo dal dolo, se qui non è in gioco la qualificazione dolosa dell'inadempimento, deve ritenere consentito l'approdo ad un concetto di dolo alquanto

³⁶ Diversamente, F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.* sottolinea come l'accezione di dolo considerata (v. *supra*, nota 34), inducendo una più ampia applicazione della regola della risarcibilità dell'intero danno (prevedibile e non), porta a giudicare detta regola non più, com'era un tempo, eccezionale.

³⁷ A detta di C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 155 s., il concorso della "consapevolezza di arrecare un danno ingiusto" è necessario, sicché non è doloso – ad esempio – il contegno del lavoratore che "arrecare un danno per avere trasgredito consapevolmente una norma di cautela imposta dal regolamento interno e reputata superflua". Come segnala V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 232, altri parlano di intenzione di arrecare danno.

³⁸ Nel sistema della responsabilità civile, il dolo figura "nell'art. 2043 c.c., quale criterio di imputazione della responsabilità" (M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, 302) e, nell'accezione più diffusamente accolta, vale a connotare il comportamento del "responsabile, che scientemente e deliberatamente abbia cagionato una lesione ad altri" (M. FRANZONI, *op. loc. ult. cit.*).

³⁹ Utili a delinearne i tratti le considerazioni espresse, con riguardo all'art. 1225 c.c., da C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Atti del convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile (Treviso 23-25 marzo 2006). Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 96, nota 59, a giudizio del quale il "nostro art. 1225 c.c. adotta (...) un modello oggettivo, che non si riferisce a nessuna delle parti, bensì soltanto al tempo in cui è sorta l'obbligazione".

⁴⁰ Ha ragione V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 228 s. ad affermare che il "dolo preso in considerazione dagli articoli 1439 e 1440 cod. civ. opera su un piano affatto diverso", ma di qui a concludere che alla "nozione di dolo nell'adempimento è (...) estranea l'idea dell'inganno e del raggirio" ce ne passa.



elastico, svincolato dall'apprezzamento esclusivo della condizione psicologica del debitore e attento alle circostanze in concreto connotanti il rapporto obbligatorio⁴¹. Se è ineludibile guardare all'attività posta in essere dal debitore, agli atti e ai comportamenti a lui riferibili, altrettanto lo è valutare l'impatto da essi provocato sul nascente vincolo che lo lega al creditore: ciò che renderà o meno palese la dipendenza dell'inadempimento dal dolo. Questo – si fa notare – in coerenza con la “prassi contrattuale, che richiede la malafede e in generale una attività ingannatoria perpetrata al tempo in cui sorge l'obbligazione per affermare la piena responsabilità per danni”⁴². In questa chiave, il dolo sfugge ad un apprezzamento meccanicamente legato alla sussistenza o meno di ben prefissati requisiti, ma se è opportuno non amplificare la portata applicativa di quella che nell'economia della previsione dell'art. 1225 c.c. rappresenta un'eccezione alla regola, se va quindi assecondata la tendenza a non far gravare sul debitore inadempiente, se non in casi assolutamente eccezionali, il peso di un danno “sproporzionato”⁴³ ed “eccessivo” – o, che dir si voglia, “economicamente abnorme rispetto al fatto che lo ha generato”⁴⁴ o, ancora, “esorbitante la primitiva ragionevole immaginabilità”⁴⁵ – pienamente si giustifica che il dolo non si manifesti di fronte alla sola volontà di non adempiere, dovendo essa a tal fine coniugarsi all'inganno dell'altra parte, alla deliberata intenzione di arrecare ad essa nocumento quale fine unico o integrante un disegno a bella posta architettato per trarre illecito profitto dall'altrui danno, all'indebito approfittamento di un vantaggio o al tradimento di una fiducia⁴⁶. Se intesa in questa prospettiva, anche nell'idea della conversione dell'inadempimento “in voluto strumento di danno”, da dottrina autorevole rapportata all'inadempimento doloso⁴⁷, si scopre un nucleo di verità. Sviluppando l'argomentazione, v'è chi è giunto a sostenere che il dolo di cui trattasi “vale ad individuare la fonte dell'obbligazione risarcitoria che, in questo caso, ha natura extracon-

⁴¹ Sembra questa l'ottica privilegiata da F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 86, la quale – facendo esplicito richiamo alla nota monografia, già citata, di Cendon – segnala come “l'antica concezione restrittiva del dolo imperniato sull'*animus nocendi* ha ormai lasciato il posto ad una concezione ampia ed elastica, suscettibile di essere estesa anche a fenomeni di difficile inquadramento nei rigidi archetipi tradizionali, come la scienza, la sorpresa, la mala fede, la malizia”.

⁴² G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in *Obbligazioni e contratti*, I, vol. 9, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, 210. Muove rilievi critici a questa impostazione U. MINNECI, *op. cit.*, 909, nota 38.

⁴³ “Prevedibilità, dunque, come sinonimo di normalità” (M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, 1158), il che implica – aggiunge l'A. mutuando un passo ripreso da C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 373 – “l'esigenza di proporzionare la sanzione del risarcimento alla lesione di quei vantaggi che sono connessi alla prestazione secondo un criterio di normalità”.

⁴⁴ Per dirla con P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 1150.

⁴⁵ L'espressione riportata è tratta da E. NAVARRETTA e D. POLETTI, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità contrattuale*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, 75 e si colloca nel contesto di una riflessione svolta sull'operatività del limite di cui all'art. 1225 c.c. nel caso di danno non patrimoniale da inadempimento; tema, questo, cui ha rivolto attenzione anche D. MESSINETTI, *op. cit.*, 343 s.

⁴⁶ Cfr., al riguardo, F. COSENTINO, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, 519; M. LUPOI, *op. cit.*, 502, 592 s.

⁴⁷ Si allude a C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 375.



trattuale”⁴⁸, ma si può fondatamente eccepire che questa tesi non fa adeguatamente i conti con il contesto relazionale entro cui la disciplina in parola è calata, né traccia l’unica – e più comoda – strada percorribile per imprimere al dolo una caratterizzazione oggettiva che ne consenta l’emancipazione dal mero intenzionale rifiuto dell’adempimento: le considerazioni svolte dimostrano che il conseguimento di tale risultato non necessariamente implica che sia allontanato dall’inadempimento il centro gravitazionale della disciplina⁴⁹.

Circoscrivendo l’ambito applicativo dell’ipotesi contemplata nell’*incipit* dell’art. 1225 c.c. si rafforza la sensazione che sia la logica sanzionatoria ad ispirare l’eccezione alla regola della prevedibilità. L’assunto abbisogna, però, di una precisazione. Se consideriamo espressione di detta logica la condanna del debitore al pagamento di una somma di denaro di entità maggiore rispetto al pregiudizio arrecato, deve essere ammesso che il trattamento riservato dall’art. 1225 c.c. all’inadempimento dipendente da dolo non è sanzione: il danno imprevedibile, infatti, è parte del pregiudizio cagionato. Ma se il termine di raffronto cambia e diventa – com’è giusto che sia – l’importo che il creditore ha ragione di pretendere quale risarcimento del danno⁵⁰, muta anche la conclusione⁵¹, poiché la logica sanzionatoria rientra in gioco. E, allora, premesso che il “concetto di ‘danno contrattuale’ non è governato da regole e/o criteri naturalistici, quale ad es. la generale aspirazione affinché il danno sia integralmente riparato ma da regole e criteri giuridici”⁵² e precisato che tra dette regole v’è quella di prevedibilità del danno⁵³, non può non valutarsi de-

⁴⁸ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., 11. In questa prospettiva – afferma l’A. – “l’art. 1225 c.c. non costituisce un’eccezione alla regola” (M. FRANZONI, *L’illecito*, cit., 1160), costituendo “l’inadempimento (...) un fatto illecito tipico” (*op. ult. cit.*, 1161).

⁴⁹ Non è di questo avviso A. GNANI, *op. cit.*, 213 s., secondo cui, se si vuole evitare di graduare l’obbligo risarcitorio in ragione dell’elemento soggettivo, non c’è altra via che quella di “ricondere l’inadempimento doloso alla responsabilità extracontrattuale”, restando valido, in assenza del dolo, il riferimento alla responsabilità contrattuale.

⁵⁰ Il parametro di riferimento utile non è il danno in concreto provocato, ma il danno che il danneggiato legittimamente aspira a veder risarcito.

⁵¹ E poco importa che il danno imprevedibile – per dirla con C.M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La Responsabilità*, cit., 155 (che tale argomento giudica ostativo all’accostamento alla pena privata) – sia “pur sempre un danno effettivamente sofferto dal creditore in conseguenza dell’inadempimento”.

⁵² A. di MAJO, *op. ult. cit.*, 182. Qui richiamato è il “danno contrattuale”, che è espressione di comodo impiegata per indicare, in buona sostanza, il danno da inadempimento di obbligazioni che trovano nel contratto la loro fonte. Anche C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Milano, 1985, 52 sottolinea come il danno da risarcire integralmente è “quello (e solo quello) che sia riferibile mediante regole giuridiche (quali sono quelle causali) al soggetto che la concreta sussistenza di un criterio di imputazione individui come responsabile”.

⁵³ Regola, che – come sottolinea A. di MAJO, *op. ult. cit.*, 187 – al pari di “quella della regolarità causale, è in funzione di limitare il danno risarcibile in funzione di un criterio esclusivamente giuridico”. L’A. è esplicito nell’associare l’art. 1225 c.c. agli artt. 1223 e 1227, co. 2, c.c., quali regole di risarcimento che contribuiscono alla determinazione del danno (*op. ult. cit.*, 186). La convivenza è, però, problematica e l’esigenza di far chiarezza si pone soprattutto in ordine al rapporto tra l’art. 1225 c.c. e l’art. 1223 c.c.: tema, questo, controverso, sia in dottrina che in giurisprudenza, su cui si intrattiene V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 163 ss. e che succintamente è trattato da F. ROLFI, *op. cit.*, 707 ss., dando conto delle diverse soluzioni avanzate. Il fatto che il “principio della prevedibilità (...) non è sempre stato riconosciuto quale autonomo criterio di valutazione del danno risarcibile ed è stato sovente equiparato o finanche sovrapposto al criterio della causalità” induce I. MANZA, *op. loc. ult. cit.* a parlare di “una svalutazione giurisprudenziale del criterio in oggetto” (ma v. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.). Valga, ad ogni buon conto, avvi-



teriore la condizione in cui viene a trovarsi il debitore il cui inadempimento sia dipeso da dolo rispetto a quella in cui versa il comune debitore inadempiente. La posta relativa al danno non prevedibile può dirsi ancora risarcitoria solo in quanto materialmente connessa ad un danno esistente⁵⁴, ma non crediamo possa ricomprendersi nell'integrale risarcimento del danno, se è vero che sono le regole e i criteri giuridici summenzionati a delimitare di quest'ultimo i confini⁵⁵. Queste considerazioni aiutano a far luce sul profilo funzionale della norma, rafforzando il convincimento che il legislatore abbia voluto prevenire e reprimere, attraverso la sanzione così irrogata, un comportamento giudicato con particolare disfavore⁵⁶.

Il carattere sanzionatorio accentua, nell'inadempimento dipendente da dolo, la valenza di grave devianza dalla normalità e, nel contempo, rende viepiù credibile l'idea che la prevedibilità del danno costituisca oggetto di una regola, insieme ad altre, tesa alla delimitazione del *quantum debeatur* a titolo di risarcimento⁵⁷ e, quindi, da porre in connessione con la misura dell'ammontare del danno⁵⁸. Peraltro, è questa l'ottica che anche il diritto europeo sembra privi-

sare chi si mostra propenso a portare l'art. 1225 c.c. sul terreno della causalità giuridica del rischio, che fatalmente corre, di accreditare una lettura in sostanza abrogatrice della disposizione: tale è l'esito cui si perviene a considerarla una sorta di doppione dell'art. 1223 c.c. o, nel migliore dei casi, una mera specificazione di quanto quest'ultimo prevede.

⁵⁴ E – come pure evidenzia V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 207 – non è detto che valga ad esaurire la gamma dei pregiudizi in concreto risentiti dal creditore in conseguenza dell'inadempimento.

⁵⁵ La dialettica regola-eccezione giustifica questo approdo. A giudizio di V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 126, qualora “si consideri il requisito della prevedibilità del danno (...) come una limitazione alla regola dell'integrale risarcimento del danno, riuscirà ben difficile trovare un fondamento logico alla previsione dell'art. 1225 c.c.”. Parla, invece, della “norma per cui il danno imprevedibile non è dovuto nell'ipotesi di colpa (art. 1225)” come di “un'evidente restrizione al principio del risarcimento integrale”, P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 205. L'idea, coerente con la considerazione della posta in parola quale parte del risarcimento integrale del danno, poco convince anche perché, in quest'ottica, la limitazione del danno a quello prevedibile verrebbe per forza di cose ad assumere la valenza di beneficio concesso al debitore il cui inadempimento dipenda da colpa: un esito, questo, che male si inquadra nell'economia di una disposizione, l'art. 1225 c.c., che non è lì ad elargire vantaggi, ma a stabilire una regola di irrisarcibilità di alcuni danni, operante sempre tranne che là dove ci sia da sanzionare il dolo del debitore inadempiente.

⁵⁶ La sanzione – come afferma A. di MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 66 – “corrisponde ad una particolare tecnica normativa, il cui scopo o funzione è di rafforzare o potenziare i precetti giuridici e ciò attraverso la previsione di mezzi o strumenti il cui fine è, da un canto, di prevenire le violazioni, dall'altro canto, una volta queste verificate, di reprimere in vario modo il comportamento del soggetto per mezzo di conseguenze afflittive”. Altro discorso va operato alla prova dei fatti, giacché “a tutti è noto come una leggerezza insignificante possa essere all'origine di un enorme disastro, e come il dolo più raffinato possa invece dar luogo a inconvenienti pressoché trascurabili” (P. CENDON, *op. ult. cit.*, 86).

⁵⁷ V. A. di MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 186, che associa l'art. 1225 c.c. agli artt. 1223 e 1227, co. 2, c.c., quali regole di risarcimento che contribuiscono alla determinazione del danno. In giurisprudenza, v. Cass. 22 maggio 2003, n. 16091, cit.; Cass. 11 agosto 2004, n. 15559, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Danni civili*, n. 150. Ne parla come di una “regola di limitazione della responsabilità” P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. loc. ult. cit.* L'imprevedibilità è considerata fattore che “determina la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile” da Cass. 15 maggio 2007, n. 11189, in *Corr. giur.*, 2008, 704 (con commento di F. ROLFI, *Brevi note sulla prevedibilità del danno da inadempimento*).

⁵⁸ Ci si è chiesti, riflettendo sull'essenza del limite *de quo*, se la prevedibilità abbia riferimento all'esistenza del danno o alla misura del suo ammontare. Entrambe le tesi hanno riscontro nella giurisprudenza di legittimità, ma quella da ultimo segnalata può dirsi prevalente: v., in tal senso, Cass. 15 maggio 2007, n. 11189, cit., la quale, nel rilevare



legiare⁵⁹. Il risarcimento del danno, come sopra quantificato, verrebbe ad essere liquidato in un importo maggiore⁶⁰ – stante l'integrazione della quota parametrata al danno non prevedibile – onde sanzionare il dolo dal quale l'inadempimento dipende.

Per chiudere, solo un cenno ad altro profilo controverso, destinato a rimanere tale anche alla luce di quanto diremo atteso che l'identificazione della soluzione da avanzare dipende – a tacer d'altro – dall'opzione accolta in ordine alla considerazione che deve aversi del dolo di cui trattasi e all'ambiente, aquiliano o contrattuale, ove quest'ultimo va collocato: parliamo dell'individuazione del soggetto gravato dell'onere di provare il dolo del debitore. In mancanza di risposte certe e inoppugnabili, meglio limitarsi a rilevare come alla tesi – che va per la maggiore – che pone tale onere a carico del creditore⁶¹, possa replicarsi, magari speculando sul “principio della

“che l'imprevedibilità non costituisce un limite all'esistenza del danno, ma alla misura del suo ammontare”, evidentemente dà per presupposta l'applicazione del criterio *de quo* in ordine a danno comunque esistente. Aggiungasi, nella sostanza conformi, Cass. 19 aprile 1997, n. 3395 e Cass. 17 marzo 2000, n. 3102 (entrambe in *DeJure-Giurisprudenza*), quest'ultima commentata da U. MINNECI, *op. cit.*, 807 ss. Nella convinzione che sia al danno, nella sua concretezza, che la prevedibilità va riferita, A. di MAJO, *op. ult. cit.*, 189 sottolinea come “l'indirizzo della giurisprudenza italiana sia di rifiutare una nozione di danno considerato ‘nella sua intrinseca realtà quanto nel suo ammontare’, ossia riferita alla perdita espressa in termini quantitativi”, per cui è “il concreto ‘ammontare’ del risarcimento che non può eccedere ‘l'entità prevedibile’ nel momento in cui è sorta l'obbligazione inadempita” (cfr., a questo proposito, M. PACIFICCO, *Il danno nelle obbligazioni*, Napoli, 2008, 143 s., che al fondo ravvisa l'esigenza “di correggere l'entità del risarcimento in presenza di danni di ammontare eccezionale”). È dell'idea che la prevedibilità attenga sia all'*an* che al *quantum* del danno, C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 157, il quale tiene, però, a precisare che “prevedibilità del danno economico non vuol dire (...) prevedibilità del suo preciso ammontare”; il “piano della prevedibilità copre sia l'*an* che il *quantum*” anche a parere di A. GNANI, *op. cit.*, 189).

⁵⁹ Anche la prevedibilità del danno, dunque, ha un peso nella selezione del danno risarcibile. Un peso, nella gran parte degli ordinamenti di *civil law*, non certo pari a quello che, in *common law* e nel diritto europeo, è ad essa riconosciuto: il dato è bene evidenziato da G. SMORTO, *I criteri di determinazione del danno nelle model rules e nel diritto comune europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 211 ss., il quale – nel contesto di un sintetico esame delle categorie impiegate per selezionare le poste di danno risarcibili nel diritto comunitario e nelle *model rules* (Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, Principi Unidroit, Principi di diritto europeo dei contratti, Draft Common Frame of Reference, Avant.project del Code Européen des Contrats) – riferendosi in particolare alle *model rules* del diritto europeo, registra la novità rappresentata dalla “sostanziale riduzione delle categorie utilizzate attraverso l'eliminazione del criterio causale e la conseguente espansione della prevedibilità” (*op. cit.*, 216), assunta al ruolo di “criterio cardine cui i diversi progetti affidano il compito di stabilire i limiti del risarcimento delle utilità perdute dal creditore” (*op. cit.*, 211 s.). Ciò posto, va notato come una disposizione di tenore sostanzialmente analogo al nostro art. 1225 c.c. sia prevista nel DCFR, nell'art. III.-3:703. La limitazione di cui trattasi, mentre trova anche spazio nei PECL (art. 9:503), non è invece prevista nei Principi Acquis, ciò che – a detta di A. D'ADDA, *Danno da inadempimento contrattuale e “diritto privato europeo”: le scelte dei Principi Acquis*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 607 – “potrebbe essere segno dell'adozione di un criterio di selezione delle conseguenze risarcibili diverso”. Lo specifico riferimento al dolo operato nell'art. 1225 c.c. non è presente nell'art. 74 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili e neanche nell'art. 7.4.4 dei Principi UNIDROIT, mentre è contemplato nell'art. 9:503 dei PECL in associazione con la colpa grave (sottolinea il dato G. SMORTO, *op. cit.*, 212 s., invitando, però, a non attribuire ad esso un eccessivo peso).

⁶⁰ Dunque, come in altra sede ebbi occasione di rilevare, “i momenti della quantificazione e della liquidazione solo di norma – ma (...) non sempre – raggiungono esiti coincidenti, sicché l'invito a tenerli distinti non va declinato” (G. GRISI, *Causalità materiale, causalità giuridica e concorso del creditore nella produzione del danno*, in *I contratti*, 2010, 622); nell'invito era implicato il rinvio a quanto affermato, a tal riguardo, da M. PACIFICO, *op. cit.*, 29 s.

⁶¹ Si adduce, a sostegno, che il dolo “in generale non si presume” (così C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 156) e che la dimostrazione è funzionale al risarcimento del danno imprevedibile il cui ammontare è il creditore stesso a dover provare.



‘vicinanza’ e/o della ‘riferibilità’ della prova, che l’onere va diversamente indirizzato, vieppiù se si assuma che là dove “i fatti di inadempimento riguardino in misura più diretta la sfera del debitore (...), è a quest’ultimo che incombe la prova liberatoria”⁶². Dubbi, tuttavia, non sembrano insorgere sul fatto che il pregiudizio effettivo e reale risentito dal creditore, in termini sia di danno emergente sia di lucro cessante, e la sua entità – se del caso comprensiva della quota relativa al danno imprevedibile – vadano da costui provati⁶³.

4. – Si sono delineate, nel paragrafo che precede, due differenti impostazioni circa l’apprezzamento del dolo di cui all’art. 1225 c.c. e precisate le motivazioni che spingono a giudicare quella da ultimo illustrata più convincente. Aderire all’una o all’altra non è, ovviamente, indifferente: sono, anzi, molte le ricadute, su diversi fronti. Si pensi, ad esempio, alla problematica dell’inadempimento efficiente⁶⁴, da taluno osteggiato e a pieno titolo inserito tra le patologie del rapporto obbligatorio, da altri incoraggiato – o, per meglio dire, non scoraggiato – in ossequio all’idea che sia foriero di una più efficiente allocazione delle risorse⁶⁵. L’uno e l’altro orientamento possono speculare sulla considerazione che deve aversi del dolo del debitore per trarre argomento a conforto.

L’efficienza dell’inadempimento risulta da una valutazione complessa, che non è legata all’apprezzamento della convenienza dell’inadempimento in ottica tutta interna al foro del debitore, ma di necessità importa un apprezzamento degli effetti negativi che l’inadempimento determina nella sfera del creditore, perché parametrato ad essi è il danno che il debitore sarà chiamato a risarcire⁶⁶. Oggetto di tale valutazione prognostica è il danno prevedibile⁶⁷, ma, se

⁶² A. di MAJO, *op. ult. cit.*, 257. Si vedano Cass. 23 maggio 2001, n. 7027, in *Foro it.*, 2001, I, 2509 e la più celebre Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 1567 s. (con commento di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*), intervenuta a risolvere un contrasto fra indirizzi accreditati dalle Sezioni semplici, da taluno giudicato, peraltro, apparente [v. G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell’inadempimento)*, in *Contr. impr.*, 2002, 903 ss.].

⁶³ Si veda Cass. 3 dicembre 2015, n. 24632, in *DeJure-Giurisprudenza*.

⁶⁴ La *economic theory of efficient breach* è stata – com’è si sa – elaborata in ambiente di *common law* e, nella serie sterminata di contributi ai quali rifarsi per averne esatta cognizione, può segnalarsi, esemplare per linearità e chiarezza, quello di R. A. POSNER, *Economic analysis of law*, Boston, 1992, 117 ss. Si può aggiungere, più recente, il saggio di A. SCHWARTZ e D. MARKOVITS, *The Myth of Efficient Breach*, in *Yale Law School. Faculty Scholarship Series*, 2010, Paper 93. La logica economico-giuridica cui detta teoria risponde è nota, come pure il fatto che è il contratto il terreno ove trova naturale estrinsecazione.

⁶⁵ Fine, questo, valutato, sotto diversi punti di vista, apprezzabile, essendo fattore di incremento della ricchezza che un bene finisca nelle mani di chi ad esso assegna maggior valore.

⁶⁶ Si dà per presupposto, ovviamente, che il creditore insoddisfatto non manchi di attivarsi per far valere il suo diritto. Ma la realtà rivela ciò non è scontato: il creditore potrebbe non trovare conveniente agire e il livello di probabilità che ciò accada – che lo si voglia o no – finisce per condizionare la valutazione in termini di efficienza dell’adottanda scelta di non adempiere.

⁶⁷ Il giudizio di prevedibilità – questo è un punto fermo, forse l’unico – “è una valutazione di probabilità (in meri-



all'inadempimento efficiente non è estraneo il dolo, occorre fare i conti anche col danno imprevedibile⁶⁸, che è al più congetturabile⁶⁹. Ed è facile comprendere che, se quest'ultimo diventa voce del risarcimento, il rischio che l'efficienza risulti frustrata è elevato⁷⁰: un'eventualità, questa, che, se non delegittima in linea teorica l'inadempimento efficiente, certamente ne mina la ragion pratica.

Si può non apprezzare l'esito qui configurato ed essere portati a credere che l'efficienza sia un valore da salvaguardare anche là dove, a determinarla, sia l'inadempimento⁷¹. Bisogna, allora, evitare che l'inadempimento efficiente ricada nell'orbita dell'eccezione alla regola limitativa del danno espressa nell'art. 1225 c.c. e il concetto di dolo dianzi accolto, dissociato dalla qualificazione dell'inadempimento e operante in ambito circoscritto, può tornare utile allo scopo. Verrà valorizzata, in questa chiave, la regola emergente dal disposto dell'art. 1225 c.c., connessa all'esigenza di consentire *ex ante* – già al momento dell'assunzione del vincolo – il calcolo, ancorché approssimativo ma vicino al vero, dell'entità del risarcimento cui il debitore sarà tenuto nel caso l'obbligazione risultasse inadempita⁷². Il dato letterale che ancora “al tempo in cui è sorta l'obbligazione” la valutazione in termini di prevedibilità del danno sembra coerente con questa lettura⁷³. Il debitore risponderebbe solo per i danni prevedibili – quelli più o meno age-

to a un evento futuro)” (U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 644); ne parla come di “una sorta di prognosi postuma” V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 147. Molto altro resta da chiarire. C'è, in primo luogo, da intendere se il danno cui la prevedibilità fa riferimento sia il c.d. danno-evento o il danno-conseguenza o entrambi. Va, altresì, valutato se la prevedibilità sia da apprezzare in concreto, avendosi cioè riguardo allo specifico debitore di volta in volta implicato, oppure in astratto e, dunque, in rapporto “ad una categoria di rapporti, secondo le regole ordinarie di comportamento dei soggetti economici e, cioè, secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute” (l'espressione riportata tra virgolette è tratta da Cass. 15 maggio 2007, n. 11189, cit. e sintetizza l'orientamento ivi accolto, che è poi quello che riscuote i maggiori consensi). Altri dubbi – come si dirà (v. *infra*, nota 73) – si annidano sul senso da assegnare “al tempo in cui è sorta l'obbligazione”, costituente termine di riferimento della valutazione di prevedibilità del danno.

⁶⁸ Il danno è imprevedibile – a detta dei più – quando è improbabile il suo verificarsi “secondo un giudizio normalmente diligente” (C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 156) in relazione alle “concrete circostanze che apparivano o che erano conosciute al debitore” (C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 157). L'A. prospetta l'esempio – simile a quello descritto da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 1150 e legato al nome di Jean Carbonnier – del depositario che, per via del furto subito, non può restituire la cassa di quadri depositata all'interno della quale, senza che il depositante ne avesse dato comunicazione, ve n'era uno di eccezionale valore: il danno legato alla perdita del quadro particolarmente prezioso può considerarsi imprevedibile.

⁶⁹ Per il debitore, che sa di rispondere anche dei danni imprevedibili causati, è arduo riuscire a pronosticare con un ragionevole grado di certezza l'efficienza dell'inadempimento.

⁷⁰ Ove il vantaggio tratto dal debitore si palesi inferiore al danno (da risarcire) arrecato al creditore.

⁷¹ Si veda P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 89, il quale sottolinea che “il risarcimento non solo non deve essere inferiore, ma neppure deve essere superiore all'interesse positivo”, anche per non inibire la decisione del debitore di non adempiere, adottata in ossequio all'efficienza allorquando il vantaggio che da essa egli è in grado di trarre sia superiore al danno risentito dall'altra parte.

⁷² Sviluppando questa prospettiva, si può giungere a fondare sull'esito di questa previsione la scelta deliberata di non eseguire la prestazione dovuta, qualora il beneficio che a detta scelta si associa valga ampiamente a compensare le conseguenze negative cui il debitore verosimilmente si espone.

⁷³ Pare, dunque, “che il legislatore, nel disegnare le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligazione abbia at-



volmente pronosticabili – e sarebbe *d’emblée* alla radice azzerato il rischio di una valutazione erronea di quelli imprevedibili.

L’alternativa è accedere ad una considerazione diversa del dolo, con inevitabile conseguente ampliamento della portata applicativa dell’eccezione alla regola limitativa del danno espressa nell’art. 1225 c.c., nelle cui maglie finirebbe per rimanere intrappolato, senza scampo, l’inadempimento efficiente⁷⁴.

In questa diversa prospettiva, anzi, non sembra azzardato riconoscere a detta eccezione una funzione profilattica contro l’inadempimento efficiente. Non sarà questa la sua precipua vocazione, ma che quell’effetto venga a determinarsi è difficile negarlo. La premessa è che

tribuito importanza decisiva (...) alla potenzialità nociva dello stesso inadempimento come prefigurabile nel momento costitutivo dell’obbligo” (V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 128). Non deve, allora, sorprendere che il dato letterale di cui nel testo si parla – ad onta della formulazione così chiara – sia stato accostato a significati impropri. Il tempo di riferimento della prevedibilità del danno è, infatti, tema dibattuto. Chi invita a non interpretare alla lettera il richiamo al “tempo in cui è sorta l’obbligazione”, paventa, altrimenti, che diverrebbe, di regola, inipotizzabile il risarcimento dei danni imprevedibili dal debitore al momento della costituzione del rapporto ma prevedibili prima che questi si renda inadempiente: conclusione, questa, giudicata inaccettabile, se è vero che detti danni “non rappresentano (...) un rischio inaspettato e intollerabile dell’inadempimento” (in tal senso, C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 158, che sembra, perciò, aderire alla tesi che riferisce la prevedibilità “al momento in cui diventano attuali gli obblighi delle singole prestazioni”). La questione, come ben si comprende, non è marginale, né è rilevante solo da noi (per ragguaagli attinenti al diritto europeo e ad altri ordinamenti, v. F. MAIOLO, *Prevedibilità e danno risarcibile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1134 ss., in nota a Cass. 30 gennaio 2007, n. 1956, cit.). Chi considera la disposizione parametrata sui casi in cui nascita dell’obbligazione ed esecuzione della prestazione coincidono, ravvisa chiara l’esigenza di adattamento della regola là dove così non sia. La S.C. ha affermato che “la prevedibilità del danno risarcibile deve essere valutata con riferimento non al momento in cui è sorto il rapporto obbligatorio ma a quello in cui il debitore, dovendo dare esecuzione alla prestazione e, potendo scegliere fra adempimento e inadempimento, è in grado di apprezzare più compiutamente e quindi di prevedere il pregiudizio che il creditore può subire per effetto del suo comportamento inadempiente” (Cass. 30 gennaio 2007, n. 1956, cit.); soluzione, questa, che non avrebbe incontrato il consenso di G. GORLA, *Sulla cosiddetta responsabilità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 419 – convinto, invece, che “la prevedibilità del danno, ai sensi dell’art. 1225, è la possibilità di prevederlo in un momento (conclusione del contratto) anteriore all’azione o omissione colposa (inadempimento)” – e che, non a torto, può essere criticata sulla base della constatazione, difficile da contestare, che “prevedere” vuol dire immaginare, predire, presagire, pronosticare, mentre ciò “che può essere per il debitore poco immaginabile all’atto della stipulazione, sarà certamente prevedibile se non addirittura previsto al momento dell’esecuzione della prestazione, anche qualora si trattasse di eventi straordinari” (così F. MAIOLO, *op. cit.*, 1136). A ben vedere, c’è un’altra regola aurea per l’interprete implicata in questa osservazione: egli “non può ‘riscrivere’ la norma secondo il proprio piacere” (P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 1151), perché il lessico merita rispetto e, se può consentirsi che i concetti vengano in certa misura accomodati e adattati, inammissibile è che siano deformati o snaturati nella loro essenza. Superando qualche esitazione, dunque, può giudicarsi a conti fatti accettabile l’idea – prospettata da P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. loc. ult. cit.* – di associare al concetto di prevedibilità di cui all’art. 1225 c.c. “non (...) quello di probabilità ma (...) quello di possibilità, da valutare secondo un criterio di diligenza riassumibile nel principio di precauzione; sicché dovrebbero considerarsi irrisarcibili le sole conseguenze patrimoniali davvero eccezionali e perciò imprevedibili dell’inadempimento, in analogia a quanto previsto dall’art. 1467 c.c. per i casi di eccessiva onerosità sopravvenuta che giustificano la risoluzione del contratto”; mentre è difficile dar torto a V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 151 quando afferma che ogni “spostamento del momento rilevante ai fini del giudizio di prevedibilità avrebbe natura modificativa, e non già interpretativa, del dato positivo”.

⁷⁴ Che non sarebbe, però, per ciò stesso, impedito. Anche chi – come V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 222 s. – in premessa rileva che il “nostro ordinamento contrasta il così detto *inadempimento efficiente*”, non può fare a meno di riconoscere che non “può escludersi che, pur applicando la più larga area di danno risarcibile prevista per l’inadempimento doloso, per il debitore risulti comunque conveniente non adempiere”.



l'inadempimento efficiente, ancorché possa risultare utile al debitore e alla collettività, non è certo riconducibile nell'alveo della "regolarità": siamo, dunque, al cospetto di un'anomalia. Il diverso modo di intendere il dolo completa il cerchio, giacché induce a qualificare doloso l'inadempimento, sia o no legato all'insorgere di una sopravvenienza, in quanto atto consapevole e volontario, intenzionalmente posto in essere per soddisfare ragioni di convenienza di un soggetto, il debitore, che – sia a meno l'*animus nocendi* ad ispirarlo – comunque sa di determinare il sacrificio dell'altrui interesse venendo meno all'obbligazione assunta. L'efficienza deve, allora, ripiegare e, sussistendo il dolo rilevante ai sensi dell'art. 1225 c.c., è intuitivo registrare, nella disciplina dettata dalla disposizione in parola, una forte valenza induttiva all'adempimento anche là dove elevate siano le probabilità che l'inadempimento sia efficiente: parlare, dunque, di profilassi contro quest'ultimo non è un fuor d'opera.

5. – L'art. 1225 c.c. non è il solo a porre in relazione il dolo con l'inadempimento. C'è anche l'art. 1229 c.c., che riverbera rilievo anche ai nostri fini⁷⁵, il quale, nel dichiarare "nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave", prende in considerazione l'eventualità di un inadempimento doloso. Qui non è menzionato l'inadempimento che "dipende da dolo" ma la responsabilità per dolo, e ciò sta, forse, a testimoniare che quest'ultimo va definito secondo coordinate diverse da quelle impiegate con riguardo all'art. 1225 c.c. Anche l'equiparazione della colpa grave al dolo operata dall'art. 1229 c.c. segnala una differenza rispetto all'art. 1225 c.c.⁷⁶, tutt'altro che insignificante ai fini della comprensione della *ratio* che presiede a quest'ultima disposizione⁷⁷. Alla base del limite imposto alla pattuizione di clausole di esonero o di limitazione della responsabilità è, infatti, tradizionalmente posta l'esigenza di ribadire con forza che l'obbligazione non è un gioco, ma crea un vincolo serio che le parti sono tenute a rispettare⁷⁸. Se è qui chiamata in ballo anche la colpa grave – che è sicuramente meno riprovevole e grave del dolo – prende quota l'idea che

⁷⁵ La disposizione riguarda le clausole di esonero da responsabilità e la possibilità data alle parti di concordarle è argomento che, a detta di V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 97, deve indurre a ritenere che gli "articoli 1223 e ss. cod. civ. (e, tra essi, in particolare, l'art. 1225) fissano delle regole suppletive".

⁷⁶ Prevale, infatti, l'idea che l'equiparazione sia da escludere con riferimento all'art. 1225 c.c. (v. U. BRECCIA, *op. cit.*, 645 e 646). Nel *code civil* francese risultante dalla recente riforma del 2016, dove la regola della prevedibilità dei *dommages et intérêts* è contemplata nell'art. 1231-3 che ha rimpiazzato il precedente art. 1150, c'è da notare, accanto ad un significativo mutamento nella formulazione letterale (sono ora richiamati i danni "qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat"), l'introduzione della assimilazione della *faute lourde* al *dol*.

⁷⁷ Come V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 202 s. sottolinea, non sempre il legislatore equipara dolo e colpa grave, ma solo tendenzialmente "in quelle regole interpretabili nel senso di graduare la responsabilità al grado della colpa dell'inadempiente".

⁷⁸ Si eccepisce – ed è vero – che "la sola esclusione della responsabilità (e, a maggior ragione, la mera sua limitazione) non sarebbe, da sola, idonea a togliere giuridicità al vincolo" (V. DI GRAVIO, *op. cit.*, 61), ma è arduo sostenere che non lo indebolisca. Ovviamente, ha il suo peso la verifica in concreto del contenuto che la clausola limitativa presenta, che può essere vario.

JUS CIVILE



quest'ultimo sia da connettere al semplice inadempimento intenzionale, cosciente e volontario. Mentre, per altro verso, la mancata equiparazione coerentemente si armonizza con l'intento del legislatore dell'art. 1225 c.c. di limitare a casi del tutto eccezionali – connotati da comportamenti ed atti particolarmente deprecabili – l'aggravamento delle conseguenze sfavorevoli poste a carico dell'inadempiente. Questa ricostruzione si palesa ai nostri occhi plausibile ed utile per far luce sul rapporto, alquanto problematico, tra l'art. 1225 e l'art. 1229 c.c.⁷⁹.

⁷⁹ Per ragguagli, v. A.G. CIANCI, *op. cit.*, 239 ss.



LUIGI PALAZZO

Avvocato

LE LIBERALITÀ INDIRETTE, TRA RICOSTRUZIONI ERMENEUTICHE E TUTELA DEI TERZI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni storici. – 3. Le liberalità indirette o non donative. – 4. Ipotesi classificatorie: atti diversi dal contratto, contratti singoli, più contratti combinati tra di loro; atti materiali. – 5. Portata dell'art. 809 e tutela dei terzi. – 5.1. Azione di riduzione. – 5.2. Azione di restituzione. – 5.3 Tutela del terzo creditore. – 6. Conclusioni.

1. – Le espressioni “liberalità indiretta” e “donazione indiretta”, essenzialmente equivalenti¹, indicano quel fenomeno negoziale che, pur non rivestendo la forma della donazione, sia mosso da fine di liberalità e abbia lo scopo e l'effetto di arricchire gratuitamente il beneficiario².

Tale forma negoziale³, che si distingue dalle liberalità dirette, ossia da quelle liberalità attuate mediante lo schema tipico della donazione, pone vari quesiti sulla tutela dei terzi e, prima ancora, sulla sua struttura e sull'inquadramento sistematico che ne consegue, temi a cui la tutela dei terzi è legata a doppio filo.

2. – L'evoluzione storica delle liberalità evidenzia una progressiva biforcazione di tale fenomeno, direttamente ricollegabile alla sua graduale regolamentazione, che giunge sino ad oggi e si manifesta con la distinzione tra liberalità dirette, attuabili solo ed esclusivamente mediante l'utilizzo dello schema tipico e ultra formale del contratto di donazione, e liberalità indirette.

In epoca romana, la donazione (ed in particolare la donazione *inter vivos*) constava di tre elementi caratterizzanti⁴: 1. la configurabilità come “ultronea liberalità”⁵ (“*Liberalitas nullo jure cogente, in accipientum facta*”⁶); 2. la determinazione di una apprezzabile diminuzione del patrimonio del donante⁷; 3. la presenza dell'*animus donandi*, ossia l'intenzione del soggetto donante di

¹ Iaccarino, Liberalità indirette, Assago (MI), 2011, p. 30.

² Così la S.C. in Cass. civ. Sez. Unite, 05-08-1992, n. 9282.

³ L'inquadramento della fattispecie è tutt'altro che pacifico. Secondo altra ricostruzione, nell'ambito delle liberalità non donative occorre distinguere le donazioni indirette, le liberalità d'uso ex art. 770, comma 2 c.c. e i negozi misti con donazione.

⁴ Doveri, Istituzioni di Diritto Romano, II, Firenze, 1886, 239 ss.

⁵ Doveri, *op. cit.*

⁶ Fr. 29, Dig. H.t. XXXIX, 5, fr. 82, Dig. De reg. juris, L, 47.

⁷ Per aversi una donazione “in primo luogo, deve separarsi qualche cosa dall'un patrimonio e trapassare nell'altro,



porre in essere una donazione, di diminuire il proprio patrimonio senza alcun corrispettivo.

Non rappresentava un autonomo istituto appositamente regolato, ma aveva certa rilevanza sul piano della qualificazione causale di altri negozi. Poteva avvenire *dando* (mediante la *traditio* di una *res*, con effetti reali, o la cessione di un credito), *liberando* (ossia, rimettendo un debito o assolvendo un onere mediante *acceptilatio* ovvero per il tramite di un patto quale il *pactum de non petendo*⁸), *promittendo* (obbligandosi spontaneamente a diminuire il proprio patrimonio in favore del donatario, con efficacia obbligatoria).

Avveniva tendenzialmente per mezzo di una *mancipatio*, in *iure cessio* o *traditio* ovvero di una *stipulatio*.

Una prima regolazione della donazione fu introdotta con la *Lex Cincia de donis et muneribus* del 204 a.C., emanata su proposta del tribuno della plebe M. Cincio Alimento, con la quale si posero una serie di limitazioni alle liberalità tra vivi (limitazioni sia di tipo quantitativo, ossia oltre un certo valore, che di tipo soggettivo, ossia divieto di donazione nei confronti di determinati soggetti quali il coniuge).

A tale proposito, è stato osservato che “il rilievo giuridico della *causa donationis* – come avviene nel nostro ordinamento per la donazione indiretta – era in funzione dell’applicazione della disciplina sostanziale ed in particolare della revocabilità della donazione *imperfecta* e cioè finché non fosse stata completamente eseguita – cd. *exceptio legis Cinciae* – e, successivamente, del divieto di donazione tra coniugi, introdotto nei primi anni dell’impero”⁹.

Solo nel 323 d.C. divenne un *contractus* vero e proprio¹⁰, un atto tipico con effetto traslativo della proprietà o di un diritto reale, sottoposto a particolari vincoli di forma¹¹.

La necessità giuridica (o foss’anche terminologica) di ricorrere ad un altro concetto, ad un’altra espressione da affiancare a quella di “donazione” si fece, col passare degli anni, tanto più stringente, quanto più stringenti furono gli oneri di forma con riferimento alla donazione intesa come contratto regolamentato.

E così nella tradizione giuridica francese¹² fece la sua prima apparizione l’espressione *donation indirecte*, ad indicare una liberalità eseguita mediante atti tipicamente preordinati a produrre trasferimenti a titolo oneroso.

e, in secondo luogo, l’ultimo effetto di questa modificazione deve essere quello di diminuire il valore totale di uno dei patrimoni, accrescendo il valore dell’altro”, Savigny, Sistema del diritto romano attuale, Venezia, 1856

⁸ Cfr. Valenza, La donazione indiretta tra diritto civile e diritto tributario, Nuova Giur. Civ., 2001, 3, 20179, note 22 e 23;

⁹ Valenza, *op. cit.*

¹⁰ Per una sintetica ma compiuta ricostruzione storica delle vicende relative alla donazione, cfr. Gianola, La donazione di bene altrui (e futuro), Riv. Dir. Civ., 2017, 6, 1596.

¹¹ Requisiti che sarebbero poi permasti nella tradizione codicistica pre e post unità d’Italia: forma scritta, consegna della cosa alla presenza di testimoni, “*insinuatio apud acta*”, ossia il deposito del documento scritto presso un ufficio pubblico.

¹² Se ne dà atto in Martino, Le Sezioni Unite e le liberalità non donative: dalla donazione indiretta alla donazione tipica ad esecuzione indiretta, Corriere Giur., 2017, 10, 1216

JUS CIVILE



Prima ancora, era stata elaborata la distinzione tra donazioni *recte via* e donazioni non *recte via*: nella prima categoria rientravano sia quelle poste in essere con l'osservanza dei requisiti di forma con un atto apposito o all'interno di un altro atto che comunque rispettasse tali requisiti, sia quelle realizzate mediante la reale *traditio* della cosa donata; nella seconda categoria, invece, rientravano quelle liberalità non concretate all'interno di un atto tipico o con l'utilizzo di una forma solenne¹³.

La liberalità indiretta trovò espresso riconoscimento in Italia con il Codice civile del 1885, all'art. 1001, in materia di collazione¹⁴, riconoscimento confermato anche dal legislatore del 1942.

Sulla portata di tale riconoscimento, tuttavia, non vi è pacificità.

Taluni ritengono che il codice vigente sia essenzialmente neutrale rispetto al fenomeno liberale indiretto¹⁵, considerato "che per pianificare l'assetto di interessi voluto dalle parti protagoniste della singola vicenda potrebbe non essere in concreto alcuna possibilità di scelta tra lo strumento contrattuale di cui all'art. 769 c.c. e il diverso atto con pari risultato liberale"¹⁶, tal altri, invece, sostengono un effettivo superamento della forma solenne prevista per la donazione¹⁷.

3. – Se è vero che sulla materia in esame si riscontrano molteplici ricostruzioni di dottrina e giurisprudenza, spesso del tutto antitetiche quanto all'inquadramento sistematico ed alla configurazione strutturale, è altrettanto vero che vi è assoluta concordia sulla individuazione di una prima definizione di tale fenomeno giuridico, nel senso che se ne possa sicuramente fornire una definizione in negativo (secondo qualcuno, quella in termini negativi è l'unica definizione operabile¹⁸).

Dunque, in prima battuta, può affermarsi che sono liberalità indirette (o liberalità non donative) tutte quelle manifestazioni di liberalità che non rientrano nello schema tipico della donazione. In tale prospettiva, un'altra definizione utilizzata per indicare tale fenomeno negoziale è, non a caso, quella di atto diverso dalla donazione.

Difatti, come detto, il codice del 1942 configura una netta distinzione tra le liberalità donative e le liberalità non donative, laddove le prime trovano come unica possibile estrinsecazione il

¹³ Torrente, La donazione, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Milano, 2006, 20

¹⁴ "Il figlio o il discendente il quale venga alla successione, ancorché con beneficio d'inventario, insieme co' suoi fratelli o sorelle o loro discendenti, deve conferire a' suoi coeredi tutto ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione sì direttamente come indirettamente, eccettuato il caso che il donante abbia altrimenti disposto".

¹⁵ Carrabba, Donazioni, in Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato, Napoli, 2009, p. 771

¹⁶ In tale direzione anche Torrente, *op. cit.*

¹⁷ Palazzo, Atti gratuiti e donazioni, in Sacco, Trattato di diritto Civile, Torino, 2000, p. 163.

¹⁸ Biondi, Le donazioni, in Vassalli, Trattato di Diritto Civile, Torino, 1961, p. 960 ss.



contratto di donazione, regolato dagli artt. 769 ss. c.c., sottoposto a stringenti requisiti di forma (forma solenne)¹⁹.

Le liberalità non donative, invece, trovano fondamento giuridico nell'art. 809 c.c.²⁰, che chiude il Libro II del codice, la cui disciplina esonera le parti dagli stringenti oneri formali previsti per la donazione.

Tale differenza si giustifica nella diversa struttura causale: la forma solenne, la forma “forte” compensa la causa “debole”²¹.

Ciò deriva, in particolare, dalla forte incidenza dell'elemento soggettivo, dell'*animus donandi*, a cui è ormai generalmente riconosciuta una rilevanza causale²². Detta in altri termini, la causa della donazione è debole perché “è identificabile sulla base non di un elemento oggettivo, ma soggettivo”, finendo “per ricadere nel motivo”²³.

Tratto comune con la donazione, invece, va rintracciato nell'arricchimento senza corrispettivo del soggetto avente causa, determinato da spirito liberale.

Sul piano dell'inquadramento sistematico, vi sono due differenti approcci per la analisi delle liberalità indirette: l'uno che guarda a tali liberalità come ad una categoria unitaria, l'altro concentrato sulle concrete esigenze che la singola liberalità mira a soddisfare e sulle molteplici opzioni a disposizione delle parti, sicché non sarebbe possibile individuare tratti comuni sufficienti ad una unitaria categorizzazione²⁴.

Chi sostiene non possa giungersi ad una definizione unitaria delle liberalità indirette²⁵, evidenzia come l'unico tratto comune tra le molteplici forme di attuazione in concreto dell'intento liberale sia, per l'appunto, la definizione di “liberalità attuate non mediante il contratto di donazione ma mediante altri atti aventi una causa astratta diversa”²⁶.

¹⁹ Ai sensi dell'art. 782 c.c., “La donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio. / L'accettazione può essere fatta nell'atto stesso o con atto pubblico posteriore. In questo caso la donazione non è perfetta se non dal momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante. / Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione.

²⁰ Che, testualmente, dispone: “Le liberalità anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'articolo 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari. / Questa disposizione non si applica alle liberalità previste dal secondo comma dell'articolo 770 e a quelle che a norma dell'articolo 742 non sono soggette a collazione”.

²¹ Per un approfondimento sulla causa, Fratini, *Il sistema del diritto civile*, 3, Roma, 2017, p. 114, con riferimento alla donazione, cfr. Santise, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Civile*, Torino, 2017, p. 279 ss.

²² Si può individuare un rapporto di inversa proporzionalità tra forma e causa, sicché a fronte di una causa debole l'ordinamento prescrive una forma “forte”, e viceversa; cfr. Gorla, *Il contratto*, Milano, 1954, p. 85.

²³ Fratini, *ivi*.

²⁴ Se ne dà atto in Carrabba, *op. cit.*, p. 772.

²⁵ Su tale posizione si attesta Palazzo, *Le donazioni*, in Schlesinger, *Commentario al Codice Civile*, Milano, 2000, p. 555 ss.

²⁶ Carrabba, *op. cit.*, p. 773.



I sostenitori di una categoria unitaria di liberalità indirette, concentrano la propria analisi sulla capacità dell'atto di pregiudicare il patrimonio del disponente, sollecitando una valutazione di tali fenomeni come fattispecie effettuali, come fatti oggettivi a cui è ricollegato un effetto (l'impovertimento del disponente non giustificato da scopo patrimoniale) da cui deriva la applicabilità di una determinata disciplina (quella richiamata dall'art. 809 c.c.)²⁷.

Pur nella diatriba sopra riassunta, è utile, tuttavia, tracciare dei canoni orientativi per l'interprete, che tengano, però, conto della effettiva esigenza di scandagliare in concreto ogni singola manifestazione di liberalità.

È, pertanto, possibile rinvenire nel testo dell'art. 809 una doppia qualificazione del fenomeno giuridico che si manifesta come liberalità indiretta. Il dato normativo indica una doppia qualificazione dell'atto liberale, in ragione della quale occorre distinguere il mezzo con cui si pone in essere la liberalità – ossia, il tipo negoziale, o, più genericamente, la struttura negoziale utilizzata dal soggetto che pone in essere la liberalità (che, evidentemente, non è il contratto di donazione) – dal fine concreto che quell'atto realizza, sicché se l'operazione negoziale, nel suo complesso ovvero singolarmente, dà luogo ad una liberalità, si è in presenza di una donazione indiretta.

L'operazione ermeneutica, dunque, necessita di due passaggi: il primo, di qualificazione dell'atto posto in essere dalle parti; il secondo, di verifica della finalità effettivamente perseguita e realizzata.

Sul piano della incidenza causale dello spirito liberale, l'atto formalmente realizzato dalle parti subisce quello che è stato definito un "arricchimento causale minimo"²⁸. Perché si abbia liberalità indiretta è necessario, cioè, che lo schema causale dell'atto realizzato²⁹ (ad. es. compravendita, il cui schema causale minimo è il trasferimento di un bene a fronte di un corrispettivo) subisca in concreto una modificazione in conseguenza della insinuazione dello spirito liberale.

Nel fenomeno delle liberalità indirette, è, dunque, decisivo il fine dell'atto posto in essere, nei cui confronti la struttura assume una posizione ancillare.

Ed infatti, "la funzione economico-sociale del negozio impiegato è diversa da quella della donazione, mentre il risultato (arricchimento altrui) è al di fuori della fattispecie negoziale e si realizza per la confluenza di elementi eventuali"³⁰, verificandosi, in sostanza, un "abuso della funzione strumentale del negozio che, pur non essendo dotato di causa gratuita, viene piegato alla realizzazione del fine liberale"³¹.

È utile evidenziare che la prospettiva di una analisi concreta del fenomeno negoziale implica

²⁷ Critico a tale impostazione è Carrabba, che evidenzia il rischio di "una esasperata oggettivazione della vicenda, una sottostima degli interessi concreti, una sottostima dell'atto di autonomia privata"; cfr. Carrabba, *op. cit.* p. 773.

²⁸ Cfr. Panariello, *Donazioni e liberalità indirette alla luce della recente giurisprudenza*, su <https://www.avvocatirandogurrieri.it/news/Donazioni-e-liberalita-indirette-alla-luce-della-recente-giurisprudenza>, che richiama una definizione utilizzata da Santise.

²⁹ Tale impostazione accoglie la teoria della causa concreta.

³⁰ Torrente, *op. cit.*, p. 38, in cui si richiama, tuttavia, una differente concezione di causa.

³¹ *Ibidem*, p. 48.



che non sia possibile rintracciare a priori una liberalità indiretta, ma l'inquadramento di una operazione negoziale in tale ambito non può che derivare da una valutazione effettuata a posteriori risultante dalla valutazione funzionale di un negozio³².

Ciò chiarito, occorre distinguere le liberalità indirette da due ipotesi apparentemente simili: il negozio gratuito e la donazione tipica ad esecuzione indiretta.

La prima distinzione si fonda sulla considerazione che non sempre gratuità e liberalità coincidono. Anzi, in talune ipotesi, hanno implicazioni antitetiche, ossia, sono realizzate dalle parti con una specifica connotazione patrimoniale ed una causa forte.

Esempi di negozi a titolo gratuito ma senza scopo liberale sono molteplici: il mutuo nel quale vengano pattuiti interessi legali (non vi è impoverimento del mutuante); il fondo patrimoniale, quando non vi sia una parallela attribuzione patrimoniale da parte dei coniugi³³; la sponsorizzazione; la distribuzione gratuita di campioni pubblicitari di un'azienda³⁴; ecc.

Diversa è, invece, l'ipotesi della donazione tipica ad esecuzione indiretta.

Sul punto, nel 2017 si è pronunciata la Cassazione a SS.UU.³⁵, rilevando che "Il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l'esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta; ne deriva che la stabilità dell'attribuzione patrimoniale presuppone la stipulazione dell'atto pubblico di donazione tra beneficiante e beneficiario, salvo che ricorra l'ipotesi della donazione di modico valore"³⁶.

Tale pronuncia (che non ha messo la parola fine alle questioni sinora esaminate, sebbene le aspettative fossero alte), fornisce un importante elemento orientativo: in sostanza, per aversi donazione indiretta, l'effetto di arricchire l'avente causa per spirito di liberalità non deve prodursi direttamente, altrimenti si rientra nella ipotesi della donazione di cui all'art. 769 ss. c.c.

³² Iaccarino, *op. cit.*, p. 34.

³³ Cass. civ. Sez. III, 17-01-2007, n. 966

³⁴ Così, Iaccarino, *op. cit.*, p. 31.

³⁵ Cass. civ. Sez. Unite, 27-07-2017, n. 18725

³⁶ È stato osservato in Pisani, Donazione tipica e donazione indiretta – donazione mediante operazione bancaria di trasferimento titoli senza atto pubblico, in *Giur. It.*, 2018, 5, 1082, che "la ratio della pronuncia in commento affonda le sue radici nelle origini dell'istituto stesso della donazione, la quale con il codice del 1942 è stata profondamente innovata. Dal punto di vista storico, infatti, il progetto preliminare dell'attuale Codice civile aveva ammesso la validità della donazione mobiliare di qualsiasi importo con il semplice trasferimento, o, in mancanza di questa, in presenza di una scrittura privata contenente la descrizione delle cose e l'indicazione del loro valore. Il progetto definitivo aveva invece ritenuto pericolosa questa riforma, specie in considerazione della grande importanza del patrimonio mobiliare nell'economia moderna, e pertanto aveva prescritto anche per le donazioni mobiliari l'atto pubblico, riproducendo la norma dell'art. 1070 del codice del 1865, che richiede la descrizione del donatum con l'indicazione del valore; di contro, aveva ammesso la validità della donazione di modico valore, quando fosse fatta per scrittura privata o fosse accompagnata dalla traditio".

JUS CIVILE



4. – Le liberalità indirette si distinguono in tre categorie: atti diversi dal contratto, contratti singoli, più contratti combinati tra di loro³⁷.

Alla prima categoria appartengono i negozi unilaterali, i quali producono l'effetto liberale direttamente nella sfera del beneficiario (le SS. UU. richiamano la ipotesi dell'adempimento del terzo, caratterizzato per la spontaneità dell'atto).

Quanto alla seconda ipotesi, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che la liberalità indiretta possa rintracciarsi anche solo all'interno di un singolo contratto. In tali casi, il negozio, che ha una sua struttura predefinita, persegue un intento ulteriore e diverso da quello manifestato dalla struttura dell'atto.

A tale categoria appartiene il *negotium mixtum cum donatione*³⁸, che si configura quando le parti stipulano un contratto di compravendita in cui il corrispettivo è sostanziosamente inferiore al valore del bene³⁹.

Altra ipotesi rientrante in tale categoria è il contratto a favore di terzo *ex art. 1411 c.c.*, in cui, tuttavia, il beneficiario è tendenzialmente estraneo alla stipulazione.

La deviazione dell'effetto, in tal caso, è tipica e dottrina e giurisprudenza concordano nel configurare tale ipotesi come liberalità indiretta.

Vi è, poi, l'ipotesi del trust istituito per effettuare una liberalità (c.d. trust liberale⁴⁰).

Sul punto, vi è concordi nel ritenere tale fattispecie una donazione indiretta⁴¹, “poiché in esso l'arricchimento di un soggetto (il beneficiario) viene realizzato dal disponente mediante un meccanismo indiretto, prevedente la creazione di un ufficio di diritto privato (quello del trustee) il titolare del quale (titolare, altresì, del patrimonio separato costituente la dotazione del trust) dovrà far pervenire al beneficiario i vantaggi patrimoniali che l'atto istitutivo prevede”⁴².

La liberalità indiretta, come detto, può scaturire anche da una serie di contratti tra di loro col-

³⁷ Tali prime tre categorie sono state suggellate nella prefata pronuncia delle SS.UU., laddove si legge: “Sotto questo profilo, proprio muovendo dalla lettura dei dati offerti dall'esperienza giurisprudenziale, la dottrina ha evidenziato che la donazione indiretta non si identifica totalmente con la donazione, cioè con il contratto rivolto a realizzare la specifica funzione dell'arricchimento diretto di un soggetto a carico di un altro soggetto, il donante, che nulla ottiene in cambio, in quanto agisce per spirito di liberalità. Si tratta – è stato sottolineato – di liberalità che si realizzano: (a) con atti diversi dal contratto (ad esempio, con negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative); (b) con contratti (non tra donante e donatario) rispetto ai quali il beneficiario è terzo; (c) con contratti caratterizzati dalla presenza di un nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali; (d) con la combinazione di più negozi (come nel caso dell'intestazione di beni a nome altrui)”.

³⁸ Osserva la S.C. che il “*negotium mixtum cum donatione*” costituisce una donazione indiretta in quanto, attraverso la utilizzazione della compravendita, si realizza il fine di arricchire il compratore della differenza tra il prezzo pattuito e quello effettivo” (Cass. civ., sez. II, sentenza 07 giugno 2006, n. 13337).

³⁹ Da distinguere con la vendita nummo uno, in cui, invece, la mera simbolicità del corrispettivo incide sull'aspetto causale e determina la nullità del contratto.

⁴⁰ Cfr. Bartoli, Trust interno e liberalità non donativa, su <http://elibrary.fondationenotariato.it/articolo.asp?art=11/1105&mn=3#note>.

⁴¹ Così, Cass. civ., Sez. Trib., sentenza n.25478/2015.

⁴² *Ivi*.



legati⁴³ da un intento liberale. Di talché, tali molteplici contratti, ciascuno dei quali perseguito da un autonomo scopo, cui sono ricollegati determinati effetti, sono tutti teleologicamente orientati a concretizzare una effettiva liberalità.

Tale ipotesi presenta, con riferimento al caso concreto, profili problematici ulteriori (rispetto a quelli già insiti nell'argomento in esame).

Ed infatti, anche in una prospettiva di tutela dei terzi, nell'ambito di una complessa operazione negoziale che consti di più contratti, non priva di implicazioni è la distinzione tra quei contratti che presi singolarmente costituiscono indubbiamente operazione a titolo oneroso e quelli che già in sé e per sé appaiono costituire una liberalità indiretta.

Ciò, al fine di comprendere se pur in presenza di un contratto che sia fonte di una liberalità, si possa configurare, nel caso concreto, una operazione negoziale complessiva che mira ad una ulteriore e più ampia liberalità.

Sotto tale profilo è utile richiamare l'orientamento della Cassazione in ordine alla intestazione di beni in nome altrui.

Le SS.UU. hanno ricostruito come donazione indiretta del bene l'ipotesi di donazione del denaro da parte di un soggetto nei confronti del formale acquirente⁴⁴ (non, dunque, del denaro). In particolare, la dazione di denaro costituisce donazione indiretta del bene quando tale elargizione "sia effettuata quale mezzo per l'unico e specifico fine dell'acquisto dell'immobile: deve, cioè, sussistere incontrovertibilmente un collegamento teleologico" con l'acquisto; in caso contrario, si configura la ipotesi di donazione diretta del denaro⁴⁵.

⁴³ Come insegna la Suprema Corte (Cass. civ., sez. II, sentenza del 19 luglio 2012, n.12454), perché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico – che impone la considerazione unitaria della fattispecie – è necessaria la sussistenza di due requisiti: "Il primo è quello oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, finalizzati alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario"; il secondo, di tipo soggettivo, è "costituito dal comune intento pratico delle parti di volere, non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione, di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale (v. per tutte Cass. 17.5.2010 n. 11974; Cass. 16.3.2006 n. 5851)".

⁴⁴ Cass. civ. Sez. Unite, 05-08-1992, n. 9282. Osserva la S.C.: "Ad avviso del Collegio occorre ben distinguere l'ipotesi della donazione diretta del denaro, che sia stato successivamente impiegato dal figlio in un acquisto immobiliare, da quella del denaro elargito dal donante quale mezzo per l'acquisto dell'immobile in capo al figlio, ossia finalizzato a tale acquisto. / Invero, quando il denaro è stato donato come tale, l'oggetto della collazione non può che essere il denaro stesso, che costituisce il bene di cui il genitore ha inteso beneficiare il figlio. Il successivo reimpiego della somma ricevuta non ha ovviamente rilievo, essendo estraneo alla previsione del donante. / Diversa soluzione deve darsi, invece, al caso del denaro dato al precipuo scopo dell'acquisto immobiliare e, quindi, o pagato direttamente all'alienante dal genitore stesso, presente alla stipulazione intercorsa tra acquirente e venditore dell'immobile, o pagato dal figlio dopo averlo ricevuto dal padre in esecuzione del complesso procedimento che il donante ha inteso adottare per ottenere il risultato della liberalità, con o senza la stipulazione in proprio nome di un contratto preliminare con il proprietario dell'immobile. / Posto così il problema, non pare possa revocarsi in dubbio che nella seconda ipotesi – dove c'è un collegamento tra l'elargizione del denaro paterno e l'acquisto del bene immobile da parte del figlio – si sia in presenza di una donazione (indiretta) dello stesso immobile e non del denaro impiegato per il suo acquisto".

⁴⁵ Cfr. ex multis, Cass. civ., sent. 16 aprile 2015, n. 7822.



Giova, infine, soffermarsi su ipotesi ulteriori, alquanto controverse, rappresentate da atti materiali⁴⁶ o comportamenti.

Si ritiene costituire donazione indiretta, “l’atto con cui consapevolmente l’interessato non si attiva per interrompere il termine necessario per l’usucapione”⁴⁷.

Ipotesi controverse sono quelle, manualistiche, di *satio*, *plantatio* ed *inaedificatio* (semina, piantagione ed edificazione) su suolo altrui.

Ci si è posto il problema se tali comportamenti potessero di per sé integrare una liberalità indiretta, pur non avendo valenza negoziale.

L’orientamento prevalente respinge tale ipotesi, sulla base della considerazione che in tali ipotesi si verifica sì una liberalità indiretta, ma che non deriva dal mero comportamento, bensì dal negozio di rinuncia all’indennità futura, ai sensi dell’art. 936 c.c.⁴⁸, che il soggetto avrebbe diritto a percepire⁴⁹.

Nell’ambito di tale classificazione, nella prassi ed in giurisprudenza si riscontrano numerose altre ipotesi di liberalità indiretta: l’intestazione di beni in nome altrui; il contratto di vendita con successivo beneficiario; l’ipotesi di accettazione tacita mediante rinuncia all’eredità ex art. 478 c.c.; l’*omissio adquirendi* (assenso del coniuge che prende parte all’atto di acquisto di un bene compiuto dall’altro coniuge ex art. 179 c.c.); la nomina ex art. 1401 c.c. (contratto per persona da nominare) da parte del promissario acquirente (di un preliminare) che adempia alla obbligazione di pagare il corrispettivo del definitivo (si è osservato che, con ragionamento analogo a quello operato per le ipotesi di *satio*, *plantatio* ed *inaedificatio*, in tal caso la donazione indiretta andrebbe individuata nella rinuncia di costui al regresso nei confronti del nominato⁵⁰); delegazione; espromissione; adempimento del terzo (anche in questo caso, la donazione indiretta deriverebbe dalla rinuncia al regresso⁵¹); accollo; partecipazioni sociali; assicurazione sulla vita⁵²; ecc.

⁴⁶ Tale classificazione è rintracciabile in Santise, *op. cit.*

⁴⁷ Santise, *op. cit.*, p. 282.

⁴⁸ “Quando le piantagioni, costruzioni od opere sono state fatte da un terzo con suoi materiali, il proprietario del fondo ha diritto di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle. / Se il proprietario preferisce di ritenerle, deve pagare a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d’opera oppure l’aumento di valore recato al fondo. / Se il proprietario del fondo domanda che siano tolte, esse devono togliersi a spese di colui che le ha fatte. Questi può inoltre essere condannato al risarcimento dei danni. / Il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni od opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione o quando sono state fatte dal terzo in buona fede. / La rimozione non può essere domandata trascorsi sei mesi dal giorno in cui il proprietario ha avuto notizia dell’incorporazione”.

⁴⁹ Torrente, *op. cit.*, p. 89

⁵⁰ Martino, *op. cit.*

⁵¹ Ivi.

⁵² Cfr. Carrabba, *op. cit.*, p. 796 ss.



5. – La tutela dei soggetti terzi rispetto alla liberalità indiretta è inevitabilmente condizionata dalla disciplina applicabile all'operazione negoziale lesiva derivante da tale liberalità.

Ed infatti, il dato letterale dell'art. 809 c.c. parrebbe limitare l'applicazione della disciplina della donazione (e dei rimedi in essa contemplati) alle sole ipotesi di donazione per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari.

Seguendo il canone ermeneutico secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, l'interprete dovrebbe limitare la propria indagine alle previsioni letterali della disposizione normativa in questione.

Ciò determinerebbe, tuttavia, un approccio irragionevolmente restrittivo, che non valorizza la *ratio* della norma.

Come è stato notato, la “presenza di una disposizione come quella portata dall'art. 809 c.c. dimostra la consapevolezza già da parte del legislatore, pure ancorato ad una certa idea di causa, della elasticità dei tipi normativi, della possibile fungibilità degli stessi, del possibile ricorso da parte dei privati al richiamato principio dell'economia dei mezzi giuridici, che non può implicare però alcun vincolo” ad utilizzare solo e soltanto una determinata forma negoziale⁵³.

In tale prospettiva, occorre, dunque, indagare con riferimento al concreto atteggiarsi degli interessi in gioco e, laddove emerga nella fattispecie concreta la presenza di una liberalità indiretta, l'approccio interpretativo non potrà che essere quello prescritto dalla S.C. per i contratti atipici⁵⁴, essendosi in presenza, difatti, di un atto atipico.

Pertanto, se per i contratti atipici la disciplina di riferimento dovrà essere quella del “tipo” prevalente in concreto, con riferimento alla liberalità indiretta dovrà ritenersi operativa la disciplina della donazione, a cui è accomunata dall'elemento principe della fattispecie: l'*animus donandi* (a cui, come si è visto, la forma è del tutto subordinata).

In ragione di ciò, si riscontrano in dottrina e giurisprudenza conferme sulla operatività di norme previste per la donazione e non espressamente richiamate dall'art. 809.

Sono, pertanto, applicabili alle liberalità indirette anche le norme che attengono all'obbligo degli alimenti per il donatario (art. 437 c.c.), al divieto di donazione di beni futuri (art. 771 c.c.), all'incapacità a donare (artt. 776 e 777 c.c.), all'incapacità a ricevere per donazione (art. 779 c.c.), all'errore sul motivo e al motivo illecito (artt. 787 e 788 c.c.), nonché all'azione revocatoria ex 2901 c.c.

Non appaiono, invece, applicabili i canoni della simulazione assoluta (ma anche relativa)⁵⁵, laddove nella simulazione “la volontà reale delle parti è in contrasto con la dichiarazione; invece, allorché ricorrono all'impiego di un negozio indiretto, le parti vogliono effettivamente il ne-

⁵³ Carrabba, *op. cit.*, p. 850.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., SS.UU., sentenza 20/09/2017 n. 21850.

⁵⁵ Su tale posizione anche la giurisprudenza di legittimità; cfr. ex multis, Cass. civ. Sez. III, Sent., (ud. 01-12-2017) 06-03-2018, n. 5159



gozio che pongono in essere; esse mirano ad ottenere gli effetti tipici del negozio adottato, senza dei quali esse non raggiungerebbero il loro scopo, che non s'identifica con il raggiungimento di questi effetti, ma tuttavia li presuppone", sicché la "disciplina giuridica del negozio indiretto rimane pur sempre quella del negozio adottato"⁵⁶.

Va da sé, infine, che in alcun modo possano applicarsi i vincoli prescritti sulla forma della donazione, trattandosi di norme la cui interpretazione va operata, per espressa previsione del legislatore, in senso restrittivo⁵⁷.

5.1. – L'esercizio dell'azione di riduzione per il legittimario pretermesso è consentito, per esplicita previsione del dato normativo, anche con riferimento alle ipotesi di liberalità indiretta.

Con riferimento a tale rimedio, dunque, le questioni problematiche si spostano dalla sua operatività (come invece accade per l'azione revocatoria; *infra*) all'oggetto dell'azione.

Occorre, cioè, individuare quale sia l'oggetto della liberalità indiretta, quale bene i legittimari possano aggredire.

Come è stato osservato, la questione ha una importante incidenza pratica "principalmente ai fini della individuazione dell'oggetto della riunione fittizia di cui all'art. 556 c.c., che costituisce solo un passaggio tecnico per accertare la sussistenza delle condizioni oggettive dell'esercizio dell'azione di riduzione, della imputazione *ex se* di cui al comma 2 dell'art. 564 c.c., che rappresenta uno dei presupposti per il legittimario leso che intende agire in riduzione, della collazione di cui al comma 1 dell'art. 737 c.c., che da un lato è un'operazione da eseguire in caso di esperimento dell'azione di divisione ereditaria e, dall'altro, è uno strumento giuridico volto alla formazione della massa ereditaria da dividere, l fine di assicurare l'equilibrio e la parità di trattamento tra i vari conviventi, nonché per le azioni restitutorie di cui agli artt. 561 e 563 c.c. rispettivamente contro i donatari e gli aventi causa da questi ultimi"⁵⁸.

Sul punto si sono registrate, negli anni, due posizioni divergenti.

Un primo orientamento, facendo leva sull'art. 1923, comma 2 c.c.⁵⁹ individua nel denaro l'oggetto della liberalità indiretta.

Un'altra posizione, invece, partendo dal testo dell'art. 737 c.c. sulla collazione, che obbliga il donatario a conferire "tutto ciò che ha ricevuto dal defunto in donazione, direttamente o indirettamente", pone l'accento sull'arricchimento del beneficiario e non al depauperamento del disponente⁶⁰.

⁵⁶ Tale distinzione si riferisce alla più ampia categoria del negozio indiretto, cui la liberalità indiretta viene ricompresa; cfr. Torrente, *op. cit.*, p. 26; Ascarelli, Il negozio indiretto, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 149 ss.

⁵⁷ In virtù del principio della libertà delle forme del contratto, di cui è corollario il divieto di estensione analogica dei vincoli di forma, ex artt. 1322, 1325, n. 4 e 1350 c.c.

⁵⁸ Iaccarino, *op. cit.*

⁵⁹ A norma del quale "Sono salve, rispetto ai premi pagati, le disposizioni relative alla revocazione degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori e quelle relative alla collazione, all'imputazione e alla riduzione delle donazioni".

⁶⁰ Per una analisi più approfondita della questione, cfr. Iaccarino, *op. cit.*



La questione, come già chiarito *supra*, trova ormai nella giurisprudenza di legittimità una risposta granitica.

5.2. Segue. – Con riferimento all'azione di restituzione *ex art. 563 c.c.*⁶¹ (quale conseguenza della intervenuta riduzione, esperibile, a seguito della novella del 2005, entro il termine di venti anni), assume portata determinata una pronuncia della Cassazione del 2010⁶², con la quale sono stati esplicitati i limiti di detta azione nei confronti dei terzi acquirenti del bene oggetto della liberalità indiretta (poi alienato dal donatario).

Come noto, nel caso delle donazioni (quale esercizio di liberalità diretta) il legittimario pretermesso che abbia esperito vittoriosamente l'azione di riduzione (e abbia già escusso infruttuosamente i beni del donatario) può domandare ai terzi aventi causa dei donatari la restituzione dell'immobile oggetto della donazione.

Tale azione, come detto, assume delle peculiarità con riferimento alle liberalità indirette. Osserva la S.C.: “È vero che, l'acquisto di un immobile con denaro del disponente e intestazione ad altro soggetto (che il primo intende, in tal modo, beneficiare), costituendo lo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, integra una donazione indiretta del bene stesso, e non del denaro (giurisprudenza consolidata, a partire da Cass. sez. unite, 5 agosto 1992, n. 9282; cfr. *ex plurimis*, Cass., sez. 2, 26 agosto 2002, n. 12.486; Cass., sez. 1^a, 6 aprile 2001, n. 5122). Tuttavia, alla riduzione delle liberalità indirette non si può applicare il principio della quota legittima in natura, connaturale invece all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria d'immobile (art. 560 cod. civ.); con la conseguenza che l'acquisizione riguarda il controvalore, mediante il metodo dell'imputazione, come nella collazione (art. 724 cod. civ.). La riduzione delle donazioni indirette non mette, infatti, in discussione la titolarità dei beni donati, né incide sul piano della circolazione dei beni. Viene quindi a mancare il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene; ed il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta, dev'essere ottenuto dal legittimario sacrificato con le modalità tipiche del diritto di credito”.

Tale impostazione bilancia equamente gli interessi dei soggetti coinvolti, evitando che sul

⁶¹ “Se i donatari contro i quali è stata pronunciata la riduzione hanno alienato a terzi gli immobili donati e non sono trascorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, il legittimario, premessa l'escussione dei beni del donatario, può chiedere ai successivi acquirenti nel modo e nell'ordine in cui si potrebbe chiederla ai donatari medesimi, la restituzione degli immobili. / L'azione per ottenere la restituzione deve proporsi secondo l'ordine di data delle alienazioni, cominciando dall'ultima. Contro i terzi acquirenti può anche essere richiesta, entro il termine di cui al primo comma, la restituzione dei beni mobili, oggetto della donazione, salvi gli effetti del possesso di buona fede. / Il terzo acquirente può liberarsi dall'obbligo di restituire in natura le cose donate pagando l'equivalente in danaro. / Salvo il disposto del numero 8) dell'articolo 2652, il decorso del termine di cui al primo comma e di quello di cui all'articolo 561, primo comma, è sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione. Il diritto dell'opponente è personale e rinunziabile. L'opposizione perde effetto se non è rinnovata prima che siano trascorsi venti anni dalla sua trascrizione”. La norma è stata novellata nel 2005

⁶² Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496.



terzo acquirente – il quale abbia acquistato un immobile derivante da liberalità indiretta, la cui effettiva vicenda traslativa difetti, per tale motivo, di registrazione nei registri immobiliari e, pertanto, non sia obiettivamente conoscibile – subisca oltremodo le conseguenze sfavorevoli di una azione che aggredisca il disponente.

5.3 – La tutela generale più efficace riconosciuta al terzo creditore è quella dell'*actio pauliana*.

Ai sensi dell'art. 2901 c.c. "Il creditore (...) può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni" nel caso in cui "il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento, nonché in ipotesi di atto a titolo oneroso, qualora "il terzo fosse consapevole del pregiudizio" o "partecipe della dolosa preordinazione" (in caso di atti anteriori al sorgere del credito).

Ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria è, dunque, necessario il ricorrere dei seguenti presupposti (come detto, tutti ricorrenti nel caso di specie): esistenza (e prova) del credito; *consilium fraudis* (frode del debitore); *eventus damni* (ossia, pregiudizio degli interessi del creditore); nel caso di onerosità dell'atto posto in essere dal debitore, consapevolezza in capo al terzo della lesività dell'atto ovvero dolosa preordinazione alla lesione degli interessi del creditore (nel caso in cui l'atto impugnato sia precedente alla nascita dell'obbligazione creditoria).

Orbene, non appare escludibile la operatività della tutela in questione nel caso di liberalità indiretta⁶³.

Ed infatti, anche quella dottrina che, sul piano della disciplina applicabile all'operazione negoziale in questione, valorizza maggiormente il negozio-mezzo (rispetto allo scopo donativo), evidenzia che il riferimento dell'art. 2901 c.c. "a un effetto economico, piuttosto che alla forma giuridica usata per attuarlo, in relazione alla diversa disciplina cui sottopone gli atti onerosi rispetto a quelli gratuiti, è sicuro qualora si consideri che essenziale non è la qualità dell'atto impugnato, ma la qualità dell'acquisto da parte del terzo"⁶⁴.

Sotto altra prospettiva (ed, in particolare, quella delineata nella premessa del presente paragrafo), la applicabilità della tutela *pauliana* si colloca nell'insieme di norme applicabili alle liberalità indirette in virtù della loro atipicità e della loro conseguente assoggettabilità alla disciplina del "tipo" più vicino, cioè la donazione.

Va da sé che, in ogni caso, trattandosi di atti non onerosi, la prova in giudizio dello stato soggettivo del terzo non è richiesta.

Più problematica è l'ipotesi della c.d. revocatoria semplificata, di cui all'art. 2929bis c.c., a

⁶³ In tal senso, Trib. Salerno, sentenza 06/05/2016 n. 2305, pubbl. su <http://www.altalex.com/documents/news/2016/09/05/donazione-indiretta-applicabile-azione-revocatoria-ordinaria>

⁶⁴ Torrente, *op. cit.*, p. 80.



norma del quale, “Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l’atto è stato trascritto...”⁶⁵.

L’orientamento nettamente maggioritario in dottrina tende ad escludere tale possibilità⁶⁶.

Qualche autore, tuttavia, ritiene che tale tutela peculiare operi anche nel caso di liberalità indiretta⁶⁷.

Giova, comunque, segnalare che il Legislatore, con D.L. n. 59/2016 ha inserito un quarto comma alla disposizione in commento, stabilendo che la immediata azione esecutiva non possa “*esercitarsi in pregiudizio dei diritti acquistati a titolo oneroso dall’avente causa del contraente immediato, salvi gli effetti della trascrizione del pignoramento*”; tale previsione pare richiamare il su richiamato orientamento della Cassazione del 2010 sull’azione di restituzione.

6. – Sebbene in astratto ai terzi siano riconosciuti strumenti di tutela simili a quelli previsti in caso di donazione (salvo quanto *supra* specificato per l’azione di restituzione), nella prassi, nella dinamica dei rapporti giuridici è spesso arduo rendere tale tutela realmente efficace.

La pronuncia delle Sezioni Unite del 2017, pur non avendo fornito una risposta granitica e risolutiva della questione relativa configurazione della liberalità indiretta (come invece auspica-

⁶⁵ Per una ricostruzione dell’istituto in questione, *ex multis*, Fratini, La tutela del credito e la c.d. azione esecutiva anticipata ex art. 2929-bis c.c., De Iustitia, N. 1/2016; Toto, L’azione esecutiva diretta dell’art. 2929-bis c.c., Esecuzione forzata, 2017, 3, 464.

⁶⁶ La dottrina prevalente ritiene inapplicabile la tutela ex art. 2929bis a tali ipotesi; cfr. *ex multis*, Proto Pisani, Profili processuali dell’art. 2929 bis c.c., Foro Italiano, 2016, V, 136., 137 e Miccolis, Brevi riflessioni sull’art. 2929-bis c.c., in Esecuzione forzata, 2016, 335 ss., i quali mettono in risalto la natura eccezionale di tale norma; Delfini, La fattispecie dell’art. 2929 bis c.c.: profili civilistici, Contratti, 2017, 1, 103, in cui si evidenzia che “per sottoporre eccezionalmente il terzo acquirente ad un’azione esecutiva il negozio di acquisto, per come reso pubblico, deve essere strutturalmente a titolo gratuito, deve mostrare intrinsecamente la non corrispettività richiesta dalla norma (e lo stesso può dirsi, ancorché con minore evidenza, nell’ipotesi che il vincolo di indisponibilità, su beni che restano del debitore, sia posto nell’interesse del terzo, che sarebbe comunque pregiudicato dall’azione esecutiva diretta del creditore che prescinda dal vincolo). Ne consegue che la donazione indiretta non potrà rientrare nella fattispecie dell’art. 2929 bis”; Mauritano, Il nuovo art. 2929 bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare?, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 25, 2015

⁶⁷ Spiragli dottrinari su una possibile interpretazione estensiva della norma in questione si riscontrano in Violante, L’esecuzione forzata senza revocatoria, cit., 588, laddove, partendo da una esegesi dell’espressione (atecnica) “alienazione a titolo gratuito” si evidenzia il probabile “intento del legislatore di estendere l’ambito di applicazione della norma oltre l’istituto delle donazioni dirette, fino a comprendere la simulazione relativa di vendita e il negotium mixtum cum donatione”; Bove, L’applicazione dell’art. 2929bis c.c. tra esercizio dell’azione esecutiva ed azioni dichiarative, Esecuzione forzata, 2017, 2, 281, laddove espressamente si ritiene “discutibile affermare che la norma in commento, quando tratta di atti a titolo gratuito, si riferisca solo ad atti che appaiano tali e non anche a quelli che tali non appaiono, ma lo sono nella loro sostanza.

JUS CIVILE



to nell'ordinanza di rimessione⁶⁸), ha tracciato una rilevante linea di demarcazione tra tale fattispecie e quella rientrante nell'ambito degli artt. 782-769 ss. c.c., per il tramite del concetto di “donazione tipica ad esecuzione indiretta”.

Ciò costituisce un indubbio ulteriore parametro orientativo per i terzi che dovessero agire per neutralizzare gli effetti di una liberalità lesiva di un proprio diritto successorio o di credito, ampliando i margini di una azione di nullità dell'operazione negoziale da impugnare; e ciò nonostante sia stato segnalato, da una prospettiva più ampia, che tiene conto della complessiva dinamica dei traffici giuridici, che la soluzione delle SS.UU. rischia di provocare “un irrigidimento formale inaccettabile per tutte le forme di disposizione realizzata nell'ambito dei rapporti trilaterali in cui il rapporto di provvista sia caratterizzato da intento liberale”⁶⁹.

⁶⁸ Cass. civ., Sez. I, ord. 4 gennaio 2017, n.106

⁶⁹ Martino, *op. cit.*



VALERIO CECCARELLI

Dottore in Giurisprudenza

DANNO DA INUMANA DETENZIONE

SOMMARIO: 1. L'origine dell'art. 35 ter ord. pen. – 2. L'individuazione del termine di prescrizione del diritto disciplinato dal legislatore. – 3. L'ordinanza interlocutoria 28 settembre 2017, n. 22764. – 4. Le possibili interpretazioni sulla qualificazione della responsabilità dell'amministrazione per detenzione in condizioni inumane. – 5. La Sentenza a Sezioni Unite 8 maggio 2018, n. 11018. – 6. Riflessioni critiche a margine della pronuncia

1. – L'art. 35 ter Legge 26 luglio 1975 n. 354¹ è stato di recente introdotto dal legislatore mediante l'articolo 1, comma 1, del D.L. 26 giugno 2014, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014, n. 117². La disposizione risponde alla situazione di emergenza col-

¹ Ai sensi dell'art. 35 ter ord. pen., rubricato "Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati", "1. Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. 2. Quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni. 3. Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2".

² In particolare si segnala che, ai sensi dell'art. 2 del D.L. 26 giugno 2014, n. 92, rubricato "Disposizioni sanzionatorie", "1. Coloro che, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, hanno cessato di espiare la pena detentiva o non si trovano più in stato di custodia cautelare in carcere, possono proporre l'azione di cui all'articolo 35 ter, comma 3, della legge 26 luglio 1975, n. 354, entro il termine di decadenza di sei mesi decorrenti dalla stessa data. 2. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, i detenuti e gli internati che abbiano già presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo del mancato rispetto dell'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, possono presentare domanda ai sensi dell'articolo 35 ter, legge 26 luglio 1975, n. 354, qualora non sia intervenuta una decisione sulla ricevibilità del ricorso da parte della predetta Corte".



legata al fenomeno del sovraffollamento carcerario negli istituti penitenziari italiani³, che ha formato più volte oggetto della giurisprudenza della Corte Edu per i profili di violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴.

In particolare, la condizione di restrizione di molteplici detenuti in spazi ambientali ristretti o privi dei servizi fondamentali ha formato oggetto della pronuncia *Sulejmanovic c. Italia*⁵, il cui esito di condanna nei confronti del Paese ha dato origine alla presentazione di molteplici ricorsi dinnanzi al giudice di Strasburgo con finalità risarcitoria.

Da ultimo, la nota sentenza *Torreggiani c. Italia*⁶ ha evidenziato la disfunzione strutturale del sistema carcerario italiano, con la concreta attitudine a determinare una lesione diffusa dei diritti fondamentali dei detenuti⁷. Tale constatazione ha condotto la Corte Edu ad adottare la

³ Sul tema, ALBANO E PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cassazione penale*, 2014, 2398; ALBANO, PISCITELLO E PICOZZI, *Avvertenze per la lettura delle statistiche europee sul sovraffollamento delle carceri*, in *Cassazione penale*, 2015, 2144; CAPRIOLI E SCOMPARIN, *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, Torino, 2015; COMUCCI E MEDDIS, *Divieto di trattamenti inumani e degradanti e sovraffollamento carcerario*, in *Criminalia*, 2008, 449; GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cassazione penale*, 2011, 1259; GARGANI, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *Diritto penale e processuale*, 2012, 633; GIARDA, *Il sovraffollamento carcerario. Un altro intervento di buona volontà*, in *Corriere del merito*, 2013, 1041; GIOSTRA, *Sovraffollamento delle carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 53; ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 1131; LOMBARDO, *Obblighi internazionali in materia penale (Convenzione Cedu)*, in *Digesto penale*, Torino, 2014, 408; ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, 1188.

⁴ Per la ricostruzione della giurisprudenza della Corte Edu sul punto, COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008 – 2010: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, 221; COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e di trattamenti inumani o degradanti (art. 3 Cedu)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 213; CORTESI, *I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Diritto penale e processuale*, 2014, 72; DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio "extra ordinem" contro le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 428.

⁵ C. Dir. uomo, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 1941. Sulla sentenza: EUSEBI, *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cassazione penale*, 2009, 4938.

⁶ C. Dir. uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 927. Sulla sentenza: DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 147; DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 948; MONTAGNA, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sovraffollamento carcerario: il caso Torreggiani e altri c. Italia*, in www.diritti-cedu.unipg.it; TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2013, 11; VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte Edu sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

⁷ In particolare, in C. Dir. uomo, 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 927, si legge che "La corte ritiene che i ricorrenti non abbiano beneficiato di uno spazio vitale conforme [...] la grave mancanza di spazio sperimentata dai sette ricorrenti per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi costituiva di per sé un trattamento contrario alla Convenzione [...]. La mancanza di acqua calda nei due istituti per lunghi periodi, ammessa dal Governo, nonché l'illuminazione e la ventilazione insufficienti nelle celle del carcere [...] non hanno mancato di causare ai ricorrenti un'ulteriore sofferenza, benché non costituiscano



procedura della sentenza pilota, regolata dall'art. 46 Cedu e dall'art. 61 del Regolamento della Corte⁸, al fine di indicare allo Stato le misure di portata generale necessarie per rimuovere il malf funzionamento interno al sistema.

Le modifiche del sistema carcerario, indicate dalla pronuncia richiamata come idonee a prevenire successive situazioni di compromissione dei diritti presidiati dalla Convenzione, hanno innanzitutto una portata strutturale, in quanto finalizzate alla riduzione del numero delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale negli istituti penitenziari, mediante un più ampio ricorso alle misure alternative alla detenzione.

La Corte Edu ha indicato inoltre la necessità per lo Stato di adottare un complesso di misure di natura preventiva e compensativa⁹, volte a sottrarre il detenuto alla prosecuzione del trattamento carcerario degradante ovvero, nel caso in cui la situazione di detenzione non sia più in essere, a compensarlo mediante un congruo risarcimento patrimoniale per il pregiudizio ingiustamente subito.

Successivamente alla dichiarazione di inammissibilità da parte della Corte Costituzionale di due ordinanze di remissione¹⁰ dirette ad ottenere una pronuncia additiva destinata a sopperire alla carenza di rimedi preventivi o compensativi volti a contrastare il fenomeno del sovraffollamento carcerario¹¹, il legislatore interno ha risposto al monito proveniente dalla giurisprudenza

di per sé un trattamento inumano e degradante [...]. La Corte ritiene che le condizioni detentive in questione, tenuto anche conto della durata della carcerazione dei ricorrenti, abbiano sottoposto gli interessati ad una prova di intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione".

⁸ A norma dell'art. 61, paragrafo 1, del Regolamento della Corte Edu, "la Corte può decidere di applicare la procedura della sentenza pilota e adottare una sentenza pilota quando i fatti all'origine di un ricorso presentato innanzi ad essa rivelano l'esistenza, nella Parte contraente interessata, di un problema strutturale o sistemico o di un'altra disfunzione simile che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di altri ricorsi analoghi". Sul tema, LOMBARDO, *Obblighi internazionali in materia penale (Convenzione Cedu)*, in *Digesto penale*, 2014, 408.

⁹ In particolare, in C. Dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 927, si legge che "quanto alla o alle vie di ricorso interne da adottare per far fronte al problema sistemico riconosciuto nella presente causa, la Corte rammenta che, in materia di condizioni detentive, i rimedi «preventivi» e quelli di natura «compensativa» devono coesistere in modo complementare. Così, quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita" e che "la Corte ne conclude che le autorità nazionali devono creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia. Tale o tali ricorsi dovranno essere conformi ai principi della Convenzione, come richiamati in particolare nella presente sentenza ed essere posti in essere nel termine di un anno dalla data in cui questa sarà divenuta definitiva".

¹⁰ Trib. Sorveglianza Venezia, Ordinanza 13 febbraio 2013, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 986, con nota di DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave anti-overcrowding. La parola alla Corte Costituzionale*; Trib. Sorveglianza Milano, 12 marzo 2013, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, con nota di DELLA BELLA, *Sollevata ancora questione di legittimità costituzionale dell'art. 147 c.p.: il Tribunale di sorveglianza di Milano segue la strada imboccata dal Tribunale di Venezia per rispondere al problema del sovraffollamento carcerario*.

¹¹ Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 4514. Le ordinanze di remissione erano volte a sollecitare una pronuncia additiva della Consulta per sopperire alla perdurante assenza nell'ordinamento interno dei rimedi preventivi e compensativi indicati dalla Corte Edu. La disposizione censurata era



europea mediante l'introduzione di un complesso di misure, tra le quali rientra la previsione del richiamato art. 35 *ter* dell'ordinamento penitenziario.

2. – A seguito della recente introduzione di un rimedio compensativo da parte del legislatore, si è assistito alla presentazione di molteplici ricorsi dinanzi al giudice civile da parte di detenuti, che allegavano di aver subito un trattamento carcerario degradante anche a far data da un momento iniziale risalente nel tempo¹². Si è dunque posta la questione relativa all'identificazione del termine di prescrizione del diritto risarcitorio o indennitario regolato dall'art. 35 *ter* ord. pen.¹³.

Occorre innanzitutto evidenziare che la disposizione richiamata prevede un termine di decadenza per la proposizione dell'azione diretta ad ottenere la pronuncia di riduzione della pena o di risarcimento del danno. Tale termine ha durata semestrale e decorre dalla cessazione dello stato di detenzione o di custodia cautelare in carcere.

Inoltre, la disposizione transitoria contenuta nel D.L. 26 giugno 2014, n. 92 identifica nella data di entrata in vigore del decreto legge il momento iniziale per il decorso del termine di decadenza semestrale, avendo riguardo, da un lato, ai detenuti che abbiano già cessato di espiare la

l'art. 147 c.p., in materia di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, nella parte in cui non prevedeva, tra le ipotesi di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena, il caso in cui la carcerazione avrebbe dovuto svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità. Con la sentenza richiamata, la Corte Costituzionale ha rilevato *“la pluralità delle soluzioni normative che potrebbero essere adottate”*, affermando pertanto che *“non spetta alla Corte individuare gli indirizzi di politica criminale idonei a superare il problema strutturale e sistematico del sovraffollamento carcerario”*. Sulla sentenza: LOMBARDO, *Rimedi contro il sovraffollamento carcerario*, in *Digesto penale*, 2016, DELLA CASA, *Il monito della consulta circa il rimedio estremo della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 4514; APRILE, *Sentenza monito della Corte costituzionale sul problema del sovraffollamento delle carceri*, in *Cassazione penale*, 2014, 512.

¹² *Ex multis*, Trib. Torino, 6 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Roma, 30 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Catania, 15 giugno 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Palermo, 1 giugno 2015, in *Diritto civile contemporaneo*; Trib. Napoli, 7 agosto 2015, in *Questione giustizia*, 2015.

¹³ In dottrina la tematica è stata affrontata da BARONE, *I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35 ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito*, relazione del 13 aprile 2015, a cura dell'Ufficio Massimario della Corte di Cassazione; CAPITANI, *Accolte le pretese risarcitorie del detenuto per trattamenti degradanti antecedenti al 28 giugno 2014*, in *Diritto e Giustizia*, 2018, 15; DELLA BELLA, *Il risarcimento dei detenuti vittime del sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; DELLA CASA, *Il risarcimento del danno derivante da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cassazione penale*, 2013, 2264; FIORENTIN, *“Rimedi compensativi” per l'inumana detenzione: l'attualità del pregiudizio non è (probabilmente) rilevante per il risarcimento*, in *Cassazione penale*, 2016, 692; FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; GIORDANO, *Il diritto alla prova nelle controversie per il risarcimento dei danni da trattamento penitenziario degradante*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, 1024; GIOSTRA, *Un pregiudizio grave e attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35 ter ord. penit.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; LOMBARDO, *Rimedi contro il sovraffollamento carcerario*, in *Digesto penale*, Torino, 2016; MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35 ter ord. pen.*, in *Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016; PENONCINI, *Il “rimedio risarcitorio” da detenzione inumana tra aspettative costituzionali e svilimenti ermeneutici*, in *Cassazione penale*, 2015, 2018.



condanna detentiva in un momento precedente alla previsione legislativa, nonché, dall'altro lato, ai detenuti che in tale data abbiano già presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo un ricorso in relazione al quale non sia ancora intervenuta una decisione di ricevibilità.

La previsione legislativa del termine decadenziale ha imposto ai giudici di merito di analizzare la correlazione tra il decorso, rispettivamente, del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione e del diverso termine di prescrizione del diritto al risarcimento per il danno subito ¹⁴.

La questione ha riguardato diverse fattispecie applicative.

Tanto con riferimento al termine di decadenza previsto dalla disposizione a regime, quanto con riguardo al termine di decadenza previsto dalla disposizione transitoria, possono configurarsi le ipotesi di soggezione del ricorrente alla detenzione in condizioni inumane a far data da un periodo risalente nel tempo, nonché le distinte ipotesi di cessazione della natura degradante del trattamento sanzionatorio nel corso del periodo di detenzione e dunque antecedentemente rispetto al momento iniziale di decorrenza del termine decadenziale, da identificarsi rispettivamente nella cessazione dello stato detentivo ovvero nell'entrata in vigore della riforma dell'ordinamento penitenziario.

Per risolvere i profili problematici, una prima ipotesi ricostruttiva risiede nell'applicazione dell'orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza di legittimità in relazione al rapporto tra prescrizione e decadenza riferite all'equo indennizzo da irragionevole durata del processo, in forza del quale la previsione della sola decadenza dall'azione giudiziale esclude la decorrenza dell'ordinario termine di prescrizione ¹⁵.

Ritenere applicabile tale indirizzo ermeneutico risolverebbe ciascuna delle questioni poste dalle fattispecie analizzate, in quanto determinerebbe l'operatività del solo termine di decadenza, rendendo non rilevante l'individuazione del momento iniziale e della durata complessiva del termine di prescrizione ¹⁶.

¹⁴ Per la più completa analisi dei profili di diritto intertemporale sollevati dalla nuova disposizione, TRUBIANI, *Profili di diritto intertemporale del danno da detenzione "in stato di degrado"*, in *Nuova giurisprudenza civile*, 2018, 2, 186. Sul rapporto tra il termine decadenziale ed il termine di prescrizione si veda anche il parere reso sul d.l. n. 92 del 2014 dal C.S.M., in data 30 luglio 2014, in www.csm.it.

¹⁵ In questo senso Cass. civ., Sez. Un., 2 ottobre 2012., n. 16783, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 10, 1178 ha affermato che *"in tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, la previsione della sola decadenza dall'azione giudiziale [...] esclude la decorrenza dell'ordinario termine di prescrizione, in tal senso deponendo [...] anche una lettura dell'art. 2967 cod. civ. coerente con la rubrica dell'art. 2964 cod. civ., che postula la decorrenza del termine di prescrizione solo allorché il compimento dell'atto o il riconoscimento del diritto disponibile abbia impedito il maturarsi della decadenza; inoltre, in tal senso depone, oltre all'incompatibilità tra la prescrizione e la decadenza, se riferite al medesimo atto da compiere, la difficoltà pratica di accertare la data di maturazione del diritto [...]".* In senso conforme, *ex multis* Cass. civ., 25 gennaio 2011, n. 1689, in *Guida al diritto*, 2011, 12, 45; Cass. civ., 30 dicembre 2009, n. 27719 in *Giust. civ. mass.*, 2009, 12, 1760;

¹⁶ La tesi in esame configura il rimedio previsto dal legislatore come predisposto per tutelare un diritto non preesistente nell'ordinamento. Tale assunto implica due ordini di conseguenze. In primo luogo, dalla novità del diritto conseguirebbe la non configurabilità di un termine iniziale di decorrenza del relativo termine di prescrizione in un momento anteriore rispetto alla nuova previsione legislativa. In secondo luogo, dall'impossibilità di desumere dai principi generali dell'ordinamento interno o dall'adesione dello Stato alla Convenzione Edu la preesistenza di un obbligo in capo all'amministrazione penitenziaria di mantenere i detenuti in condizioni non degradanti deriverebbe la



Tuttavia, può essere sostenuto che, diversamente dall'indennizzo per non ragionevole durata del processo, la somma liquidata al detenuto che abbia subito in carcere un trattamento degradante trovi titolo giustificativo non già in una pretesa indennitaria, regolata esclusivamente dalla disposizione da ultimo inserita nella legge sull'ordinamento penitenziario, bensì in un'obbligazione risarcitoria preesistente rispetto alla previsione del legislatore¹⁷, che si sarebbe limitata a determinare una forma di liquidazione forfettaria del danno, con semplificazione dell'onere probatorio gravante sul ricorrente.

Tale ricostruzione viene avvalorata dalla considerazione per cui l'obbligo dell'amministrazione di garantire una detenzione in condizioni non degradanti risulta già disciplinata dalle disposizioni generali della legge sull'ordinamento penitenziario. Inoltre, questa obbligazione potrebbe trovare il proprio fondamento nell'adesione dello Stato alla Convenzione Edu, con la conseguente assunzione dell'impegno di garantire la protezione dei diritti fondamentali da essa presidiati. Infine, questa conclusione risulterebbe confermata dall'argomento testuale, in base al quale occorrerebbe evidenziare il ricorso da parte del legislatore alla nozione di "*risarcimento del danno*", senza alcun richiamo testuale alla natura meramente indennitaria della posizione di vantaggio del privato.

Aderendo a questa interpretazione¹⁸, si porrebbe la necessità di ricostruire il regime della prescrizione del diritto al risarcimento del danno per detenzione in condizioni inumane.

In primo luogo, occorrerebbe identificare la fonte della responsabilità risarcitoria gravante sulla pubblica amministrazione, come derivante da un fatto illecito ovvero dall'inadempimento ad un'obbligazione disciplinata dalla legge, con conseguente applicazione del termine di prescrizione rispettivamente quinquennale ovvero decennale.

A favore della qualificazione dell'ipotesi in esame come responsabilità da inadempimento¹⁹, può essere valorizzata la presenza nella legge sull'ordinamento penitenziario di disposizioni che impongono all'amministrazione penitenziaria di mantenere una qualità della condizione di vita dei detenuti tale da salvaguardare i diritti fondamentali della persona²⁰. Inoltre, può essere ri-

necessità di ricondurre il rimedio in esame nella categoria indennitaria, anziché in quella del risarcimento per un danno ingiusto o per l'inadempimento ad un'obbligazione già esistente.

¹⁷ In questo senso Cass. pen., 30 gennaio 2013, n. 4772, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 973, prima dell'entrata in vigore della riforma dell'ordinamento penitenziario aveva sostenuto che il diritto ad un trattamento detentivo conforme ai principi di cui all'art. 3 Cedu potesse essere già fatto valere davanti al giudice civile.

¹⁸ Si tratterebbe tuttavia di una tesi diretta a sminuire la portata innovativa del rimedio introdotto dal legislatore, che si sarebbe limitato a fornire uno strumento di quantificazione forfettaria rispetto ad un'obbligazione risarcitoria già configurabile in capo allo Stato anche prima della riforma dell'ordinamento penitenziario. Inoltre, come sarà più avanti evidenziato, tale ricostruzione collocherebbe la previsione legislativa in un rapporto di contrasto con il principio di integralità del risarcimento rispetto al danno arrecato.

¹⁹ In questo senso, Trib. Palermo, 1 giugno 2015, in *Diritto civile contemporaneo*; Trib. Napoli, 7 agosto 2015, in *Questione giustizia*, 2015.

²⁰ In particolare, in forza dell'art. 1 ord. pen., rubricato "*Trattamento e rieducazione*", "*Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona. Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose. Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non*



chiamata l'esistenza del complesso delle obbligazioni gravanti sullo Stato a seguito dell'adesione alla Convenzione Edu²¹. Infine, secondo la teoria del contatto sociale qualificato, può essere evidenziato il rapporto di fatto esistente tra il detenuto e l'amministrazione penitenziaria, in forza del quale il primo dovrebbe trovarsi nella situazione di potersi attendere dal soggetto pubblico il rispetto dei propri diritti umani inviolabili e l'attuazione della fase esecutiva della pena secondo modalità tali da salvaguardarne la finalità rieducativa.

In contrasto rispetto alla tesi che sostiene la natura contrattuale della fattispecie risarcitoria oggetto di esame, deve essere richiamata la crisi che attraversa la teoria del contatto sociale qualificato. A tal fine, può essere evidenziata la difficile perimetrazione dell'ambito applicativo della fattispecie di responsabilità da contatto sociale qualificato, nel quale ricadrebbero ipotesi eterogenee di inadempimento ad obbligazioni non aventi fonte in una specifica previsione di legge e non derivanti dalle clausole di un contratto. Inoltre, la ricostruzione da parte del legislatore della responsabilità medica come avente natura aquiliana²² avrebbe disconosciuto i risultati raggiunti dalla tesi del contatto sociale qualificato in uno degli ambiti applicativi nei quali la teoria aveva registrato maggiori adesioni.

Aderendo a queste considerazioni, occorrerebbe dunque affermare che il mantenimento dei detenuti in condizioni non dignitose rilevarebbe come danno ingiusto e non già come inadempimento ad un'obbligazione derivante dalla legge²³. Seguendo questa interpretazione, le dispo-

possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari".

Inoltre, ai sensi dell'art. 6, rubricato "Locali di soggiorno e di pernottamento", "I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale. I detti locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia. I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti. Particolare cura è impiegata nella scelta di quei soggetti che sono collocati in camere a più posti. Agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta. Ciascun detenuto e internato dispone di adeguato corredo per il proprio letto".

²¹ Deve essere a tal fine richiamato l'art. 3 Cedu, in forza del quale "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". La giurisprudenza della Corte Edu ha interpretato questa disposizione affermando che "la carcerazione non fa perdere al detenuto il beneficio dei diritti sanciti dalla Convenzione. Al contrario, in alcuni casi, la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. In questo contesto, l'articolo 3 pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente" (C. Dir. uomo, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 927). In particolare, può essere evidenziato come la giurisprudenza della Corte Edu riconoscesse, già prima della riforma dell'ordinamento penitenziario, la sussistenza in capo allo Stato di "un obbligo positivo" diretto a garantire condizioni di trattamento umano per i detenuti. Si tratta di un argomento di notevole momento a supporto della tesi che riconosce la natura contrattuale del rimedio predisposto dal legislatore.

²² In questo senso, l'art. 7, comma 3, della L. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli Bianco), ai sensi del quale "L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente".

²³ In questo senso, Trib. Torino, 6 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Roma, 30 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Catania, 15 giugno 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015.



sizioni dell'ordinamento penitenziario e della Convenzione Edu dovrebbero essere interpretate non come dirette a disciplinare un'obbligazione dello Stato, ma come intese a presidiare una posizione di diritto inviolabile del soggetto sottoposto a detenzione in carcere. Di conseguenza, la lesione della posizione soggettiva individuale rileverebbe non come inadempimento, ma come danno ingiusto non patrimoniale alla persona, cagionato ledendo un diritto riconosciuto dalla legge.

In secondo luogo, risulterebbe necessario individuare il momento iniziale di durata del termine di prescrizione. A tal fine, l'illecito della pubblica amministrazione dovrebbe essere qualificato come illecito permanente, in forza della protrazione delle condizioni detentive inumane alle quali il carcerato si trova esposto. Da questa considerazione, deriverebbe la possibilità di applicare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di prescrizione dell'illecito permanente. In particolare, la giurisprudenza ha condiviso la tesi per cui in caso di fatto illecito continuativo, connotato dalla sussistenza di un evento lesivo prolungato e ripetuto nel tempo, occorrerebbe individuare il momento iniziale di decorrenza del relativo termine prescrizionale in corrispondenza di ogni singolo periodo temporale in cui il danno viene realizzato. Alla modalità continuativa di verifica del fatto illecito conseguirebbe quindi una corrispondente continuità del decorso della prescrizione del diritto al risarcimento per i singoli momenti lesivi verificatisi nel tempo²⁴.

Dall'adesione a questa impostazione conseguirebbe la non risarcibilità, per avvenuta prescrizione del diritto, con riguardo ai danni derivanti dalle condizioni inumane di detenzione alle quali il ricorrente sia stato esposto nei periodi antecedenti il quinquennio, ove si aderisse alla tesi della responsabilità di natura aquiliana, ovvero nei periodi antecedenti il decennio, ove si

²⁴ In questo senso, Cass. civ., Sez. Un., 14 novembre 2011, n. 23763, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 11, 1606, che affermato che “in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, nel caso di illecito istantaneo, caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione del danno, mentre, nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica”. In senso conforme, Cass. civ. 19 giugno 2015, n. 12701, in *Diritto e giustizia*, 2015, per cui “in tema di illecito permanente, i danni si verificano momento per momento mentre il diritto al risarcimento sorge e può essere esercitato in ogni istante, pertanto il termine di prescrizione decorre de die in diem, man mano che i danni stessi accadono”, Cass. civ., 28 maggio 2013, n. 13201, in *Giust. civ. mass.*, 2013, per cui, “la mera protrazione degli effetti negativi derivanti da una condotta illecita integra un illecito istantaneo ad effetti permanenti e non già un illecito permanente, per il quale soltanto è configurabile un diritto al risarcimento che sorge in modo continuo e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce” e Cass. civ. 24 agosto 2007, n. 17985, in *Giust. civ. mass.* 2007, per cui “in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, nel caso di illecito istantaneo, caratterizzato da un'azione che si esaurisce in un lasso di tempo definito, lasciando permanere i suoi effetti, la prescrizione incomincia a decorrere con la prima manifestazione del danno, mentre, nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si verifica”.



aderisse alla tesi della responsabilità per inadempimento di un obbligo derivante dalla legge, entrambi precedenti rispetto al momento di presentazione del ricorso.

3. – Le esposte questioni interpretative sono state affrontate dal Tribunale di L'Aquila, il quale accoglieva la richiesta risarcitoria avanzata dal ricorrente, sottoposto ad un trattamento detentivo in condizioni degradanti a far data dal 1996 e fino al 2014, anno nel quale esperiva il rimedio previsto dall'art. 35 *ter* ord. pen., nel rispetto del termine decadenziale di sei mesi previsto dal legislatore.

In particolare, il giudice riteneva che il diritto azionato trovasse la propria fonte esclusiva nella disposizione di legge di nuova introduzione, non risultando ad essa preesistente, con conseguente impossibilità di configurare un momento iniziale del decorso del termine di prescrizione del diritto in un periodo antecedente rispetto all'entrata in vigore della previsione legislativa.

In sede di ricorso straordinario in Cassazione avverso il decreto emesso dal Tribunale, il Ministero della Giustizia, rappresentato dall'Avvocatura Generale, evidenziava la fondatezza dell'opposta tesi, basata sulla riconducibilità del rimedio previsto dal legislatore nel novero della responsabilità aquiliana derivante da un fatto illecito permanente, con correlativa decorrenza del termine quinquennale di prescrizione a partire da ogni giorno di permanenza del fatto illecito dannoso.

Con ordinanza interlocutoria²⁵, la terza sezione civile della Corte di Cassazione ha disposto che gli atti fossero trasmessi al Primo Presidente, affinché questi potesse valutare l'opportunità di assegnare il ricorso alle Sezioni Unite.

La prima questione interpretativa affrontata dall'ordinanza interlocutoria attiene all'applicabilità al caso in esame delle conclusioni cui è giunta la giurisprudenza in relazione all'equa riparazione conseguente alla violazione del termine di ragionevole durata del processo, aderendo alle quali occorrerebbe affermare che il termine di prescrizione del diritto sottoposto a decadenza potrebbe decorrere solo allorché il compimento dell'atto abbia impedito il maturarsi della decadenza.

La seconda questione esegetica analizzata dall'ordinanza interlocutoria riguarda l'altra affermazione posta a fondamento della decisione oggetto di ricorso, ossia la conclusione relativa alla natura non preesistente del diritto risarcitorio o indennitario da ultimo disciplinato dal legislatore in sede di riforma dell'ordinamento penitenziario.

L'affermazione relativa alla natura preesistente del diritto risarcitorio regolato dalla legge sull'ordinamento penitenziario imporrebbe tuttavia di affrontare una terza questione, relativa alla sussunzione di tale ipotesi di responsabilità nel modello dell'illecito aquiliano ovvero nel modello della responsabilità contrattuale da inadempimento di obbligazioni.

La qualificazione della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria come aquiliana ov-

²⁵ Cass. civ., ord. 28 settembre 2017, n. 22764, in *www.ilcaso.it*.



vero da inadempimento comporterebbe conseguenze di primario rilievo con riguardo all'identificazione della durata e del momento iniziale del termine di prescrizione del diritto,

Infine, l'ordinanza evidenzia che il riconoscimento della natura preesistente del diritto azionato mediante la procedura descritta dall'ordinamento penitenziario, e conseguentemente la sua qualificazione come risarcimento da inadempimento ovvero da illecito aquiliano, potrebbe condurre alla conclusione relativa alla non idoneità dello strumento della liquidazione forfettaria individuato dal legislatore ad assicurare il congruo ristoro dei danni subiti dal detenuto.

4. – Prima di analizzare e per meglio comprendere la recente sentenza emessa dalla Cassazione a Sezioni Unite sul punto, si può tentare di ricondurre a sintesi le diverse ricostruzioni ipotizzabili in merito alla qualificazione della responsabilità dell'amministrazione penitenziaria per aver dato luogo ad un trattamento detentivo in condizioni inumane²⁶.

Una prima ricostruzione²⁷ è quella diretta a qualificare il rimedio introdotto dal legislatore come indennitario e fonte di tutela per un diritto non preesistente nell'ordinamento. La novità della previsione del diritto, risultante all'esito della riforma dell'ordinamento penitenziario, renderebbe non configurabile la decorrenza del termine di prescrizione in relazione alle situazioni detentive precedenti rispetto all'introduzione della disposizione. Inoltre, anche con riguardo alle ipotesi di detenzione verificatesi successivamente all'entrata in vigore della norma, la natura esclusivamente indennitaria dell'attribuzione prevista a vantaggio del privato imporrebbe di identificare la decorrenza della prescrizione solo nel momento in cui risulti impedito il maturarsi della decadenza.

Si tratta di una tesi sostenuta da una parte della giurisprudenza di merito, nell'ambito della quale rientra la pronuncia che ha formato oggetto del ricorso in cassazione analizzato dall'ordinanza interlocutoria esaminata²⁸.

Una seconda ricostruzione²⁹ condivide le conclusioni già esposte in riferimento alla natura

²⁶ Sulla ricostruzione delle ipotesi in tema di qualificazione del rimedio in esame, LUME, *Ricorsi per inumana detenzione ex art. 35 ter l. 354/1975 e giudice civile*, in www.unicost.eu

²⁷ In questo senso, GIOSTRA, *Un pregiudizio grave e attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35 ter ord. penit.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015. In particolare, l'Autore ritiene “*impropria la qualificazione di risarcimento, fonte di tante dissonanze con l'intero sistema giuridico e di pericolose oscillazioni interpretative: il rimedio compensativo di cui all'art. 35-ter ord. penit., che del risarcimento non ha la fondamentale caratteristica della personalizzazione del danno, può essere soltanto una forma di equo indennizzo forfettario per le condizioni oggettivamente inumane e degradanti in cui lo Stato ha tenuto un soggetto privato della libertà per fini di giustizia*”.

²⁸ La principale criticità di questa tesi risiede nella difficoltà di conciliare l'affermazione riguardante la novità del diritto introdotto dal legislatore con la notazione relativa alla preesistenza degli obblighi dello Stato di garantire un trattamento umano ai detenuti, secondo le previsioni generali della legge sull'ordinamento penitenziario, nonché in forza dell'adesione dell'ordinamento interno alla Convenzione Edu. Inoltre, riconoscere il diritto a ricevere la prestazione indennitaria a vantaggio di tutti i soggetti che presentino idoneo ricorso entro il termine decadenziale, decorrente dalla cessazione dello stato di detenzione ovvero dall'entrata in vigore della riforma sull'ordinamento penitenziario, esporrebbe il pubblico erario ad oneri notevoli e difficilmente prevedibili.

²⁹ Prospetta questa interpretazione Cass. civ., ord. 28 settembre 2017, n. 22764, in www.ilcaso.it, nella parte in cui



indennitaria del rimedio previsto dal legislatore. Tuttavia, la richiesta del detenuto di ricevere la prestazione indennitaria si riferirebbe a un rapporto ormai esaurito nei confronti dell'amministrazione penitenziaria. Pertanto, nonostante la novità dell'azione disciplinata a seguito della riforma dell'ordinamento penitenziario, si verificherebbe una non necessaria sovrapposibilità tra il momento di decorrenza del termine di decadenza, individuato nella cessazione del trattamento detentivo ovvero nell'entrata in vigore della legge, e il momento di decorrenza del termine di prescrizione, individuabile nella cessazione delle condizioni detentive degradanti.

Si tratta di una tesi richiamata dall'ordinanza interlocutoria per temperare le conseguenze applicative cui la tesi indennitaria condurrebbe. In particolare, evidenziando le peculiarità del regime transitorio individuato dal legislatore, tale interpretazione valorizza le differenze tra la riforma dell'ordinamento penitenziario e l'introduzione della normativa sull'indennizzo per irragionevole durata del processo. La posticipazione del termine iniziale di decadenza, riferito alle ipotesi in cui il trattamento detentivo risulti terminato al momento di entrata in vigore della norma, renderebbe non estendibile a tale fattispecie le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in merito alla legge Pinto³⁰.

Una terza ricostruzione³¹ è quella relativa alla natura non indennitaria ma risarcitoria dell'obbligazione compensativa per il danno subito dal detenuto a seguito del trattamento penitenziario in condizioni degradanti. Si tratterebbe di un diritto preesistente rispetto all'introduzione della nuova disposizione nell'ordinamento penitenziario, che si limiterebbe a fissare una quantificazione forfettaria per il ristoro di un pregiudizio di natura non patrimoniale subito dal detenuto. La conseguenza dell'adesione a questa impostazione risiede nell'applicazione del regime prescrizione individuato dalla giurisprudenza con riguardo agli illeciti permanenti. Si tratta di una tesi condivisa da una parte della giurisprudenza di merito, nonché dall'Avvocatura Generale

viene affermato che “detti inconvenienti sarebbero quanto meno ridotti, se non evitati, superando (o adattando alla fattispecie in esame) il principio di diritto espresso dalle Sezioni Unite. La premessa è quella per cui, nella fase transitoria, pur agendo per conseguire un diritto in ipotesi precedentemente non riconosciuto dall'ordinamento, questo andrebbe tuttavia riferito ad un rapporto oramai “esaurito”, trovando il diritto in parola la sua fonte e ragion d'essere nello stato di detenzione del soggetto. Allora, è più coerente col sistema, che richiede la stabilità delle situazioni giuridiche per decorso del tempo, ritenere la decorrenza del termine di prescrizione ordinario decennale dall'“esaurimento” del rapporto, operante contemporaneamente al termine di decadenza di sei mesi espressamente fissato dalla legge speciale. Quindi, si avrebbe che l'unico atto dell'esercizio dell'azione prevista dal D.L. n. 92 del 2014, art. 2, comma 1, avrebbe dovuto essere compiuto nel termine di decadenza di sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legge, ma comunque entro il termine di prescrizione di dieci anni dalla cessazione dello stato di detenzione (così, appunto superandosi l'affermazione di principio della sentenza a S.U.)”.

³⁰ Il punto critico di questa ricostruzione risiede nella constatazione per cui, così opinando, si configurerebbe una peculiare ipotesi di decorrenza del termine di prescrizione di un diritto in un momento antecedente rispetto a quello in cui il diritto possa essere fatto valere. Infatti, condividendo la tesi esposta, occorrerebbe identificare il momento iniziale del termine di prescrizione in un periodo temporale precedente rispetto alla previsione del rimedio indennitario da parte del legislatore.

³¹ Nella giurisprudenza di merito, si vedano Trib. Torino, 6 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Roma, 30 maggio 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Catania, 15 giugno 2015, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Trib. Palermo, 1 giugno 2015, in *Diritto civile contemporaneo*, 2015; Trib. Napoli, 7 agosto 2015, in *Questione giustizia*, 2015.



dello Stato nell'ambito della fase processuale che si è conclusa con l'ordinanza interlocutoria esaminata³².

Nell'ambito di questa ricostruzione, si segnala la posizione assunta dalle Sezioni Unite Penali con la sentenza n. 3775 del 21 dicembre 2017³³. Pronunciandosi sul provvedimento assunto dal magistrato di sorveglianza in ordine alla riduzione della pena disciplinata dall'art. 35 *ter* ord. pen., la sentenza si esprime per la natura risarcitoria aquiliana del rimedio previsto dal legislatore. Tuttavia, nonostante il riconoscimento relativo alla preesistenza del diritto compromesso dal fatto illecito dell'amministrazione penitenziaria rispetto all'introduzione della previsione legislativa, il termine iniziale di decorrenza del periodo quinquennale di prescrizione viene individuato nel momento di entrata in vigore del nuovo istituto. Tale conclusione risulta supportata dalla considerazione per cui soltanto con la riforma dell'ordinamento penitenziario il diritto del detenuto, ancorché preesistente, avrebbe acquisito la possibilità di essere esercitato.

Una quarta ricostruzione si può basare sull'analisi del percorso legislativo relativo alla disciplina del danno da detenzione in condizioni inumane, distinguendo tra due diversi momenti temporali. Prima dell'introduzione del nuovo rimedio da parte del legislatore, la fattispecie sarebbe risultata suscumbibile nelle generali categorie della responsabilità da inadempimento o aquiliana, con le relative conseguenze in termini di prescrizione. Successivamente alla modifica dell'ordinamento penitenziario, la disciplina della fattispecie risulterebbe affidata all'obbligo indennitario a carico dell'erario secondo l'espressa previsione del legislatore, con conseguente applicabilità del solo termine di decadenza semestrale.

Questa ricostruzione tende a conciliare, da un lato, la conclusione circa la natura indennitaria del rimedio previsto dal legislatore e regolato mediante una quantificazione predeterminata dell'obbligazione gravante sull'erario e, dall'altro lato, la necessità di sottoporre ad un termine di prescrizione le diverse ipotesi di trattamenti detentivi in condizioni degradanti effettuati a partire da periodi risalenti rispetto alla previsione legislativa³⁴.

³² I profili di criticità di questa tesi risiedono nel possibile contrasto tra la natura risarcitoria del rimedio individuato dal legislatore e la quantificazione mediante liquidazione in forma forfettaria e predeterminata dell'obbligazione gravante sullo Stato. Si assisterebbe ad una evidente deroga rispetto al principio di equivalenza sotteso all'istituto della responsabilità contrattuale e aquiliana. Una parte dei commentatori ha all'uopo evidenziato possibili profili di illegittimità costituzionale della disposizione a seguito di un'interpretazione siffatta³². In questo senso, FIORENTIN, *Il condannato. Il danno da esecuzione della pena detentiva*, in *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, a cura di Spangher, 2017, 486; FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014; FIORENTIN, *Sulla valutazione in giorni cala l'incostituzionalità*, in *Guida dir.*, 2014, 30, 28. Occorrerebbe tuttavia notare che la natura non patrimoniale del pregiudizio subito dal privato renderebbe in ogni caso necessario il ricorso a profili equitativi nella quantificazione del risarcimento del danno, con attenuazione della deroga rispetto al principio di integralità dell'obbligazione risarcitoria.

³³ Cass. pen., Sez. Un., 21 dicembre 2017, n. 3775, in *Diritto e giustizia*, 2018

³⁴ La criticità di questa impostazione risiede nella difficile spiegazione del fenomeno di passaggio dalla natura risarcitoria a quella indennitaria del rimedio per il medesimo evento lesivo. Infatti, occorrerebbe sostenere che, a seguito della modifica dell'ordinamento penitenziario, sia venuto meno il carattere illecito o inadempiente del mantenimento dei detenuti in condizioni degradanti. Diversamente, si dovrebbe giungere alla conclusione per cui la nuova



Una quinta ricostruzione³⁵ si può infine fondare sulla contemporanea configurabilità a vantaggio del detenuto danneggiato sia di un rimedio indennitario, specificamente disciplinato dall'ordinamento penitenziario, sia di un rimedio risarcitorio, derivante dall'inadempimento dell'amministrazione all'obbligo di mantenere i detenuti in condizioni di vita umane e dignitose. La tutela del privato, precedentemente affidata esclusivamente al rimedio risarcitorio, vedrebbe, a seguito della modifica del sistema penitenziario, affiancata all'azione ordinaria, diretta ad ottenere il pieno risarcimento del pregiudizio non patrimoniale subito, una diversa azione, finalizzata alla più rapida liquidazione di una somma a titolo di indennità.

Il ricorrente, a seguito della proposizione del ricorso diretto ad ottenere la somma prevista dall'art. 35 *ter* ord. pen. a titolo di indennizzo, potrebbe dunque agire in un momento successivo per chiedere il pieno risarcimento del danno subito, dimostrando, nell'ambito di un giudizio ordinario, l'entità del pregiudizio effettivamente patito. Dalla quantificazione del danno ritenuto comprovato nella sede del giudizio ordinario occorrerebbe detrarre l'importo dell'indennizzo precedentemente ricevuto, secondo le regole relative alla *compensatio lucri cum damno*³⁶. Infatti, si tratterebbe di attribuzioni patrimoniali aventi causa giustificativa immediata e diretta in un evento fattuale comune³⁷.

Un simile esito interpretativo risulterebbe assimilabile a quello condotto dalla giurisprudenza

disposizione deroghi al principio di equivalenza sotteso alla responsabilità risarcitoria, prevedendo esclusivamente un rimedio indennitario a fronte di una condotta illecita o inadempiente.

³⁵ In questo senso, BRACCIALINI, *Art. 35 ter c. 3 ordinamento penitenziario, Risarcimento o tassa fissa?*, in www.questionegiustizia.it

³⁶ A tal fine, può essere citata la recente sentenza Cass. Sez. un. 22 maggio 2018, n. 12564, in *Guida al diritto*, 25, 32, 2018, per cui “il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: come l'ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento”. In particolare, quanto ai presupposti dell'istituto, viene affermato che “la *compensatio* è operante solo quando il pregiudizio e l'incremento discendano entrambi, con rapporto immediato e diretto, dallo stesso fatto, sicché se ad alleviare le conseguenze dannose subentra un beneficio che trae origine da un titolo diverso ed indipendente dal fatto illecito generatore di danno, di tale beneficio non può tenersi conto nella liquidazione del danno, profilandosi in tal caso un rapporto di mera occasionalità che non può giustificare alcun diffalco. In altri termini, la detrazione può trovare applicazione solo nel caso in cui il vantaggio ed il danno siano entrambi conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, quali suoi effetti contrapposti; essa invece non opera quando il vantaggio derivi da un titolo diverso ed indipendente dall'illecito stesso, il quale costituisce soltanto la condizione perché il diverso titolo spieghi la sua efficacia”.

³⁷ Nel caso dell'indennizzo erogato a vantaggio del detenuto che abbia subito un trattamento degradante, deve essere evidenziato che la prestazione indennitaria erogata dallo Stato risulta correlata da un nesso di causalità immediata e diretta rispetto all'evento lesivo. Infatti, a seguito della riforma dell'ordinamento penitenziario, tanto il danno subito dal detenuto, quanto la prestazione indennitaria erogata a suo vantaggio costituiscono entrambe conseguenze correlate da un rapporto di normalità e regolarità causale rispetto all'evento lesivo costituito dal trattamento inumano subito durante il periodo di reclusione. Potrebbe quindi sostenersi che il pregiudizio effettivamente subito dal detenuto debba essere quantificato, nel caso in cui venga iniziata un'azione ordinaria a seguito dell'esperimento del rimedio indennitario, scomputando la somma ricevuta a quest'ultimo titolo dalla quantificazione dei danni non patrimoniali subiti durante il periodo di detenzione in condizioni degradanti.



con riguardo alla previsione indennitaria di cui alla legge n. 210 del 1992, relativa alle ipotesi di danno alla salute conseguente a trasfusione di sangue infetto³⁸.

5. – Da ultimo le Sezioni Unite si sono espresse sulle questioni interpretative sollevate dall'ordinanza di rimessione, prendendo posizione sul tema della natura del rimedio previsto dal legislatore nella riforma dell'ordinamento penitenziario³⁹.

La Suprema Corte ha richiamato innanzitutto le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza delle Sezioni penali, formatasi con riguardo alla parte della disciplina di competenza del Tribunale di sorveglianza. Si tratta dell'indirizzo interpretativo, di cui si è dato conto, che si è espresso per la natura risarcitoria del rimedio previsto dal legislatore e per la decorrenza del relativo termine di prescrizione a partire dall'entrata in vigore della nuova disposizione. Infatti, la norma da ultimo introdotta nell'ordinamento penitenziario, ancorché predisposta per la salvaguardia di un diritto ad essa preesistente, avrebbe dato luogo alla predisposizione di un'azione dotata del carattere della novità.

La motivazione prosegue opinando nel senso della condivisibilità delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza penale, supportate dalla considerazione per cui l'art. 2935 c.c., nel prescrivere la decorrenza della prescrizione di un diritto a partire dal giorno in cui questo possa essere fatto valere, debba essere interpretato avendo riguardo alla possibilità legale di azionare la posizione giuridica⁴⁰. Da questa premessa consegue la necessità di individuare il termine iniziale di

³⁸ In questo senso, Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Giust. civ.*, 2009, 1, 2531, dove è stato sostenuto che “il diritto al risarcimento del danno conseguente al contagio da virus HBV, HIV o HCV a seguito di emotrasfusioni con sangue infetto ha natura diversa rispetto all'attribuzione indennitaria regolata dalla legge n. 210 del 1992; tuttavia, nel giudizio risarcitorio promosso contro il Ministero della salute per omessa adozione delle dovute cautele, l'indennizzo eventualmente già corrisposto al danneggiato può essere interamente scomputato dalle somme liquidabili a titolo di risarcimento del danno (“compensatio lucri cum damno”), venendo altrimenti la vittima a godere di un ingiustificato arricchimento consistente nel porre a carico di un medesimo soggetto (il Ministero) due diverse attribuzioni patrimoniali in relazione al medesimo fatto lesivo”

³⁹ Cass. civ. Sez. Un., 8 maggio 2018, n. 11018 in www.ilcaso.it.

⁴⁰ In particolare, Cass. civ. Sez. Un., 8 maggio 2018, n. 11018 in www.ilcaso.it afferma che “il richiamo dell'art. 2935 cod. ci. richiede però una precisazione, in quanto la formula legislativa “dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere” contenuta in tale disposizione, per consolidata orientamento dottrinale e giurisprudenziale, deve intendersi con riferimento alla possibilità legale, non influendo sul corso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto. Tale ricostruzione comporta che il significato della norma finisce per circoscriversi all'impedimento della decorrenza per i casi nei quali l'efficacia del fatto costitutivo sia sottoposta a condizione sospensiva o a termine iniziale, mentre gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto non impediscono il decorrere della prescrizione, compresa la presenza di una norma costituzionalmente illegittima che limiti o escluda l'esercizio del diritto”.

Tale conclusione sembra in possibile contrasto con l'orientamento consolidato sostenuto *ex multis* da Cass., 27 febbraio 2017, n. 4996, in www.italgiure.giustizia.it, per cui “il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da parte di chi assume di aver contratto per contagio una malattia (nella specie, epatite HCV cronica poi evolutasi in cirrosi epatica) per fatto doloso o colposo di un terzo decorre non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche” e da Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in www.italgiure.giustizia.it, per cui “in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno



decorrenza della prescrizione del diritto in esame nel momento dell'entrata in vigore della riforma legislativa, che ha determinato l'ingresso nell'ordinamento di una nuova azione a tutela di un diritto preesistente.

Ciò premesso, la sentenza in esame prosegue nell'analisi della natura del rimedio previsto dall'ordinamento penitenziario. La motivazione conferma la derivazione della posizione giuridica di tutela del detenuto a partire dai principi fondamentali dell'ordinamento nazionale ed europeo, rilevando tuttavia dei tratti distintivi ed autonomi nel rimedio individuato dal legislatore interno. Muovendo dal riconoscimento del diritto fondamentale al rispetto della dignità umana del detenuto, non sarebbe stato infatti possibile desumere, prima della previsione legislativa, una specifica tutela di tale posizione nella forma della riduzione del trattamento sanzionatorio comminato, ovvero nella forma del riconoscimento del diritto ad un compenso economico per ogni giorno di detenzione subita in condizioni degradanti.

Proseguendo nell'analisi del rimedio predisposto dalla riforma, la sentenza rileva il carattere retroattivo dell'istituto. Si tratta infatti di una forma di azione diretta a tutelare anche situazioni pregresse rispetto al momento di entrata in vigore della disposizione. Tanto sarebbe possibile desumere dalla disciplina transitoria prevista dal legislatore, intesa a prevedere un termine di decadenza per far valere una situazione giuridica sorta nella sfera del privato in un momento antecedente rispetto a quello dell'introduzione della nuova forma di tutela⁴¹.

Date queste considerazioni, la motivazione giunge ad esaminare la questione che aveva occupato un ruolo centrale nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Al rimedio predisposto dal legislatore viene riconosciuta natura indennitaria. Tale conclusione viene supportata dalla rilevazione della logica forfettaria sottesa alla quantificazione della somma dovuta al detenuto danneggiato per ogni giorno di detenzione in condizioni degradanti in carcere. Tale forma di quantificazione risulta infatti estranea ad ogni valutazione in merito alla intensità del pregiudizio subito dal detenuto e alle specificità della situazione concreta verificatasi. Inoltre, la disposizione in esame non dedica alcuna considerazione all'elemento soggettivo correlato alla produzione del danno a carico della sfera morale del detenuto. Invece, il rimedio in esame segue finalità distinte da quelle proprie della tutela risarcitoria, risultando predisposto allo scopo di semplificare il

lungolatente, l'azione risarcitoria da intesa anticoncorrenziale, proposta ai sensi del secondo comma dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, si prescrive, in base al combinato disposto degli art. 2935 e 2947 cod. civ., in cinque anni dal giorno in cui chi assume di aver subito il danno abbia avuto, usando l'ordinaria diligenza, ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia, mentre resta a carico di chi eccepisce la prescrizione l'onere di provarne la decorrenza, e il relativo accertamento compete al giudice del merito ed è incensurabile in casazione, se sufficientemente e coerentemente motivato”.

⁴¹ La pronuncia condivide dunque l'impostazione relativa alla natura preesistente del diritto rispetto all'entrata in vigore della riforma dell'ordinamento penitenziario. Si tratta di una conclusione non scontata, in quanto sarebbe stato possibile affermare che il rimedio di nuova introduzione fosse volto a salvaguardare una posizione precedentemente non tutelata da parte dell'ordinamento interno. Per sostenere questa tesi, si sarebbe dovuto affermare che l'adesione dell'ordinamento interno alla Convenzione Edu non fosse sufficiente per configurare a vantaggio dei privati un diritto risarcitorio nei confronti dello Stato, inadempiente agli obblighi di protezione verso i detenuti. Tuttavia, questa impostazione non avrebbe tenuto conto dei principi costituzionali interni, che sottopongono la detenzione ad una finalità rieducativa, nonché delle espresse previsioni dell'ordinamento penitenziario.



meccanismo di calcolo della somma da liquidare al privato e di ridurre le variabili applicative inevitabilmente sottese ai margini di discrezionalità dell'organo giudicante.

Il diritto configurato dal legislatore deriva inoltre da una violazione di un obbligo gravante sull'amministrazione penitenziaria e non sarebbe pertanto qualificabile come pretesa risarcitoria conseguente alla verifica di un danno ingiusto. Il rimedio in esame risulta, anche sotto tale profilo, estraneo alle disposizioni in tema di illecito aquiliano, essendo riconosciuto dal legislatore per tutelare il detenuto non già rispetto ad un danno ingiusto, quanto piuttosto nei confronti di un inadempimento dell'amministrazione ad un'obbligazione preesistente⁴².

Ferma la natura indennitaria del diritto, la motivazione dedica una specifica analisi alla struttura del rimedio in esame, per trarne le conseguenze in punto di decorrenza del termine di prescrizione e di rapporto tra questo termine e quello di decadenza previsto dal legislatore.

Quanto alla decorrenza del termine di prescrizione, la sentenza afferma la necessità di individuare un rapporto di simmetria tra il meccanismo di maturazione della pretesa indennitaria e quello di decorrenza del relativo termine di prescrizione. Partendo dalla premessa per cui la somma liquidata a vantaggio del privato matura giorno per giorno, non può che giungersi alla conclusione per cui anche la prescrizione del diritto debba decorrere in correlazione ad ogni singolo giorno di detenzione. Pertanto, il diritto di ricevere l'indennizzo per ogni singolo giorno di detenzione in condizioni degradanti risulta dotato di un proprio autonomo periodo di prescrizione⁴³.

⁴² Ripercorrendo l'apparato motivazionale della sentenza si nota come, partendo dalla condivisione dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza penale quanto alla natura risarcitoria del rimedio oggetto di esame, la sentenza sia giunta a conclusioni apparentemente divergenti con le relative premesse, sostenendo la tesi circa la natura indennitaria della forma di tutela predisposta a vantaggio del detenuto.

Occorre dunque conciliare la apparente divergenza tra le premesse e le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza. A tal fine sono ipotizzabili, come meglio descritto in seguito, due percorsi interpretativi. In primo luogo, si può ritenere che si tratti di una forma di quantificazione indennitaria a fronte di un'obbligazione che mantiene natura risarcitoria. In secondo luogo, si può ipotizzare che il riconoscimento di un rimedio indennitario non impedisca la permanenza della pretesa risarcitoria del privato, il quale potrebbe agire nelle sedi ordinarie per ottenere la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento integrale del danno effettivamente subito.

La prima soluzione avrebbe come conseguenza una concentrazione delle tutele, ma impedirebbe al detenuto di ottenere il risarcimento del danno subito oltre i limiti individuati dal legislatore. La seconda soluzione risulterebbe maggiormente aderente al principio di integralità dell'obbligazione risarcitoria rispetto al danno causato, ma comporterebbe per il privato la necessità di agire in due sedi diverse per vedere riconosciuta piena tutela alla propria posizione.

⁴³ Si tratta della tesi sostenuta da coloro che interpretavano il rimedio in esame come avente natura risarcitoria e non indennitaria. Infatti, la conclusione relativa alla decorrenza del termine di prescrizione in relazione ad ogni singolo giorno in cui permanga la situazione lesiva è stata condivisa dalla giurisprudenza con riguardo ad ipotesi di fatto illecito permanente e non con riguardo ad ipotesi di pretese di natura indennitaria. Infatti, in riferimento a questa seconda fattispecie, occorrerebbe riconoscere la natura unitaria del diritto a ricevere l'indennizzo, con conseguente decorrenza unitaria del relativo termine di prescrizione a partire dal momento in cui sia cessata la permanenza della situazione dannosa.

La conclusione sostenuta dalla sentenza avvalorava dunque la necessità di condividere una delle due tesi precedentemente esposte. La prima impostazione, riconoscendo natura sostanzialmente risarcitoria al rimedio in esame, renderebbe pacificamente applicabile al caso di specie la giurisprudenza relativa al danno da illecito permanente. La seconda impostazione, qualificando il rimedio indennitario come una forma di tutela agevolata per il privato, a fronte della possibilità di agire successivamente per il risarcimento integrale del danno, renderebbe ragionevole l'estensione al rimedio indennitario del medesimo termine di prescrizione riconosciuto per quello risarcitorio. Si tratterebbe infatti di rimedi tra loro correlati, in quanto diretti a riconoscere tutela a fronte del medesimo fatto illecito.



Nelle ipotesi in cui la condizione inumana del trattamento si sia verificata prima dell'entrata in vigore della disposizione, il termine iniziale della decorrenza del termine di prescrizione viene riconosciuto in corrispondenza con il momento di introduzione della nuova norma. Infatti, il carattere retroattivo del riconoscimento del diritto non potrebbe valere a superare il principio che impedisce di far decorrere la prescrizione del diritto in un momento anteriore rispetto a quello in cui la posizione giuridica possa essere azionata⁴⁴.

Quanto al rapporto tra il termine di prescrizione e quello di decadenza, la motivazione esclude che con riguardo alle disposizioni oggetto di esame possa configurarsi una incompatibilità tra i due istituti. La disciplina del rimedio in questione non risulta infatti assimilabile a quella relativa all'indennizzo per non ragionevole durata del processo. A tal fine viene valorizzata la peculiarità dell'istituto in esame, connotato dalla possibile differenziazione del momento iniziale di decorrenza tra il termine di prescrizione e il termine di decadenza. Infatti, dalla conclusione relativa alla decorrenza della prescrizione del diritto indennitario in riferimento ad ogni singolo giorno di trattamento in condizioni degradanti, consegue la non sovrapponibilità di tale termine con quello di decadenza, decorrente invece dalla cessazione dello stato detentivo e riferito alla pretesa indennitaria nel suo insieme considerata.

6. – Risulta utile raffrontare la tesi accolta dalla giurisprudenza di legittimità con le teorie precedentemente emerse sulla ricostruzione del regime giuridico applicabile all'istituto.

La conclusione sulla natura indennitaria del rimedio previsto dal legislatore sembra avvicinare l'impostazione fatta propria dalla sentenza a quella affermata dalle prime due tesi richiamate.

Tuttavia, la prima ricostruzione aveva sostenuto l'incompatibilità tra la contemporanea decorrenza di un termine di prescrizione e di un termine di decadenza, in ciò divergendo radicalmente dalla posizione risultata dominante nella giurisprudenza di legittimità. Infatti, la sentenza ha espressamente escluso l'applicabilità al caso in esame dell'indirizzo giurisprudenziale formatosi in relazione al danno da irragionevole durata del processo.

Quanto alla seconda ricostruzione, basata sulla decorrenza del termine di prescrizione a partire dalla cessazione dello stato degradante delle condizioni detentive, e quindi in un momento anteriore rispetto a quello di decorrenza del termine di decadenza, le conclusioni da essa affermate si avvicinano a quelle condivise dalla giurisprudenza di legittimità. D'altro canto, occorre però rammentare che questa impostazione sosteneva la tesi della decorrenza unitaria del termine

⁴⁴ Si tratta di una affermazione conforme con le premesse sottese all'impianto motivazionale della sentenza, ossia con il riferimento alla necessità di individuare il termine iniziale di decorrenza del periodo di prescrizione nel momento in cui si verifica la possibilità legale di esercitare il diritto. Come già affermato, questa conclusione permette di conciliare l'affermazione circa la natura preesistente del diritto con il riconoscimento della decorrenza del termine di prescrizione a partire dal successivo momento di introduzione legislativa del nuovo rimedio indennitario. Infatti, soltanto a partire da tale secondo momento il diritto precedentemente riconosciuto in capo al privato sarebbe diventato legalmente azionabile.

JUS CIVILE



di prescrizione del diritto indennitario a partire dall'ultimo giorno in cui la detenzione inumana si fosse verificata, laddove la sentenza ha invece affermato la decorrenza del termine di prescrizione a partire da ogni singolo giorno in cui il trattamento degradante abbia trovato luogo. Inoltre, con specifico riguardo alle ipotesi di trattamenti detentivi in condizioni degradanti successivi alla riforma dell'ordinamento penitenziario, la conclusione affermata dalla giurisprudenza risulta temperata dal riconoscimento della decorrenza del termine prescrizione soltanto nel momento di entrata in vigore della modifica legislativa.

I profili che allontanano le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza di legittimità dall'impostazione da ultimo richiamata sembrano invece avvicinarla alla terza tesi in precedenza esposta. Si tratta della ricostruzione che affermava la natura risarcitoria del rimedio individuato dal legislatore e ne faceva conseguire l'applicazione dell'indirizzo giurisprudenziale sulla decorrenza del termine di prescrizione nell'illecito permanente. La tesi in esame aveva infatti sostenuto che la prescrizione del diritto riconosciuto in capo al detenuto dovesse decorrere a partire da ogni singolo giorno in cui il trattamento inumano si fosse verificato, in ciò anticipando le conclusioni da ultimo espresse dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁵. Tuttavia, la sentenza sembra giungere a questo esito interpretativo muovendo non già dall'affermazione della natura risarcitoria del credito del privato, bensì dell'opposta tesi relativa alla sua ricostruzione in chiave indennitaria.

Tale osservazione sembra adombrare dei profili di dubbio interpretativo quanto alla corretta lettura della sentenza. Infatti, la scissione dei momenti di decorrenza del termine di prescrizione del diritto indennitario per ogni singolo giorno di trattamento inumano è una conclusione logicamente discendente dalla natura risarcitoria del rimedio previsto dal legislatore, come rispondente ad una condotta di illecito permanente dell'amministrazione penitenziaria⁴⁶. Invece, affermando la natura indennitaria del rimedio, occorrerebbe concludere nel senso della sussistenza di tanti diritti indennitari quanti giorni subiti dal detenuto in condizioni degradanti.

Questa osservazione potrebbe imporre di rileggere la motivazione in una diversa prospettiva.

⁴⁵ La tesi in esame riteneva infatti applicabile al caso in esame la giurisprudenza relativa al danno da illecito permanente, in base alla quale *“in tema di illecito permanente, i danni si verificano momento per momento mentre il diritto al risarcimento sorge e può essere esercitato in ogni istante, pertanto il termine di prescrizione decorre de die in diem, man mano che i danni stessi accadono”* (Cass. civ. 19 giugno 2015, n. 12701, in *Diritto e giustizia*, 2015).

⁴⁶ Per vero, si tratterebbe di una conclusione priva di riferimenti normativi o supporti giurisprudenziali, tuttavia non perciò solo immeritevole di condivisione. Infatti, potrebbe sostenersi che ogni giorno trascorso in condizioni degradanti valga a fondare una autonoma pretesa indennitaria a vantaggio del detenuto, dotata di un altrettanto autonomo termine di prescrizione per essere azionata.

Tuttavia, questa conclusione sembrerebbe contrastante con il tenore testuale dell'art. 35 *ter* ord. pen.. A tal fine deve essere evidenziato che la disposizione richiede, quale condizione di applicabilità del rimedio, la decorrenza in condizioni degradanti di *“un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*. Inoltre, la disposizione riconosce a vantaggio del detenuto una somma prefissata *“per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio”*. Entrambe le previsioni richiamate sembrano dirette ad individuare un rimedio di natura unitaria a fronte di un periodo complessivo trascorso in condizioni degradanti in carcere e non invece una forma di indennizzo diretto a compensare la singola giornata nella quale il trattamento inumano abbia trovato luogo.



Non risulterebbe infatti incoerente sostenere che, laddove il giudice di legittimità ha parlato di natura indennitaria o forfettaria del rimedio introdotto dal legislatore, abbia inteso descrivere il sistema di liquidazione o quantificazione di un diritto avente intrinseca natura risarcitoria. Nel determinare la somma di liquidazione del danno per ogni giorno di trattamento in condizioni degradanti, il legislatore avrebbe inteso predisporre una liquidazione forfettaria per un diritto risarcitorio.

La coerenza di siffatta conclusione emergerebbe, oltre che dal termine di decorrenza della prescrizione del diritto individuato dalla sentenza, anche dalla valorizzazione di due specifici passaggi della motivazione.

In primo luogo, si tratta del richiamo alle conclusioni affermate dalla giurisprudenza penale, che aveva sostenuto la natura risarcitoria del rimedio previsto dal legislatore. La sentenza ripercorre tale indirizzo interpretativo, sostenendone la condivisibilità⁴⁷.

In secondo luogo, nell'escludere la natura aquiliana dell'istituto, la sentenza afferma la correlazione tra il diritto riconosciuto in capo al privato e uno specifico inadempimento dell'amministrazione penitenziaria ad un'obbligazione preesistente avente la propria fonte nella legge. Si tratta dei presupposti della responsabilità da inadempimento⁴⁸.

Tuttavia, questa conclusione sembra confliggente con il tenore letterale della motivazione, che richiama più volte la natura puramente indennitaria del rimedio contenuto nell'ordinamento penitenziario⁴⁹. Inoltre, affermare contemporaneamente la natura risarcitoria del rimedio previsto dal legislatore e il ricorso ad una forma forfettaria di quantificazione dell'obbligazione a carico del soggetto pubblico significherebbe configurare una rilevante eccezione al principio di integralità del risarcimento rispetto al danno subito. Infatti, questa impostazione priverebbe il privato della possibilità di dimostrare l'esatta quantificazione del pregiudizio subito nel caso concreto, impedendogli di ottenere un risarcimento parametrato alle conseguenze giuridiche dannose del trattamento detentivo in condizioni inumane.

⁴⁷ La sentenza in esame richiama infatti l'orientamento espresso dalla giurisprudenza penale per cui *“il rimedio risarcitorio in esame non era prospettabile prima della entrata in vigore della novella del 2014”* e afferma che *“la conclusione è condivisibile e deve essere ribadita in sede di giudizio civile”*. Dal tenore testuale della motivazione potrebbe dunque dedursi che la sentenza abbia inteso assegnare al rimedio in esame natura risarcitoria, salvo qualificare come indennitaria o forfettaria solo la tecnica di quantificazione dell'obbligazione a carico della pubblica amministrazione.

⁴⁸ La sentenza in esame si riferisce infatti al *“radicarsi della responsabilità nella violazione di obblighi gravanti ex lege sull'amministrazione penitenziaria nei confronti dei soggetti sottoposti alla custodia carceraria”*. Questo assunto è richiamato dalla motivazione per escludere la natura aquiliana del rimedio predisposto dal legislatore. Tuttavia, la preesistenza di un'obbligazione a carico dell'amministrazione penitenziaria vale a qualificare la condotta dell'ente pubblico come inadempiente rispetto ad un obbligo di protezione sullo stesso gravante. A fronte di un danno da inadempimento sarebbe difficile non configurare il rimedio previsto dalla legge come risarcitorio.

⁴⁹ La sentenza in esame afferma infatti che *“nonostante la terminologia utilizzata dal legislatore, che, tanto con riferimento alla riduzione della pena, quanto con riferimento al compenso in denaro, assume che vengono riconosciuti a titolo di risarcimento del danno, deve concordarsi con quanto già più volte affermato dalle sezioni penali circa il fatto che si è in presenza di un mero indennizzo. [...] Al fine di contenere i costi, semplificare il meccanismo di calcolo e ridurre le variabili applicative, si è scelta la via dell'indennizzo, cioè di un compenso di entità contenuta e di meccanica e uniforme quantificazione”*.



Le conseguenze di questo percorso logico risiederebbero nella violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., per via della irragionevole parità di trattamento a fronte di situazioni diversificate tra loro. In particolare, le condizioni fisiche e psichiche del singolo detenuto potrebbero amplificare gli effetti pregiudizievoli non patrimoniali subiti come conseguenza della permanenza in spazi ristretti o privi dei servizi essenziali. Invece, la disposizione dell'ordinamento penitenziario, così interpretata, offrirebbe a tutti i detenuti un rimedio risarcitorio quantificato forfettariamente mediante il ricorso a criteri omogenei e non derogabili in difetto o in eccesso.

Tale profilo critico non sarebbe neanche giustificabile come compressione del diritto individuale resa necessaria a fronte del riconoscimento di un sistema compensativo diretto a contenere i costi del procedimento e le variabili applicative sottese alla prova del danno patito dal singolo detenuto. Infatti, la rapidità del processo non potrebbe valere in ogni caso a comprimere i diritti del singolo, se non a pena della frustrazione delle finalità perseguite dallo stesso ordinamento processuale civile.

Inoltre, la previsione di una tutela minima, ancorata ad una forma di quantificazione forfettaria del danno subito, non potrebbe giustificare la conclusione relativa al disconoscimento di diversi e ulteriori o più specifici mezzi di tutela per il singolo danneggiato.

Allora, viene da chiedersi se le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza di legittimità non siano invece conformi all'ultima delle tesi precedentemente esposte. Si tratta dell'impostazione in base alla quale occorrerebbe riconoscere la contemporanea sussistenza a vantaggio del detenuto sia del rimedio indennitario, previsto dall'ordinamento penitenziario, sia anche del rimedio risarcitorio, derivante dall'inadempimento dell'amministrazione penitenziaria all'obbligazione di tenere i detenuti in una condizione di vita umana e dignitosa⁵⁰.

⁵⁰ Questa ricostruzione risulterebbe coerente con le conclusioni già raggiunte dalla giurisprudenza con riguardo al tema del danno subito dal dipendente pubblico, a causa dell'abuso del ricorso allo strumento del contratto di lavoro a tempo indeterminato da parte della pubblica amministrazione, per la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego. In questo caso, fermo il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dall'art. 36, comma 5, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il prestatore di lavoro pubblico ha diritto al risarcimento per equivalente del danno, come previsto dalla medesima disposizione.

Ai sensi dell'art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183, la pretesa del prestatore di lavoro risulta agevolata da un esonero dall'onere probatorio a vantaggio del danneggiato e deve essere quantificata nella forma forfettaria indicata dalla disposizione richiamata.

Con riguardo a tale previsione, si sono posti problemi interpretativi relativi alla natura del rimedio individuato dal legislatore in chiave indennitaria ovvero risarcitoria. Si tratta di questioni applicative non dissimili da quelle riguardanti la natura della nuova disposizione introdotta nell'ordinamento penitenziario. Possono quindi essere richiamate le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza con riguardo alla natura del rimedio di cui all'art. 32, comma 5, l. 4 novembre 2010, n. 183 e al rapporto di eventuale compensazione tra la somma erogata a seguito del positivo esperimento della relativa azione e la somma derivante dalla quantificazione del danno effettivamente subito dal prestatore di lavoro per la precarizzazione del rapporto di impiego.

Cass. Sez. Un. 15 marzo 2016, n. 5072, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 2016, 3, 2, 597, ha affermato che "L'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, ha una diversa valenza secondo che sia collegata, o no, alla conversione del rapporto. Per il lavoratore privato l'indennizzo ex art. 32, comma 5, è in chiave di contenimento del danno risarcibile [...]. Per il lavoratore pubblico invece l'indennizzo ex art. 32, comma 5, è, all'opposto, in chiave agevolativa, di maggior tutela nel senso che, in quella misura, risulta assolto l'onere della prova del danno che grava sul lavoratore.



La condivisione di quest'ultima interpretazione permetterebbe di risolvere le apparenti aporie dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza.

Potrebbe essere affermato che, laddove la sentenza ha fatto riferimento alla preesistenza dell'obbligazione dell'amministrazione penitenziaria di osservare la dignità umana dei detenuti e ha condiviso l'orientamento emerso dalla giurisprudenza penale, in quei passaggi i giudici di legittimità abbiano inteso affermare la sussistenza di un diritto risarcitorio a vantaggio del privato.

Invece, laddove la sentenza ha analizzato il funzionamento del rimedio previsto dalla nuova disposizione dell'ordinamento penitenziario e ne ha rilevato il meccanismo di liquidazione forfettaria, in quei passaggi i giudici di legittimità avrebbero avuto riguardo al rimedio indennitario introdotto dal legislatore, che non pregiudicherebbe però la sussistenza di un autonomo diritto risarcitorio in capo al detenuto danneggiato.

Pertanto, la nuova disposizione dovrebbe essere interpretata come diretta a garantire a vantaggio del privato non una forma di tutela inferiore o diversa da quella precedentemente desumibile dall'ordinamento giuridico, ma uno strumento di protezione aggiuntivo, predisposto per la salvaguardia del diritto fondamentale dei detenuti a ricevere un trattamento conforme ai canoni di umanità e rieducazione.

Dunque, ferma la persistenza dell'obbligo risarcitorio a carico della pubblica amministrazione che sia risultata inadempiente rispetto agli obblighi di protezione del detenuto, l'introduzione dell'art. 35 *ter* ord. pen. avrebbe predisposto una forma ulteriore di tutela per il privato, esperibile in aggiunta o in luogo rispetto a quella risarcitoria⁵¹.

L'esigenza di interpretazione orientata alla compatibilità comunitaria, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia richiede un'adeguata reazione dell'ordinamento che assicuri effettività alla tutela del lavoratore, sì che quest'ultimo non sia gravato da un onere probatorio difficile da assolvere, comporta che è su questo piano che tale interpretazione adeguatrice deve muoversi per ricercare dal sistema complessivo della disciplina del rapporto a tempo determinato una regola che soddisfi l'esigenza di tutela suddetta. L'indennità ex art. 32, comma 5, quindi, per il dipendente pubblico che subisca l'abuso del ricorso al contratto a tempo determinato ad opera di una pubblica amministrazione, va ad innestarsi, nella disciplina del rapporto, in chiave agevolativa dell'onere probatorio del danno subito e non già in chiave di contenimento di quest'ultimo, come per il lavoratore privato.

In sostanza il lavoratore pubblico ha diritto a tutto il risarcimento del danno e, per essere agevolato nella prova (perché ciò richiede l'interpretazione comunitariamente orientata), ha intanto diritto, senza necessità di prova alcuna per essere egli, in questa misura, sollevato dall'onere probatorio, all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5. Ma non gli è precluso di provare che le chances di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno patrimoniale più elevato”.

Dalla lettura dell'apparato motivazionale della sentenza si notano molteplici profili di vicinanza tra la disciplina dell'indennizzo riconosciuto a vantaggio del pubblico impiegato in caso di abuso di contratti di lavoro a tempo determinato e la disciplina dell'indennizzo posto a tutela del detenuto che abbia subito un trattamento in condizioni degradanti. In entrambi i casi, si tratta di rimedi previsti dal legislatore per evitare conflitti tra l'ordinamento interno e le fonti sovranazionali. In entrambi i casi, si tratta di rimedi sottoposti ad un sistema di quantificazione forfettaria, con correlativa agevolazione dell'onere della prova a vantaggio di un soggetto posto in rapporto di disparità rispetto all'amministrazione pubblica.

A parità di premesse, si ritiene quindi ragionevole estendere ad entrambi i rimedi le medesime conclusioni, relative alla possibilità per il privato di agire, a seguito dell'esperimento del rimedio indennitario, anche nelle sedi ordinarie allo scopo di provare il danno effettivamente subito ed ottenere il relativo risarcimento.

⁵¹ In particolare, si tratterebbe di due forme di tutela diverse nei presupposti e negli effetti, ma non dotate di una portata reciprocamente escludente.



Diversamente opinando, l'intervento legislativo, in omaggio a criteri di semplificazione e rapidità dei processi, risulterebbe diretto a comprimere le posizioni dei singoli danneggiati. Questa interpretazione sarebbe tuttavia contraria al percorso che ha condotto il legislatore a riformare l'ordinamento penitenziario, al fine di adeguare le forme di tutela dei detenuti rispetto ai canoni indicati dalla giurisprudenza sovranazionale.

Risulterebbe quindi paradossale negare al singolo detenuto la possibilità di agire dinanzi al giudice ordinario, a seguito del positivo esperimento della tutela indennitaria, per dimostrare l'effettiva quantificazione delle conseguenze pregiudizievoli effettivamente subite.

Inoltre, questa chiave di interpretazione permetterebbe di superare i possibili profili di illegittimità costituzionale della normativa. Infatti, le diverse situazioni soggettive riscontrabili nei distinti casi concreti ricevirebbero in questo modo differenziate e più intense forme di tutela⁵².

Infine, concludendo in questa direzione si giustificerebbe la decorrenza del termine di prescrizione del diritto indennitario del privato, in quanto logicamente rapportato al termine di pre-

La tutela risarcitoria deriverebbe dalla violazione da parte dell'amministrazione penitenziaria degli obblighi di protezione del detenuto, derivanti dall'adesione dello Stato alla Convenzione Edu e dai principi espressi dalla carta costituzionale e attuati dalle disposizioni dell'ordinamento penitenziario. Si tratterebbe quindi di una responsabilità da inadempimento a carico dell'amministrazione penitenziaria. Il privato dovrebbe quindi dimostrare la sussistenza del rapporto detentivo e allegare lo svolgimento della detenzione in condizioni inumane, fatto da cui deriva l'inadempimento dell'amministrazione. Graverebbe invece sull'amministrazione l'onere di provare di aver correttamente adempiuto agli obblighi indicati, e quindi di aver curato la predisposizione degli istituti carcerari in modo da assicurare le condizioni idonee a garantire l'umanità del trattamento detentivo. Il privato dovrebbe poi dimostrare l'entità del pregiudizio effettivamente subito. Considerato che si tratterebbe di un danno non patrimoniale, occorrerebbe la prova dell'alterazione dello stato di salute arrecata al detenuto, ovvero dei pregiudizi psichici derivanti dalla sofferenza connessa alla reclusione per un periodo prolungato in condizioni disagiate. Soltanto in presenza di un adeguato supporto probatorio sarebbe possibile ricorrere all'equo apprezzamento del giudice.

La tutela indennitaria deriverebbe invece dalla obiettiva verifica delle condizioni inumane di detenzione, in un numero determinato di giorni nel corso della permanenza carceraria del detenuto. In questo caso, il privato potrebbe limitarsi a provare lo svolgimento del trattamento detentivo in condizioni degradanti, senza l'ulteriore onere probatorio relativo alla esatta quantificazione del pregiudizio subito. Infatti, è la stessa legge che predetermina in modo forfettario la quantificazione dell'indennizzo riconosciuto al privato, rendendo irrilevante la prova del danno conseguenza.

La divergenza dei due rimedi, sia quanto al diverso onere probatorio gravante sulle parti, sia quanto alla tutela ritraibile dal positivo esito dei due giudizi, renderebbe gli stessi non sovrapponibili ed impedirebbe di ritenere che il riconoscimento legislativo della tutela indennitaria impedisca la configurabilità della tutela risarcitoria.

⁵² In primo luogo, il detenuto che ritenga di non aver subito danni ulteriori rispetto a quelli liquidati mediante lo strumento indennitario, ovvero che risulti sfornito dei mezzi per comprovare il pregiudizio effettivamente subito, ricaverrebbe dal rimedio di cui all'art. 35 *ter* ord. pen. una forma di tutela uguale o superiore rispetto a quella precedentemente ritraibile dal ricorso al rimedio risarcitorio. Infatti, agendo per il risarcimento nei confronti dello Stato, e ove anche una siffatta forma di azione fosse stata ritenuta ammissibile, il soggetto avrebbe precedentemente dovuto sopportare l'onere probatorio relativo alla quantificazione dei danni concretamente subiti.

In secondo luogo, anche il detenuto che abbia i mezzi probatori per affermare di aver subito un pregiudizio superiore rispetto a quello forfettariamente liquidato ricaverrebbe una forma aggiuntiva di tutela dalla esposta interpretazione dell'art. 35 *ter* ord. pen.. Infatti, tale soggetto potrebbe dapprima esperire il rimedio indennitario, per avere la certezza di ottenere in tempi celeri una somma di denaro a fronte del più ampio danno subito. Successivamente, il detenuto potrebbe agire dinanzi al giudice ordinario, sopportando i costi e i rischi del relativo processo, allo scopo di ottenere la condanna dell'ente pubblico al pagamento della somma integrale corrispondente al danno concretamente subito.

In entrambi i casi, dalla combinazione delle tutele, di natura rispettivamente indennitaria e risarcitoria, deriverebbe una forma più intensa di protezione a vantaggio del privato, in corrispondenza con la finalità legislativa di riforma dell'ordinamento penitenziario.

JUS CIVILE



scrizione dello speculare diritto risarcitorio per la condotta inadempiente tenuta dall'amministrazione penitenziaria⁵³.

In conclusione, deve essere evidenziato come le diverse questioni interpretative di cui si è dato atto dimostrino che la completezza dell'analisi dell'istituto condotta dalla sentenza possa rivelarsi soltanto apparente, risultando ancora attuali alcune delle tematiche sottese alla completa ricostruzione degli strumenti di tutela previsti per il soggetto che abbia subito condizioni inumane di detenzione.

⁵³ Infatti, laddove si parta dalla premessa dell'esperibilità da parte del privato sia della tutela risarcitoria che di quella indennitaria, da ciò conseguirebbe l'esigenza di prevedere una forma di correlazione tra le due azioni. In particolare, la tutela indennitaria risulterebbe, secondo questa ipotesi interpretativa, strettamente correlata, in chiave anticipatoria, rispetto alla successiva azione di risarcimento del danno. Allora, la decorrenza del termine di prescrizione del diritto ad ottenere il risarcimento per il fatto illecito permanente dovrebbe coerentemente estendersi anche al diritto, ancillare al primo, di agire per la più rapida tutela indennitaria, predisposta a fronte del medesimo evento fattuale dannoso.



IMPRESA E TERZO SETTORE: UN RAPPORTO CONTROVERSO

SOMMARIO: 1. L'accessibilità all'attività d'impresa da parte degli enti del terzo settore. – 2. Schemi organizzativi accessibili agli enti del terzo settore che svolgano attività d'impresa. – 3. Settori di attività in cui gli enti del terzo settore possono operare imprenditorialmente. – 4. Scopo di lucro oggettivo e scopo di lucro soggettivo negli enti del terzo settore che svolgano attività d'impresa. – 5. Enti del terzo settore: iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore e iscrizione nel registro delle imprese. – 6. Enti del terzo settore, statuto dell'imprenditore e statuto dell'imprenditore commerciale. – 7. Osservazioni conclusive.

1. – È noto come, a fronte del silenzio al riguardo serbato dal nostro codice civile, dottrina e giurisprudenza si siano a lungo interrogate: (i) se attività d'impresa possa essere esercitata – oltre che attraverso uno degli schemi organizzativi tipizzati nel libro V dello stesso codice – anche facendo ricorso ad altri schemi organizzativi (in particolare, a quelli contemplati nel libro I: associazioni, fondazioni, comitati, altre istituzioni di carattere privato); e, in caso di risposta affermativa, (ii) quale sia la disciplina (ad es., in materia di adempimenti pubblicitari; di scritture contabili, tenuta della contabilità, redazione del bilancio; di crisi dell'impresa; ecc.) applicabile a tali ultimi enti nel momento in cui gli stessi concretamente svolgano attività d'impresa.

Il recente d.lgs. n. 117/2017 – nel dettare una disciplina (che vorrebbe essere) organica¹ dei c.d. “enti del terzo settore” (di seguito, ETS) – fornisce risposta tendenzialmente positiva al primo di detti interrogativi².

¹ L'art. 1 d.lgs. n. 117/2017 parla testualmente di “riordino e ... revisione *organica* della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore” (corsivo aggiunto). Peraltro, di “revisione *organica* della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore” discorreva già l'art. 4, comma 1, della legge delega n. 106/2016 (corsivo aggiunto) (ma v. anche gli artt. 1, comma 2 lett. b, e 5 l. n. 106/2016).

In dottrina, di “riforma *organica* del terzo settore”, in luogo della “frammentaria” “disciplina previgente”, parla L. BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a 'prima lettura' su una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contr. e impresa*, 2017, p. 1253 (corsivo aggiunto).

² Opinione pacifica: cfr., per tutti, M. TAMPONI, *Introduzione*, in FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO, *La riforma del c.d. Terzo settore e l'imposizione fiscale delle liberalità indirette*, Milano, 2017, p. 11; M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore: un'occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 3, nota 5 – ove opportunamente osserva che “la legislazione statunitense ... distingue ... l'espressione ‘*non profit*’ da quella di ‘*non for profit*’: la prima viene riservata agli enti che, oltre a non distribuire profitti, neppure svolgono attività commerciale; la seconda, invece, a quegli enti che, pur non potendo distribuire profitti, ben possono svolgere attività commerciale. ... Nell'ambito dell'ordinamento italiano, anche come novellato dal Codice del terzo settore, agli enti non lucrativi meglio si attaglia il sintagma di ‘*non for profit*’, proprio perché a questi enti non è affatto preclusa la possibilità di svolgere attività economica e, quindi, di avere un risultato utile di gestione, benché lo scopo di siffatte forme associative non sia quello di esercitare attività economiche, appunto, ‘*for profit*’” – nonché pp. 16 e 19 s.; E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 708, il quale parla di “riconoscimento agli enti interessati di spazi operativi in campo economico-imprenditoriale”, in attuazione della “direttiva generale di ‘riconoscere e favorire iniziativa economica privata’, nella sua funzionalità di strumento atto ‘ad elevare i livelli di



Anche allorquando assumano una veste giuridica diversa da quelle tipizzate nel libro V del codice civile, gli ETS possono svolgere attività d'impresa: a) sia *in via esclusiva* o, quanto meno, *principale* (artt. 11, comma 2, e 13, comma 4, d.lgs. n. 117/2017); b) sia *in via secondaria e strumentale* rispetto a quella di interesse generale, esercitata in via principale (artt. 6 e 13, comma 6, d.lgs. 117/2017)³. Nel primo caso sarà proprio attraverso l'esercizio dell'attività d'impresa che l'ente realizzerà i propri fini istituzionali; nel secondo, l'esercizio dell'attività d'impresa sarà invece finalizzato a supportare (ad es., attraverso il perseguimento di profitti) l'attività di interesse generale dall'ente svolta – non importa se con metodo imprenditoriale o meno – in via principale⁴.

Al riguardo, appaiono però necessarie due precisazioni preliminari.

In primo luogo, deve osservarsi che i principi appena ricordati sono dal legislatore delegato del 2017 enunciati con riferimento *non* già a *tutti* indistintamente gli enti privati diversi da quelli disciplinati nel libro V del codice civile, bensì *solo ed esclusivamente* con riferimento a quelli di essi che concretamente assumano la qualifica di ETS; con esclusione, quindi, non solo degli enti cui tale qualifica è inaccessibile *ex lege* (fondazioni bancarie: *ex* art. 3, comma 3, d.lgs. n. 117/2017; formazioni e associazioni politiche, sindacati, associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche, associazioni di datori di lavoro, enti sottoposti a direzione e coordinamento o controllati da tali enti: art. 4, comma 2, d.lgs. n. 117/2017), ma altresì con esclusione di tutti quegli enti che tale qualifica *in concreto* non acquisiscano, o per mancanza anche di uno solo dei requisiti richiesti dall'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, ovvero per autonoma scelta di associati o fondatori.

Ancor oggi, dunque, *irrisolto* permane – almeno *sul piano* dello stretto dettato *normativo* – il problema se gli enti del libro I del codice civile, che non assumano la veste di ETS, possano o meno svolgere attività d'impresa.

tutela dei diritti civili e sociali””, quale emerge dall'art. 2, comma 1 lett. b, legge delega n. 106/2016 (p. 709); G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 675, il quale sottolinea che, “per quanto riguarda gli ETS diversi dalle imprese sociali, da una serie di disposizioni si ricava la conclusione che la loro attività *può* ma non necessariamente *deve* consistere nello svolgimento di un'attività che abbia i connotati dell'impresa *ex* art. 2082, cosicché la qualifica di ETS può essere assunta da enti che svolgono attività di interesse generale – per lo più consistenti nella produzione di servizi – sia con metodo economico, conformemente alla previsione dell'art. 2082 c.c., sia con metodo c.d. erogativo”; A. FICI, *L'attività degli enti del Terzo settore*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, p. 71; e, con riferimento però alla legge delega n. 106/2016, già L. BOZZI, *Terzo settore: osservazioni a 'prima lettura' su una riforma culturale prima che giuridica*, cit., p. 1264 s.

³ In tal senso cfr. E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., p. 711; M.V. DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo delle riforme*, in *Studium iuris*, 2017, p. 142; M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore: un'occasione mancata?*, cit., p. 19 s.

⁴ “A stretto rigore – osserva M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore: un'occasione mancata?*, cit., p. 20, nota 65 – non c'è perfetta coincidenza tra attività diverse da quelle di interesse generale di cui all'art. 6 ed attività produttive di utili e quindi da inquadrare tra quelle commerciali; potrebbero dunque esserci attività di interesse generale, esercitabili in via secondaria e strumentale, ma non commerciali perché non produttive di utili. Di fatto sembra difficile che la distinzione possa trovare un concreto spazio per cui le attività non di interesse generale, da svolgersi sempre in via secondaria e strumentale, saranno perlopiù attività con finalità lucrative, inquadrabili pertanto tra quelle commerciali in senso stretto”.



Invero – avendo ritenuto di non (poter) procedere, come pure testualmente previsto dalla legge delega, “alla revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute” (così si esprime l’art. 1, comma 2 lett. a, l. n. 106/2016), se non nei limiti in cui detti enti acquisiscano la qualifica di ETS – il legislatore delegato è rimasto, sul punto specifico, ancora una volta assolutamente silente⁵.

L’interrogativo – lucidamente prospettato da Enrico Quadri in termini generali – è se le disposizioni del d.lgs. n. 117/2017 “non abbiano, in realtà, e proprio per essere state concepite nella prospettiva del superamento di criticità diffusamente denunciate con riguardo alla disciplina del codice civile, una forza espansiva e tale, quindi, da determinare «ricadute» in sede di interpretazione ed applicazione della scarna disciplina codicistica stessa, anche con riguardo, cioè, a quegli enti destinati a continuare ad essere da essa governati”⁶.

Siffatto interrogativo – di certo, intrigante e di dubbia (e, probabilmente, non omogenea) soluzione, se formulato in termini generali – non ha peraltro ragion d’essere con riferimento al problema specifico che ci occupa: invero, le norme di recente introduzione in tema di ETS – quand’anche si dovesse ritenere che non apportino argomenti definitivi a favore della tesi, ormai da tempo dominante sia in dottrina che in giurisprudenza⁷, secondo cui gli enti del libro I del

⁵ Peraltro, la legislazione di settore aveva già espressamente riconosciuto a talune categorie di associazioni/fondazioni la possibilità di svolgere determinate attività imprenditoriali: lo ricordano anche M. TAMPONI (in *Introduzione*, cit., p. 11), richiamando ad es. il disposto dell’art. 5 d.lgs. n. 79/2011 (c.d. “Codice del turismo”), che consente alle “associazioni che operano nel settore del turismo giovanile e per finalità ricreative, culturali, religiose, assistenziali o sociali” di svolgere, seppure “esclusivamente per gli associati”, “attività economiche, organizzate per la produzione, la commercializzazione, l’intermediazione e la gestione di prodotti, di servizi, tra cui gli stabilimenti balneari, di infrastrutture e di esercizi, compresi quelli di somministrazione facenti parte dei sistemi turistici locali, concorrenti alla formazione dell’offerta turistica”; e M. CEOLIN, (in *Il c.d. codice del terzo settore: un’occasione mancata?*, cit., p. 17), il quale evidenzia che “il legislatore ha gradualmente, ma costantemente riconosciuto anche agli enti non societari la possibilità di esercitare attività economiche”.

Un puntuale quadro delle norme che espressamente consentono l’accesso ad attività d’impresa anche da parte di enti non societari in M. BASILE, *Le persone giuridiche*, nel *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 2° ed., 2014, p. 91 ss.

⁶ Così E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., p. 709 s.

⁷ Cfr. per tutti, in dottrina, M. BASILE, *Le persone giuridiche*, cit., pp. 9 ss e 430 ss.; G. DINACCI, nel *Commentario del codice civile Gabrielli, Delle persone* a cura di A. Barba e S. Pagliantini, Torino, 2014, pp. 100 ss. e 118 ss.; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto dell’impresa*, Torino, 7ª ed., 2013, p. 36; A. CETRA, *L’impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, p. 39 s.; E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Torino, 1999, pp. 161 ss.; G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997, p. 235 ss.; A. BARBA, *Associazione, fondazione e titolarità di impresa*, Napoli, 1996, *passim*; G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996, p. 163 ss.; R. DI RAIMO, *Le associazioni non riconosciute. Funzioni, disciplina, attività*, Napoli, 1995, p. 239 ss.; P. SPADA, voce *Impresa*, nel *Digesto comm.*, VII, Torino, 1992, pp. 50 ss.; e, in giurisprudenza, App. Venezia 20.7.2015, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 135 ss., con nota di G. CAVALLARO, *La fondazione come imprenditore commerciale e il fallimento*; Cass. 8.3.2013, n. 5836; Trib. Monza 11.6.2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 10 ss.; Trib. Napoli 19.1.2000, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 507 s.; Cass. 14.6.1994 n. 5766, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 187 ss.; App. Palermo 7.4.1989, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 61 ss., con nota di M. PERRINO, *Esercizio indiretto dell’impresa ‘scolastica’, associazione e fallimento*; Cass. 17.1.1983, n. 341, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1984, II, p. 165 ss. Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 14.10.1997, n. 11776, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 1354 (m).

In senso contrario, in dottrina, sostanzialmente ormai isolata è la posizione di C. M. BIANCA, *Diritto civile, I, La*



codice civile ben possono esercitare attività d'impresa, sia in via esclusiva o principale, sia in via accessoria e strumentale – è purtuttavia certo che non offrono spunto alcuno in senso contrario.

In secondo luogo, va rimarcato che l'affermazione di principio, inequivocabilmente deducibile da molteplici previsioni del d.lgs. n. 117/2017, secondo cui, di regola, gli ETS, pur se costituiti secondo uno degli schemi organizzativi di cui al libro I del codice civile, possono (sia in via esclusiva o principale, sia in via secondaria e strumentale) svolgere attività d'impresa è destinata ad essere non marginalmente ridimensionata di fronte alle divergenti indicazioni dallo stesso testo normativo deducibili con riferimento a talune categorie – c.d. “nominate” o “tipizzate”⁸ – di ETS, relativamente alle quali il legislatore delegato ha dettato una disciplina particolare, (tendenzialmente) destinata a prevalere su quella di carattere generale (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 117/2017; art. 1, comma 5, d.lgs. n. 112/2017).

Orbene, degli ETS “nominati”:

(α) taluni *non possono svolgere mai* attività d'impresa, né in via esclusiva o principale, né in via secondaria e strumentale: così le *società di mutuo soccorso*, destinate all’“*esclusivo svolgimento in favore dei soci e dei loro familiari conviventi*” di *attività di erogazione* di contributi, sussidi e servizi (art. 1, comma 1, l. n. 3818/1886); tant'è che la legge speciale statuisce espressamente che esse “non possono ... svolgere attività di impresa” (art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886)⁹; e così pure gli *enti filantropici* – ETS di nuovo conio – che hanno ad oggetto l’“*erogazione di denaro, beni o servizi, anche di investimento, a sostegno di categorie di persone svantaggiate o di attività di interesse generale*” (artt. 37, comma 1, d.lgs. n. 117/2017), traendo “le risorse economiche necessarie allo svolgimento della propria attività principalmente da contributi pubblici e privati, donazioni e lasciti testamentari, rendite patrimoniali ed attività di raccolta fondi” (art. 38, comma 1, d.lgs. n. 117/2017), ma – significativamente – non anche (come invece testualmente previsto con riferimento alle organizzazioni di volontariato: art. 33,

norma giuridica. I soggetti, Milano, 2° ed., 2002, pp. 344 ss., 665 ss. e 385 s., secondo cui fondazioni ed associazioni, di regola, possono esercitare attività commerciali “purché a carattere secondario”, ma non “in via esclusiva o principale”; M. CASANOVA, *Impresa ed azienda*, nel *Trattato Vassalli*, Torino, 1974, p. 165 ss.; A. PREDIERI, *Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni culturali di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1133; P. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1960, p. 108.

M. COSTANZA (in *I soggetti: gli enti non commerciali*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 90) osserva ora che “non la natura commerciale dell'attività, bensì le modalità con le quali sono utilizzati i risultati di tale attività costituisce elemento rilevante per rinvenire un soggetto giuridico che, pur operando nell'area delle attività economico-commerciali, non si qualifica come imprenditore. ... In assenza di tale finalità [*i.e.* della finalità lucrativa] vi è spazio per lo svolgimento di attività commerciali senza che il soggetto assuma pure la qualifica di imprenditore”.

⁸ Il d.lgs. n. 117/2017 parla testualmente di “categorie di enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare” (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 117/2017).

Talune di dette categorie erano già note alla precedente – frammentata – legislazione di settore (organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, imprese sociali, cooperative sociali, società di mutuo soccorso, associazioni e fondazioni); altre sono invece di nuovo conio (enti filantropici, reti associative).

⁹ In tal senso cfr. anche G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 674, nota 4.



comma 2, d.lgs. n. 117/2017) da “attività diverse” di natura imprenditoriale¹⁰;

(β) altri ETS *possono* sì svolgere attività d’impresa, ma *solo in via sussidiaria e strumentale*, non anche in via esclusiva o principale: penso, in particolare, alle *organizzazioni di volontariato*, che – se, per espressa previsione normativa, possono svolgere attività imprenditoriali in via secondaria e strumentale alla propria attività istituzionale di interesse generale (art. 33, comma 2, d.lgs. n. 117/2017) – non la possono invece esercitare in via esclusiva o principale. Infatti – se è vero che, “per l’attività di interesse generale prestata, le organizzazioni di volontariato possono ricevere *soltanto* il rimborso delle spese *effettivamente* sostenute e documentate” (art. 33, comma 3, d.lgs. n. 117/2017); se è altresì vero che, per l’esercizio della propria attività istituzionale, le stesse debbono avvalersi “*in modo prevalente* dell’attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati” (art. 33, comma 1, d.lgs. n. 117/2017); se è infine vero che “l’attività di volontariato *non* può essere *retribuita* in alcun modo”, salvo solo l’eventuale rimborso delle “spese effettivamente sostenute e documentate” (art. 17, comma 3, d.lgs. n. 117/2017) – è evidente che l’attività istituzionale delle organizzazioni di volontariato non potrà mai risultare gestita con criteri di economicità, essendo remunerabile, al più, “dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi” (art. 79, comma 3, d.lgs. n. 117/2017), tra i quali non potranno figurare quelli relativi a quel fattore della produzione che, per espressa previsione normativa, deve essere “prevalente” (art. 33, comma 1, d.lgs. n. 117/2017): cioè, l’attività dei volontari¹¹;

(γ) altri ETS ancora non solo possono, ma addirittura *debbono* esercitare attività d’impresa: penso all’*impresa sociale*, che è tale solo se esercita “una o più attività d’impresa”, per di più necessariamente “*in via stabile e principale*” (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 112/2017).

2. – Passando ora alla disciplina dal legislatore delegato del 2017 predisposta per gli ETS che esercitino attività d’impresa, un primo profilo da esaminare riguarda gli *schemi organizzativi* agli stessi *accessibili*.

In linea generale, gli ETS, a prescindere dalla circostanza che esercitino o meno attività d’impresa, possono assumere una delle forme giuridiche contemplate nel libro I del codice civile: “associazione” (non importa se riconosciuta o meno), “fondazione”, “altri enti di carattere privato diversi dalle società”¹² (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 117/2017); tra i quali ultimi vengono

¹⁰ Al riguardo, v. anche i dubbi espressi da F. GRECO, *Categorie di enti del Terzo settore*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore*, cit., p. 287.

¹¹ Lamenta il mancato chiarimento, da parte del legislatore, in ordine alla questione “se nel calcolo di detti costi [*i.e.*, dei ‘costi effettivi’ dall’ETS sostenuti per l’esercizio della propria attività] debbano essere ricomprese le prestazioni di servizi svolte (gratuitamente) dai volontari” G. GIRELLI, *Il regime fiscale del Terzo settore* in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore*, cit., p. 399.

¹² M. CEOLIN (in *Il c.d. codice del terzo settore: un’occasione mancata?*, cit., p. 12) segnala che il richiamo testuale – operato dall’art. 4, comma 1, d.lgs. n. 117/2017 – anche agli “altri enti di carattere privato diversi dalle società” si prospetta come “una formula aperta che lascia spazio anche ad altre figure tipologiche, oggi non conosciute, ma



espressamente menzionati gli “enti religiosi civilmente riconosciuti” (artt. 4, comma 3, 12, comma 2, 15, comma 4, 26, comma 5, 29, comma 3, e 89, comma 3, d. lg. n. 117/2017; art. 1, comma 3, d.lgs. n. 112/2017) e le fondazioni “il cui statuto prevede la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominati” (artt. 23, comma 4, e 24, comma 6, d.lgs. n. 117/2017), più note, nella prassi, come “fondazioni di partecipazione”. La dottrina si interroga sul significato dell’omessa menzione, fra le forme giuridiche espressamente dichiarate accessibili agli ETS, dei comitati¹³.

Ora – se questa è la regola generale¹⁴ – tutt’altro che trascurabili sono le eccezioni ad essa apportate dallo stesso legislatore delegato con riferimento a non pochi degli ETS “nominati”.

Così:

(i) le *associazioni di promozione sociale* e le *reti associative* (quand’anche dovessero esercitare attività d’impresa, non importa se in via esclusiva o principale, ovvero in via accessoria e strumentale), al pari delle *associazioni di volontariato* (cui l’attività d’impresa è, come detto, consentita solo in via accessoria e strumentale rispetto alla propria attività istituzionale di interesse generale) non possono assumere altra veste giuridica che quella dell’*associazione*, non importa se riconosciuta o meno;

(ii) le *imprese sociali* – in considerazione del fatto che le stesse *devono* indefettibilmente esercitare attività d’impresa “in via stabile e principale” e proprio attraverso di essa perseguire “finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale” (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 112/2017) – possono invece adottare, in alternativa rispetto agli schemi organizzativi delineati nel libro I, anche le “forme di cui al libro V del codice civile” (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 112/2017): cioè, uno dei tipi di *società lucrativa* o *mutualistica* previsti dallo stesso codice;

(iii) le *cooperative sociali* – seppure siano da qualificare, per espressa previsione normativa, come “imprese sociali” (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 112/2017) e, di conseguenza, come “enti del Terzo settore” (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 117/2017) – possono invece assumere *solo ed esclusivamente* la veste giuridica della *società cooperativa*; tant’è che la legislazione speciale non

che potrebbero emergere successivamente dai vari formanti”; ed aggiunge (*ivi*, nota 42) che “l’esclusione *a priori* della forma strutturale della società è probabilmente frutto dell’atavica idea per cui la struttura societaria è di regola inidonea a perseguire fini solidaristici, essendo essa per natura deputata al conseguimento del lucro soggettivo”.

¹³ Cfr. le divergenti posizioni espresse da M.V. DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo delle riforme*, cit., p. 142, la quale sottolinea che “la disciplina esclude implicitamente la possibilità che i comitati divengano ETS, l’oblio della figura è plausibilmente motivato dalla peculiarità dell’istituto”; e da E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., p. 715, secondo cui “non mancano ... indici tendenti ad indirizzare nel senso di reputare consentita l’inclusione anche dei comitati tra gli enti che possano aspirare ad accedere allo statuto proprio di quelli del Terzo settore”.

Sul tema cfr. anche D. POLETTI, *Costituzione e forme organizzative*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore*, cit., pp. 206 s.

¹⁴ G. MARASÀ (in *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit.) giustamente evidenzia che la qualifica di ETS “non è accessibile in caso di esercizio di impresa ‘individuale’, cioè di attività imputabile alla singola persona fisica” (p. 685); e ricorda che l’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 112/2017 contempla espressamente “l’esclusione dall’accesso alla qualifica di impresa sociale per le società costituite da un unico socio *persona fisica*” (*ivi*, nota 25).



manca di chiarire testualmente che, se compatibili, “si applicano alle cooperative sociali ... le norme relative al settore in cui le cooperative stesse operano” (art. 1, comma 2, l. n. 381/1991); ed il d.lgs. n. 112/2017 ribadisce che alle cooperative sociali “le disposizioni del presente decreto si applicano nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili” (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 112/2017); con la conseguenza che – diversamente da quanto accade con riferimento alle altre imprese sociali, alle quali la disciplina propria della veste giuridica adottata “cede” di fronte a quella dettata dal d.lgs. n. 112/2017 (art. 1, comma 5, d.lgs. n. 112/2017) – con riferimento invece alle cooperative sociali sarà la disciplina dettata dal d.lgs. n. 112/2017 a “cedere” di fronte a quella della veste cooperativa concretamente assunta dall’ente¹⁵.

Un’ultima notazione: ad ulteriore conferma, se mai ve ne fosse bisogno, della tendenziale progressiva “neutralità” degli schemi organizzativi dal codice civile previsti per gli enti di diritto privato¹⁶, milita il fatto che a quella particolare categoria “nominata” di ETS costituita dalle *società di mutuo soccorso* – che, come si è ricordato, per espressa previsione normativa non “possono svolgere attività di impresa” (art. 2, comma 2, l. n. 3818/1886) – è accessibile *solo* la forma giuridica dalla *società lucrativa di capitali*¹⁷.

Un punto ancora merita di essere evidenziato: quello della rilevanza tutto sommato marginale – ai fini dell’accesso alla qualifica di ETS (e, conseguentemente, alla possibilità di esercitare attività d’impresa per “finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale”); e così pure, in buona sostanza, ai fini della relativa disciplina – dell’acquisto della personalità giuridica e, con essa, dell’autonomia patrimoniale perfetta (art. 22, comma 7, d.lgs. n. 117/2017)¹⁸.

È ben vero che, per il conseguimento (e la conservazione) della personalità giuridica è ora necessario, quanto agli ETS che assumano la veste di associazione riconosciuta o di fondazione, un “patrimonio minimo” (artt. 21, comma 1, e 22, commi 4 e 5, d.lgs. n. 117/2017); non è men vero tuttavia che – seppure con l’eccezione costituita dalla *cooperativa sociale*, che deve necessariamente rivestire la forma giuridica della cooperativa e, quindi, della società di capitali a responsabilità limitata (artt. 2518 e 2519 cod. civ.)¹⁹ – a tutti gli altri ETS che svolgano attività di

¹⁵ In tal senso anche G. MARASÀ in *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 687 ss.

¹⁶ Anche M. TAMPONI (in *Introduzione*, cit., p. 11) evidenzia come il legislatore delegato del 2017 abbia portato un ulteriore contributo “alla progressiva affermazione della fungibilità funzionale fra figure associative del libro primo e quinto del codice civile”, così contribuendo alla “marcia di avvicinamento disciplinare *profit* e *non-profit*” già da tempo in atto.

¹⁷ Cfr. G. MARASÀ in *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 674, nota 4.

¹⁸ Per un’analoga osservazione cfr. M. TAMPONI, *Introduzione*, cit., p. 12; E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., p. 710, il quale parla di “progressiva svalutazione dell’attribuzione, col riconoscimento, della personalità giuridica. La qualità di ‘ente del Terzo settore’ risulta ormai, in via generale, del tutto svincolata dal conseguimento della personalità giuridica, anche gli enti non riconosciuti essendo ammessi ad operare come tali, ove si adeguino alle prescrizioni dettate nel nuovo codice (e, in particolare, del suo titolo IV), non a caso indifferenziate riferite agli enti riconosciuti ed a quelli privi di riconoscimento”; e M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore: un’occasione mancata?*, cit., p. 26.

¹⁹ Peraltro, tra gli ETS cui è invece preclusa l’attività d’impresa non possono optare per una veste che non com-



impresa è comunque offerta l'alternativa fra una veste giuridica che importi l'acquisto della personalità (ad es., quella della fondazione o dell'associazione riconosciuta; e, per l'impresa sociale, quella della società di capitali) ed una veste giuridica che tale acquisto invece non importi (ad es., quella dell'associazione non riconosciuta; e, per l'impresa sociale, quella della società di persone).

Quanto poi alla disciplina – se è vero che *solo* “gli enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica ... possono costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare ai sensi e per gli effetti degli articoli 2427-*bis* e seguenti del codice civile” (art. 10 d.lgs. n. 117/2017) – non è men vero tuttavia che, per il resto, è sostanzialmente indifferente che l'ente abbia o meno optato per l'ottenimento della personalità giuridica²⁰.

Il che – se, da un lato, si traduce in un non marginale avvicinamento disciplinare fra enti del libro I che, a prescindere dal fatto che acquistino o meno personalità giuridica, assumano però la veste di ETS – da altro lato, si risolve in una accentuata differenziazione di regime fra enti del libro I che assumano la veste di ETS ed enti del libro I che tale veste invece non possano assumere o, comunque, non assumano in concreto.

3. – Venendo ora ai *settori d'attività* in cui gli ETS sono ammessi ad operare imprenditorialmente, occorre innanzitutto distinguere fra due diverse ipotesi: (i) quella in cui l'attività d'impresa venga dall'ETS svolta *in via esclusiva o principale*, così realizzando direttamente, attraverso il suo esercizio, le proprie finalità istituzionali di interesse generale, e (ii) quella in cui detta attività venga invece svolta *in via accessoria e strumentale* rispetto a quella principale, che realizza essa le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite dall'ente.

Orbene, con riferimento alla prima ipotesi, viene subito da osservare che i settori d'attività, in cui gli ETS possono operare, anche con metodo imprenditoriale (in via esclusiva o principale), sono *solo* quelli *tassativamente* indicati dallo stesso legislatore attraverso l'ampia elenca-

porti l'acquisizione della personalità giuridica né gli enti filantropici, che devono necessariamente assumere la veste dell'associazione riconosciuta o della fondazione (art. 37, comma 1, d.lgs. n. 117/2017), né le società di mutuo soccorso, che devono necessariamente assumere quella della società di capitali (art. 4 l. n. 3818/1886).

Al riguardo, cfr. F. GRECO, *Categorie di enti del terzo settore*, cit., p. 285, il quale, relativamente agli enti filantropici, evidenzia come “la loro costituzione possa avvenire solo nelle forme della fondazione e dell'associazione riconosciuta”: con ciò – rileva l'A. – “il legislatore mostra un interesse per il riconoscimento giuridico dell'ente, in netta controtendenza rispetto alla generalizzata marginalizzazione della personalità giuridica rispetto alla rilevanza riconosciuta alla soggettività dell'ente”.

²⁰ Cfr. E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., p. 713, il quale sottolinea che “nella disciplina degli enti del Terzo settore tende ad attenuarsi ulteriormente il peso dell'attributo della personalità giuridica. In effetti, nel prescindere l'iscrizione nel relativo registro unico da tale qualità, le valutazioni da operare in vista dell'iscrizione stessa, quale requisito formale richiesto dall'art. 4 per conseguire l'eventualmente ambita corrispondente qualifica, concernono condizioni di non lieve momento, indifferenziatamente previste per qualsiasi ente, appunto, riconosciuto o meno (anche relativamente a quanto specificamente stabilito per le principali categorie tipizzate): tanto che lo stesso legislatore delegato ha avvertito l'esigenza, nel comma 7° dell'art. 22, di chiarire, una volta per tutte, l'essere unico privilegio legato al conseguimento della personalità giuridica quello dell'autonomia patrimoniale perfetta”.



zione – ventisei settori diversi! – fattane all’art. 5, comma 1, d.lgs. n. 117/2017. Si tratta, peraltro, di un’elencazione “aperta”: nel senso che la stessa può essere “aggiornata” (ed integrata) in qualsiasi momento, semplicemente con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 117/2017).

La seconda osservazione è che i settori in cui può svolgere la propria attività (necessariamente imprenditoriale) l’impresa sociale – settori tassativamente elencati all’art. 2, comma 1, d.lgs. n. 112/2017 – non coincidono, se non parzialmente, con quelli accessibili, di massima, agli altri ETS: e ciò, sia per difetto che per eccesso.

Ne rimangono infatti esclusi quelli di cui alle lett. da *u*) ad *y*) del 1° comma dell’art. 5 d.lgs. n. 117/2017 (beneficenza, sostegno a distanza, cessione gratuita di alimenti, ovvero; erogazione di denaro, beni o servizi a sostegno di persone svantaggiate o di attività di interesse generale; promozione della cultura della legalità, della pace tra i popoli, della non violenza e della difesa non armata; promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e politici, nonché dei diritti dei consumatori e degli utenti di attività di interesse generale, ecc.; cura di procedure di adozione internazionale; protezione civile): e ciò – si può immaginare – per il fatto che tali attività di interesse generale difficilmente possono svolgersi in forma imprenditoriale²¹, l’unica invece praticabile dall’impresa sociale.

Di contro, all’impresa sociale è accessibile un settore d’attività precluso, invece, agli altri ETS: quello del c.d. “microcredito” (art. 8, comma 1 lett. *s*, d.lgs. n. 112/2017).

Ora – poiché l’attività di erogazione del microcredito (= di concessione, cioè, di “finanziamenti a persone fisiche o società di persone o società a responsabilità limitata semplificata ... o associazioni o società cooperative, per l’avvio o l’esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa”, ovvero “a favore di persone fisiche in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale”: così l’art. 111, commi 1 e 3, T.U.B.) è accessibile solo ad enti che rivestano la “forma di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperative” (art. 111, comma 2 lett. *a*, T.U.B.) – parrebbe di dover concludere che, per svolgere attività imprenditoriale nel settore del microcredito, anche l’impresa sociale debba adottare la forma giuridica della società di capitali, lucrativa o mutualistica che sia (oltre che rispondere agli altri requisiti richiesti dalla legge di settore: art. 111 T.U.B.).

Ancora: all’impresa sociale è consentito, “*indipendentemente dal suo oggetto*”, l’esercizio di attività d’impresa nelle quali sia occupata almeno una percentuale minima di “lavoratori molto svantaggiati”, di “persone svantaggiate o con disabilità”, di “persone beneficiarie di protezione internazionale”, di “persone senza fissa dimora”, che “versino in una condizione di povertà tale da non poter reperire e mantenere un’abitazione autonoma” (art. 2, comma 4, d.lgs. n. 112/2017).

La terza osservazione è che particolari limitazioni sono poi previste, quanto ai settori in cui possono svolgere (anche in forma imprenditoriale) la propria attività istituzionale di interesse

²¹ In tal senso anche G. MARASÀ in *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 673.



generale, per talune altre categorie “tipizzate” di ETS: così, ad es., le *cooperative sociali* possono svolgere *solo* le attività indicate all’art. 1, comma 1 lett. a) e b), l. n. 381/1991²²; le *reti associative* possono svolgere *solo* le attività indicate all’art. 41, commi 1 lett. b) e 3 lett. a) e b), d.lgs. n. 117/2017²³; ecc.

Tale ultima considerazione offre il destro per osservare che previsioni particolari sono talora dettate in ordine alle *modalità* con cui talune categorie “tipizzate” di ETS debbono svolgere – anche se esercitata in forma imprenditoriale – la propria attività istituzionale di interesse generale: così, ad es., le *associazioni di promozione sociale* debbono avvalersi, nello svolgimento di detta attività, “in modo prevalente dell’attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati” (art. 35, comma 1, d.lgs. n. 117/2017), con correlate limitazioni alla possibilità di assunzione di lavoratori dipendenti ovvero di far ricorso a prestazioni di lavoro autonomo o di altra natura (art. 36 d.lgs. n. 117/2017); ecc.

Quanto fin qui evidenziato vale – come si è avvertito – con riferimento all’attività d’impresa che gli ETS abbiano a svolgere in via esclusiva o principale.

Per quanto riguarda invece le attività d’impresa che gli ETS possono svolgere – ove consentito – *in via accessoria e strumentale* rispetto a quella istituzionale, scarse e poco incisive sono le indicazioni provenienti dal legislatore delegato.

Relativamente alla sola *impresa sociale*, quest’ultimo precisa che l’attività, eventualmente svolta in via accessoria, non deve generare ricavi che raggiungano il 30% dei ricavi complessivi dell’impresa sociale, “secondo criteri di computo [che verranno] definiti con decreto del Ministro dello sviluppo economico” (art. 2, comma 3, d.lgs. n. 112/2017).

Per gli altri ETS, il carattere secondario e strumentale, rispetto all’attività principale di interesse generale, di un’“attività diversa” è invece previsto venga valutato sulla base di “criteri e limiti [che verranno] definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, ... tenendo conto dell’insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate in tali attività in rapporto all’insieme delle risorse, anche volontarie e gratuite, impiegate nelle attività di interesse generale” (art. 6 d.lgs. n. 117/2017).

4. – Venendo ora al profilo qualificante degli ETS, la regola generale dettata dal legislatore delegato del 2017 è che i relativi statuti – anche laddove legittimamente prevedano o consentano l’esercizio di un’attività imprenditoriale e, conseguentemente, non escludano la perseguibilità

²² “Gestione di servizi socio-sanitari ed educativi”; “attività diverse – agricole, industriali, commerciali o di servizi – finalizzate all’inserimento lavorativo di persone svantaggiate”.

²³ “Attività di coordinamento, tutela, rappresentanza, promozione o supporto degli enti del Terzo settore ... e delle loro attività di interesse generale, anche allo scopo di promuoverne e di accrescerne la rappresentatività presso i soggetti istituzionali”; “monitoraggio dell’attività degli enti ad esse associati, eventualmente anche con riguardo al suo impatto sociale, e predisposizione di una relazione annuale al Consiglio nazionale del Terzo settore”; “promozione e sviluppo delle attività di controllo, anche sotto forma di autocontrollo e di assistenza tecnica nei confronti degli enti associati”.



del c.d. “lucro oggettivo” – non possono tuttavia ammettere il c.d. “*lucro soggettivo*”: “il patrimonio degli enti del Terzo settore – enuncia solennemente il d.lgs. n. 117/2017 – comprensivo di eventuali ricavi, rendite, proventi, entrate comunque denominate è utilizzato per lo svolgimento dell’attività statutaria ai fini dell’*esclusivo* perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale” (art. 8, comma 1, d.lgs. n. 117/2017)²⁴.

L’esclusione del c.d. lucro soggettivo è poi esplicitamente riaffermata: (i) sia con riferimento ad *ogni fase della vita dell’ente* (“è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali”: così l’art. 8, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, che – al successivo comma 3 – elenca cinque articolate ipotesi in cui deve “in ogni caso” ravvisarsi “distribuzione indiretta di utili”, pur senza escludere che altre possano in concreto verificarsi²⁵; cfr. anche, relativamente all’impresa sociale, l’art. 3, comma 2, d.lgs. n. 112/2017)²⁶; (ii) sia con riferimento all’eventuale *scioglimento individuale del rapporto associativo* (“è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili e avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate ... nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo”: così l’art. 8, comma 2, d.lgs. n. 117/2017; cfr. anche, relativamente all’impresa sociale, l’art. 3, comma 2, d.lgs. n. 112/2017); (iii) sia con riferimento all’ipotesi di *estinzione o scioglimento dell’ente* (“in caso di estinzione o scioglimento, il patrimonio residuo è devoluto ... ad altri enti del Terzo settore secondo le disposizioni statuarie o dell’organo sociale competente o, in mancanza, alla Fondazione Italia Sociale”: così l’art. 9 d.lgs. n. 117/2017).

Il cerchio si chiude con la previsione, in forza della quale – nell’ipotesi in cui, anziché sciogliersi o comunque estinguersi, l’ente intenda continuare la propria attività, seppur dismettendo la qualifica di ETS, cancellandosi dal relativo registro unico – lo stesso deve devolvere il proprio patrimonio ad altro ETS ovvero alla “Fondazione Italia Sociale” (istituita dalla legge delega n. 106/2016 ed il cui statuto è stato approvato con DPR 28.7.2017) – seppur “limitatamente all’incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l’ente è stato iscritto nel registro unico nazionale” (art. 50, comma 2, d.lgs. n. 117/2017)²⁷.

²⁴ Sul punto ampiamente R. DI RAIMO, *Destinazione e disciplina del patrimonio*, in M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore*, cit., pp. 81 ss.

²⁵ In tal senso cfr. anche M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore: un’occasione mancata?*, cit., p. 21.

²⁶ Resta da chiedersi – s’interroga M. CEOLIN, *Il c.d. codice del terzo settore: un’occasione mancata?*, cit., p. 21 s. – “quale sia la sorte di un atto che concretizzi uno sviamento da tali finalità. Si tratta in fondo della questione, ben nota in campo societario, degli atti *ultra vires*, cioè di quelli posti in essere dagli amministratori oltre ed al di là dell’oggetto sociale” (*ivi*, p. 21): “nel disposto dell’art. 8 nulla è previsto sul punto” (*ivi*, p. 21). “Argomentando a contrario dalla previsione della nullità espressamente prevista solo per l’ipotesi di cui all’art. 9, sembra da escludere – rileva l’A. – la nullità degli atti patrimoniali posti in essere per finalità estranee da quelle di cui all’art. 8, comma 1, cod.; l’atto posto in essere in violazione delle finalità di interesse generale sarà quindi valido ed efficace, il che non significa ovviamente che non vi siano conseguenze” (*ivi*, p. 22); in particolare, “l’ente che non utilizzerà i proventi e le utilità per le finalità sue tipiche, sviando quindi dal perseguimento di scopi di interesse generale, incorrerà nella sanzione consistente nella fuoriuscita dal regime privilegiato garantito dal Codice” (*ivi*, p. 22).

²⁷ Cfr. G. MARASÀ in *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 677, nota 10.



Peraltro, il divieto di lucro soggettivo – se dal codice del terzo settore riaffermato, in continuità con il passato, in linea generale – è invece *derogabile*, in forte discontinuità rispetto al passato, con riferimento a quel particolare ETS rappresentato dall'*impresa sociale*; meglio: con riferimento all'impresa sociale costituita nella forma giuridica della *società*, non importa se lucrativa o mutualistica.

È infatti espressamente consentito che il relativo statuto preveda:

(a) nell'ipotesi in cui l'impresa sociale assuma la veste giuridica della *società lucrativa*, che “una quota inferiore al cinquanta per cento degli utili e degli avanzi di gestione annuali, dedotte eventuali perdite maturate negli esercizi precedenti” possa essere destinata “alla distribuzione ... di dividendi ai soci”, seppur “in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato” (art. 3, comma 3, lett. a, d.lgs. n. 112/2017); limite, quest'ultimo, analogo a quello dall'art. 2514, comma 1 lett. a, cod. civ. fissato relativamente agli utili distribuibili ai soci delle società cooperative c.d. “a mutualità prevalente”;

(b) nell'ipotesi in cui l'impresa sociale assuma invece la veste giuridica della *società cooperativa*, che si possa procedere alla “ripartizione ai soci di ristorni ... effettuata ai sensi dell'art. 2545-*sexies*” cod. civ., sempre “che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica” (art. 3, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 112/2017).

In ipotesi di *estinzione o scioglimento* della società operante quale impresa sociale – così come in ipotesi di “perdita volontaria della qualifica di impresa sociale” – “è ammesso il rimborso al socio del capitale effettivamente versato ed eventualmente rivalutato o aumentato” “in misura comunque non superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato” (art. 3, commi 2 e 3 lett. a, d.lgs. n. 112/2017). Il patrimonio residuo “è devoluto ... ad altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi di cui all'art. 16, comma 1”, d.lgs. n. 112/2017 (art. 12, comma 5, d.lgs. n. 112/2017).

In sintesi – se nell'impresa sociale costituita in una delle forme giuridiche contemplate nel libro I del codice civile è consentito il “lucro oggettivo”, ma non anche quello “soggettivo” – nell'impresa sociale costituita, invece, sotto forma di società è invece possibile prevedere statutariamente che al socio competano, oltre che il rimborso del capitale effettivamente versato, “eventualmente rivalutato”, anche, seppure nei limiti di legge, gli utili derivanti dall'esercizio dell'attività imprenditoriale di interesse generale che ne costituisce l'oggetto “stabile e principale”.

Il che equivale a dire che, relativamente all'impresa sociale/società che si avvalga di tale ultima opportunità, le “finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale” che la connotano *perdono il carattere dell'esclusività*: ad esse si affiancano infatti – a dispetto della rubrica dell'art. 3 d.lgs. n. 112/2017, che continua ad evocare (impropriamente) l'“assenza di scopo di lucro” – finalità di tipo per così dire egoistico (lucrativa o mutualistica che siano)²⁸.

²⁸ Sul punto cfr. anche G. MARASÀ in *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 677 ss.



Sul piano operativo, occorrerà verificare se siffatta possibilità novellamente offerta agli interessati sia sufficiente a rendere attrattivo, per l'esercizio di un'attività imprenditoriale di interesse generale, lo strumento dell'impresa sociale in forma societaria: strumento cui fin qui aveva arriso un successo alquanto limitato²⁹.

Sul piano teorico-sistematico, occorrerà invece riflettere sul fatto che il tentativo di coniugare "finalità egoistiche" e "finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale" non costituisce ormai più, nel nostro ordinamento, una novità.

Il pensiero corre non tanto alle "*start up* innovative" c.d. "a vocazione sociale", che – in forma di società di capitali (non importa se lucrativa o mutualistica) – sono destinate a svolgere attività imprenditoriale proprio e solo in quei medesimi settori di interesse sociale, in cui erano originariamente destinate ad operare anche le imprese sociali (art. 25, comma 4, d.l. n. 179/2012). La *start-up* innovativa "a vocazione sociale" è, infatti, caratterizzata *esclusivamente* dal fatto di essere attiva in settori normativamente qualificati come "di utilità sociale" (art. 2 d.lgs. n. 155/2006), ma non anche dal fatto di non avere scopo egoistico o non esclusivamente egoistico. È ben vero che è normativamente previsto che la *start-up* innovativa (non importa se "a vocazione sociale" o meno) non possa distribuire utili (art. 25, comma 2 lett. e, d.l. n. 179/2012); non è men vero tuttavia che tale vincolo ha durata di "cinque anni dalla data di costituzione" dalla società stessa (art. 31, comma 4, d. l. n. 179/2012), decorsi i quali i soci riacquistano la possibilità di distribuirsi, senza più alcun vincolo, gli utili conseguiti, compresi quelli eventualmente maturati negli esercizi precedenti (e non distribuiti perché al momento non distribuibili): in altri termini, lo scopo della *start-up* innovativa (non importa se "a vocazione sociale" o meno) è *sempre e solo* egoistico, fermo solo il fatto che la sua realizzazione non può avvenire prima che sia scaduto il quinquennio dalla sua costituzione³⁰.

Penso piuttosto alla c.d. "società *benefit*", in cui il tradizionale scopo lucrativo di dividere fra i soci gli utili derivanti dall'esercizio di un'attività imprenditoriale deve *coesistere* con "una o più finalità di beneficio comune" (art. 1, comma 376, l. n. 208/2015: c.d. "legge di stabilità 2016"); con la conseguenza che, nella sua gestione, occorrerà "*bilanciare* l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi" di – come si esprime il comma 376 dell'art. 1 l. n. 208/2015 – "persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interessi" (art. 1, comma 380, l. n. 208/2015).

Non a caso, con riferimento alla società *benefit*, si è parlato di "nuovo modello funzionale ibrido, caratterizzato da uno scopo plurimo, di lucro e di beneficio comune"³¹; di "soluzione intermedia tra il modello *for-profit*, del quale condivide gli obiettivi di economicità ed efficienza, e il mo-

²⁹ "Il precedente decreto sull'impresa sociale – nota M.V. DE GIORGI, *Terzo settore. Il tempo delle riforme*, cit., p. 145 – è stato un deludente insuccesso".

Cfr. anche *infra*, nota 45.

³⁰ Cfr. G. MARASÀ in *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 679 s.

³¹ Così L. VENUTRA, *Benefit corporation e circolazione dei modelli: le "società benefit", un trapianto necessario?*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 1157.



dello *not for-profit*, del quale fa proprio il perseguimento di una utilità pubblica, intesa come produzione di effetti positivi o riduzione di effetti negativi sulla società civile in senso lato”³²; di una “progressiva ibridazione dei modelli in cui si appanna la destinazione tra *for-profit* e *non-profit* e si introducono «*new hybrid forms of business organisation*», caratterizzate dal perseguimento, accanto allo scopo di lucro, di obiettivi sociali, con inevitabile compressione delle finalità del massimo profitto”³³; di “società ... che, rompendo la dicotomia tra impresa *for-profit* e *non-profit*, si colloca in mezzo alle due realtà contrapposte fondendo gli scopi sociali delle imprese del terzo settore con quelli di profitto propri delle imprese commerciali, caratterizzati da una causa mista (o ibrida)”³⁴.

Significativa, al riguardo, la circostanza che autorevole dottrina abbia ritenuto di sottolineare come proprio il legislatore delegato del 2017 abbia “portato a compimento quel ... processo che viene diffusamente definito in termini di «ibridazione» tra gli enti del libro primo e quelli del libro quinto, con un percorso bilaterale di convergenza degli enti *non profit* e di quelli *for profit* in vista della realizzazione di finalità di utilità sociale (nella direzione della responsabilizzazione sociale dell’impresa, del resto, operando anche la normativa in tema di società *benefit*)”³⁵.

5. – Presupposto per l’acquisizione della qualifica di ETS è, di regola, l’iscrizione nel “registro unico nazionale del terzo settore” (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 177/2017); iscrizione che costituisce condizione necessaria non solo per l’accesso alle agevolazioni previste per tale tipologia di enti, ma anche – quanto agli enti costituiti in forma di associazione o fondazione – per l’(eventuale) acquisto della personalità giuridica (art. 22, comma 1, d.lgs. n. 117/2017).

Se poi l’ente esercita “la propria attività *esclusivamente* o *principalmente* in forma di impresa commerciale”, obbligatoria è altresì l’iscrizione nel registro delle imprese (art. 11, comma 2, d.lgs. n. 117/2017).

Tale ultimo obbligo non riguarda, quindi, gli ETS che svolgano attività d’impresa *in via secondaria e strumentale* rispetto a quella istituzionale di interesse generale: e ciò, in deroga alla regola generale che – oggi – estende l’obbligo pubblicitario dell’iscrizione nel registro delle imprese a *tutti indistintamente* gli imprenditori, a prescindere dalla circostanza che essi esercitino tale attività in via esclusiva o meno, in via principale o meno.

³² Così D. LENZI, *Le società benefit*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 899.

Analogamente, sempre con riferimento alla società *benefit*, P. GUIDA (*Il modello “società benefit”: analisi strutturale e applicazioni al Terzo settore*, in FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO, *La riforma del c.d. Terzo settore e l’imposizione fiscale delle liberalità indirette*, cit., p. 19) parla di “fattispecie intermedia tra il modello societario *for profit*, dal quale si ricavano gli obiettivi di economicità ed efficienza che devono necessariamente ispirare l’attività, e il modello *not for profit*, del quale si fa proprio il perseguimento della pubblica utilità”.

³³ Così S. CORSO, *Le società benefit nell’ordinamento italiano: una nuova “qualifica” tra profit e nonprofit*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 997.

³⁴ Così G. RIOLFO, *Le società “benefit” in Italia: prime riflessioni su una recente innovazione legislativa (prima parte)*, in *Studium iuris*, 2016, p. 722.

³⁵ Così E. QUADRI, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, cit., p. 711.



Peraltro, la soluzione accolta dal d.lgs. n. 117/2017 coincide, in buona sostanza, con quella già affermata – sulla scia di una nota ed autorevole opinione dottrinale³⁶ – in giurisprudenza³⁷ con riferimento, in generale, agli enti del libro I del codice civile (e suggerita, sempre con riferimento agli enti del libro I in generale, anche dall’art. 3, comma 1 lett. *d*, della legge delega n. 106/2016).

Se l’obbligo di iscrizione nel registro delle imprese riguarda *solo* gli ETS che esercitino attività di impresa in via esclusiva o principale, ci si interroga se essa valga almeno per *tutti* tali enti.

Invero, l’art. 11, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 impone l’obbligo in discussione non già a tutti “gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa”, bensì – testualmente – ai *soli* “gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa *commerciale*”.

Viene quindi da chiedersi se – in deroga alla regola generale che estende ormai l’obbligo pubblicitario di iscrizione nel registro delle imprese a tutti indistintamente gli imprenditori, a prescindere dalla circostanza che essi esercitino attività commerciale o non commerciale – da tale obbligo siano esentati gli ETS che, in via esclusiva o principale, svolgano imprenditorialmente attività *non commerciale* (operando, ad es., nel settore dell’“agricoltura sociale”, considerata “quale attività di interesse generale” dall’art. 5, comma 1 lett. *s*, d.lgs. n. 117/2017).

All’interrogativo sembra fornire risposta l’art. 79, comma 1, d.lgs. n. 117/2017, secondo cui “le attività di interesse generale di cui all’articolo 5 ... si considerano *di natura non commerciale* quando sono svolte a titolo gratuito o dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi”.

Parrebbe, dunque, che “di natura commerciale” debbano considerarsi – a prescindere dalla loro natura commerciale o non commerciale, secondo la tradizionale distinzione codicistica – *tutte e solo* quelle attività che siano idonee a produrre ricavi; con esclusione quindi non solo di quelle (non imprenditoriali) di erogazione di beni o servizi, ma anche di quelle che, pur svolte con criteri di economicità (cioè, di mera copertura dei costi con i ricavi), non siano purtuttavia idonee a realizzare un lucro oggettivo (praticando “corrispettivi che non superano i costi effettivi”)³⁸.

In sintesi: all’obbligo di iscrizione al registro delle imprese si sottraggono non solo quegli ETS che svolgono attività d’impresa in via secondaria e strumentale, ma anche quelli che, pur svolgendola in via esclusiva o principale, vedano normativamente o statutariamente preclusa la possibilità che i corrispettivi praticati possano superare i costi effettivi.

Non peregrine, di fronte ad un siffatto quadro normativo, le perplessità di chi ricorda che “l’iscrizione nel registro delle imprese è un adempimento pubblicitario imposto a tutela degli

³⁶ Il riferimento è soprattutto a F. GALGANO (*Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2° ed., 1976, pp. 96 ss.; e, da ultimo, *Delle persone giuridiche*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2° ed., 2006, pp. 234 ss).

³⁷ Cfr. Cass. 9.11.1979, n. 5770, in *Giust. civ.*, 1980, I, pp. 2255 ss.; Cass. 18.9.1993, n. 9589, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, pp. 309 ss.

³⁸ Cfr. G. MARASÀ in *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., pp. 694 ss.



interessi dei creditori e, più in generale, dei terzi, cioè del «mercato», a conoscere i dati essenziali di tutti i soggetti che in esso operano”: interessi per nulla incisi dal fatto che un’attività d’impresa venga esercitata – non importa se in via esclusiva o principale, ovvero in via secondaria e strumentale; non importa se volta o meno al perseguimento di un lucro oggettivo – da un ente che svolga, senza finalità di lucro soggettivo, (anche o solo) un’attività di interesse generale, in considerazione della quale è peraltro già destinatario “di una disciplina premiale sotto il profilo fiscale”³⁹.

Diversa, ancora una volta, è la disciplina dal legislatore delegato del 2017 dettata per l’*impresa sociale*, con riferimento alla quale è previsto *solo* l’obbligo del deposito dell’atto costitutivo “presso l’ufficio del registro delle imprese ... per l’iscrizione in apposita sezione” (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 112/2017), che “soddisfa il requisito dell’iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore” (art. 11, comma 3, d.lgs. n. 117/2017).

Quindi – mentre gli altri ETS che svolgano attività d’impresa in via esclusiva o principale sono, di regola, assoggettati a *due distinti adempimenti pubblicitari*: l’iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore e, seppure con le precisazioni appena ricordate, l’iscrizione nel registro delle imprese – le imprese sociali, che svolgono sempre “in via stabile e principale una o più attività d’impresa” (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 112/2017), sono invece assoggettate ad *un solo adempimento pubblicitario*: l’iscrizione nel registro delle imprese, che *ex lege* “soddisfa il requisito dell’iscrizione nel registro unico nazionale del terzo settore” (art. 11, comma 3, d.lgs. n. 117/2017).

Ci si interroga se analoga disciplina valga anche per le *cooperative sociali* ed i *loro consorzi*, per i quali la legge prevede che “acquisiscono *di diritto* la qualifica di imprese sociali” (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 112/2017).

Del tutto anomalo, infine, appare il regime delineato per le *società di mutuo soccorso* che, seppure non possano svolgere attività d’impresa (né in via esclusiva o principale, né in via secondaria e strumentale: art. 2, comma 2, l. n. 3818/ 1886), sono purtuttavia assoggettate – oltre che, al pari degli altri ETS, all’iscrizione nel relativo registro unico nazionale (*ex art.* 11, comma 1, d.lgs. n. 117/2017) – anche all’iscrizione nel registro delle imprese (*ex art.* 4 l. n. 3818/1886), salvo che abbiano “un versamento annuo di contributi associativi non superiore a 50.000 euro e che non gestiscano fondi sanitari integrativi” (art. 44, comma 2, d.lgs. n. 117/2017)⁴⁰.

6. – Come anticipato in apertura, di fronte al silenzio serbato dal codice civile dottrina e giurisprudenza, nei tempi più recenti, si sono interrogate non tanto se gli enti del libro I possano svolgere attività d’impresa – domanda cui si è quasi universalmente fornita risposta positiva⁴¹ –

³⁹ Così G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 697.

⁴⁰ G. MARASÀ in *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 691 s., nota 44.

⁴¹ Cfr. le indicazioni fornite *supra*, nota 7.

JUS CIVILE



quanto piuttosto se, ed in che misura, agli enti del libro I che svolgano attività d'impresa trovino applicazione le previsioni che integrano quello che si suole denominare “statuto dell'imprenditore” e, laddove l'attività imprenditoriale sia commerciale, anche quelle che vengono a comporre il c.d. “statuto dell'imprenditore commerciale”.

Ora – se il silenzio codicistico non viene per nulla turbato dal d.lgs. n. 117/2017 quanto agli enti del libro I del codice civile che non assumano la qualifica di ETS – non altrettanto può dirsi con riferimento a quelli che tale qualifica invece acquisiscano.

Al riguardo, è necessaria una notazione preliminare: il d.lgs. n. 117/2017 contempla tutta una serie di previsioni che – seppur rivolte agli ETS *a prescindere* dalla circostanza che gli stessi esercitino o meno attività d'impresa – acquistano rilievo particolare proprio nell'ipotesi in cui tali attività essi concretamente svolgano.

Intendo far riferimento, in primo luogo, a talune regole dettate per *tutti indistintamente* gli ETS, quale che sia la forma giuridica dagli stessi assunta: penso, ad es., all'obbligo di “redigere il bilancio di esercizio” (stato patrimoniale, rendiconto di gestione e relazione di missione) o quanto meno, se le entrate “comunque denominate” sono inferiori ad € 220.000,00 annui, il “rendiconto per cassa”, l'uno e l'altro in conformità alla modulistica che verrà definita con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (art. 13, commi 1, 2 e 3, d.lgs. n. 117/2017); all'obbligo, per gli enti non iscritti nel registro delle imprese, di depositare il bilancio sociale presso il registro unico nazionale del terzo settore (artt. 13, comma 7, d.lgs. n. 117/2017; v. anche l'art. 14, comma 1, d.lgs. n. 117/2017); all'obbligo, per gli enti con entrate “comunque denominate” superiori ad € 100.000,00 annui, di pubblicare sul proprio sito *internet* “gli eventuali emolumenti, compensi o corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti, nonché agli associati” (art. 14, comma 2, d.lgs. n. 117/2017); all'obbligo di tenuta di taluni libri sociali: libro degli associati/aderenti, libro delle adunanze assembleari, libro delle adunanze degli organi amministrativo e di controllo (art. 15, commi 1 e 2, d.lgs. n. 117/2017) e, per gli enti che si avvalgono di attività di volontariato, anche il registro dei volontari (art. 17, comma 1, d.lgs. n. 117/2017); all'obbligo di rendere accessibili detti libri ad associati/aderenti (art. 15, comma 3, d.lgs. n. 117/2017); all'obbligo di praticare, a favore dei propri lavoratori dipendenti, un trattamento economico e normativo non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi (art. 16 d.lgs. n. 117/2017); al divieto, di massima, di cessione di beni o prestazioni di servizi, “a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a soci, associati o partecipanti, ai fondatori, ai componenti gli organi amministrativi e di controllo, a coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte, ai soggetti che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, ai loro parenti entro il terzo grado ed ai loro affini entro il secondo grado, ... esclusivamente in ragione della loro qualità” (art. 8, comma 3 lett. *d*, d.lgs. n. 117/2017; cfr. anche l'art. 3, comma 2 lett. *e*, d.lgs. n. 112/2017); ecc.

Intendo far riferimento, in secondo luogo, a talune regole dettate per gli ETS che abbiano assunto la forma giuridica dell'associazione, della fondazione, ovvero della c.d. fondazione di par-



tecipazione: penso, ad es., alle nuove norme in tema di contenuto di atto costitutivo e statuto (art. 21, comma 1, d.lgs. n. 117/2017); di patrimonio minimo richiesto per il conseguimento della personalità giuridica (art. 22, comma 4, d.lgs. n. 117/2017); di riduzione del patrimonio per perdite (art. 22, comma 5, d.lgs. n. 117/2017); di ordinamento interno e amministrazione, con relativa ripartizione delle competenze (artt. 24-28 d.lgs. n. 117/2017); e, soprattutto, di controlli (artt. 29-31 d.lgs. n. 117/2017); ecc.

Norme, le une come le altre, spesso mutate da quelle già note e sperimentate con riferimento agli enti del libro V.

Poche e disorganiche sono invece le previsioni dal d.lgs. n. 117/2017 dettate con specifico riferimento all'ipotesi in cui, a prescindere dalla forma giuridica adottata, l'ETS eserciti attività d'impresa; previsioni, per di più, destinate, nella quasi totalità, non già a tutti indistintamente gli ETS che esercitano attività d'impresa, bensì solo a quelli che "esercitano la propria attività *esclusivamente o principalmente* in forma di *impresa commerciale*" e, in quanto tali, assoggettati "all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese" (art. 11, comma 2, d.lgs. n. 117/2017).

Così, a questi ultimi *soltanto* è imposto l'obbligo di "tenere le scritture contabili" di cui all'art. 2214 cod. civ. (art. 13, comma 4, d.lgs. n. 117/2017), quello di redigere il bilancio d'esercizio secondo le regole previste per le società lucrative di capitali (art. 13, comma 5, d.lgs. n. 117/2017); quello di provvedere al relativo deposito presso il registro delle imprese (art. 13, comma 5, d.lgs. n. 117/2017); ecc.

Ai *sol*i ETS che, oltre ad essere iscritti nel registro delle imprese (esercitando attività d'impresa "commerciale" in via esclusiva o principale), siano altresì "dotati di personalità giuridica" è dischiusa – come già ricordato – la possibilità di "costituire uno o più patrimoni destinati ad uno specifico affare" ai sensi o per gli effetti degli artt. 2447-*bis* ss. cod. civ. (art. 10 d.lgs. n. 117/2017).

L'unica norma dettata con esclusivo riferimento agli ETS che esercitino attività d'impresa *in via secondaria o strumentale* è quella che impone al loro organo amministrativo di "documentare" – in sede di "relazione di missione", ovvero con "annotazione in calce al rendiconto per cassa o nella nota integrativa al bilancio" – che detta attività è effettivamente svolta con "carattere secondario e strumentale" (art. 13, comma 6, d.lgs. n. 117/2017), con conseguente esenzione dagli obblighi (appena ricordati) specificamente imposti ai soli ETS che invece svolgano "la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale".

Certamente più corposa la disciplina dal legislatore delegato del 2017 dettata con specifico riferimento all'*impresa sociale*, anche per tener conto del fatto che la stessa necessariamente "esercita in via stabile e principale una o più attività d'impresa": forma e contenuto dell'atto costitutivo (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 112/2017); denominazione sociale (art. 6 d.lgs. n. 112/2017); iscrizione nel registro delle imprese (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 112/2017); ammissione ed esclusione di soci o associati (art. 8 d.lgs. n. 112/2017); divieto di "erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati" (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 112/2017); tenuta delle scritture contabili (art. 9, comma 1°, d.lgs. n. 112/2017); redazione del bilancio di esercizio e relativo de-



posito (art. 9, comma 1°, d.lgs. n. 112/2017); pubblicazione sul proprio sito *internet* del bilancio sociale “redatto secondo linee guida [che verranno] adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali” (art. 9, comma 2, d.lgs. n. 112/2017); necessaria costituzione di organi di controllo (art. 10 d.lgs. n. 112/2017); applicabilità delle norme di cui agli artt. 2497 ss. e 2545-*septies* cod. civ. nell’ipotesi in cui l’impresa sociale sia assoggettata all’altrui attività di direzione e coordinamento (art. 4 d.lgs. n. 112/2017); coinvolgimento, mediante meccanismi di consultazione o di partecipazione, di lavoratori, utenti ed altri soggetti interessati all’attività dell’impresa sociale alle relative decisioni, “con particolare riferimento alle questioni che incidono direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni o dei servizi” (art. 11 d.lgs. n. 112/2017); trasformazione, fusione, scissione, cessione d’azienda o di ramo d’azienda (art. 12 d.lgs. n. 112/2017); trattamento economico e normativo dei lavoratori dipendenti (art. 13 d.lgs. n. 112/2017); assoggettamento, in caso di insolvenza, alla procedura di liquidazione coatta amministrativa (art. 14 d.lgs. n. 112/2017); ecc.

Disciplina certamente *più corpora* – si diceva – rispetto a quella dettata dal parallelo d.lgs. n. 117/2007 con riferimento agli altri ETS che svolgano attività d’impresa; ma *non* per questo *organica*.

Tant’è che lo stesso d.lgs. n. 112/2017 si trova costretto a dichiarare applicabili all’impresa sociale anche – testualmente – “le norme del codice del Terzo settore”, “in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto” (art. 1, comma 5, d.lgs. n. 112/2017); nonché, “in mancanza e per gli aspetti non disciplinati, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l’impresa sociale è costituita” (art. 1, comma 5, d.lgs. n. 112/2017). Anzi, talora vengono dal legislatore delegato “fatte salve le disposizioni più restrittive relative alla forma giuridica in cui l’impresa sociale è costituita” (art. 10, commi 1 e 5, d.lgs. n. 112/2017; v. anche art. 12, comma 1°, d.lgs. n. 112/2017): disposizioni che, quindi, sono destinate a *prevalere* su quelle dallo stesso legislatore delegato specificamente dettate in tema di impresa sociale.

7. – Rilievi, questi ultimi, che inducono a talune – rapide – osservazioni conclusive.

Il “Codice del Terzo settore” *non esaurisce* in sé la disciplina degli enti che esso stesso qualifica come ETS. Così – pur se oggetto di espresso rinvio (artt. 40, commi 1 e 2, e 42 d.lgs. n. 117/2017) – la regolamentazione delle *società di mutuo soccorso* rimane in buona misura tuttora consegnata alla l. n. 3818/1886, quella delle *cooperative sociali* e dei loro *consorzi* resta ancora affidata alla l. n. 381/1991⁴², quella delle *imprese sociali* è oggi riscritta dal coevo d.lgs. n. 112/2017⁴³.

⁴² Da notare che si tratta di una realtà tutt’altro che marginale: cfr *infra*, nota 46.

⁴³ Scarso invece il successo fin qui arriso all’istituto dell’impresa sociale: al 31 marzo 2015 – ci riferisce G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del Terzo settore*, cit., p. 700, nota 63 – le imprese sociali censite nelle sezioni speciali del registro delle imprese risultavano solo 1.060.



Ciò significa, innanzitutto, che l'interprete intenzionato a ricostruire nella sua interezza la disciplina del settore non può fare esclusivo riferimento al "Codice del Terzo settore", ma è costretto ad un'opera – non sempre agevole – di coordinamento con altri testi normativi.

Per quanto riguarda, poi, determinati profili – e quello dell'esercizio dell'attività d'impresa da parte degli ETS ne costituisce un esempio – siffatta opera di coordinamento si profila tanto più impervia non solo per la necessità di (continuare a) far capo ad una pluralità di documenti normativi distinti, disorganici ed incompleti, ma anche perché lo stesso legislatore delegato del 2017 – nell'evidente intento di non mortificare la multiforme eterogeneità che, nell'attuale momento storico, è venuta progressivamente caratterizzando le istituzioni che nel nostro Paese operano nell'ambito del terzo settore – ha ritenuto di dettare una disciplina connotata da un non marginale tasso di disomogeneità con riferimento alle singole figure "nominate" di ETS dallo stesso tipizzate.

Un esempio varrà a meglio far percepire la dimensione del problema.

Uno studio, di recente approvato dalla "Commissione Studi d'Impresa" del "Consiglio Nazionale del Notariato"⁴⁴, ci informa che al 25 luglio 2018 nel nostro Paese erano attive 1.207 imprese sociali⁴⁵ e che all'albo delle società cooperative tenuto dal Ministero dello sviluppo economico (ente vigilante sulle cooperative sociali) risultavano iscritte 23.871 cooperative sociali⁴⁶.

Ciò significa che – poiché le cooperative sociali acquisiscono "di diritto" la qualifica di imprese sociali (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 122/2017) – a regime la stragrande maggioranza delle imprese sociali sarà costituita proprio da cooperative sociali.

Nonostante ciò, il legislatore delegato del 2017 ha ritenuto di dedicare all'impresa sociale un intero provvedimento normativo (il d.lgs. n. 112/2017) e alla cooperativa sociale non più di qualche disorganico cenno (artt. 4, comma 1, 5, comma 1, 40, comma 2, 46, comma 1 lett. d, 67, 82, comma 1, 89, comma 11, d.lgs. n. 117/2017; art. 1, comma 4, d.lgs. n. 112/2017).

Ora – poiché è lo stesso legislatore delegato del 2017 a precisare, da un lato, che "le cooperative sociali e i loro consorzi sono disciplinati dalla legge 8 novembre 1991, n. 381" (art. 40, comma 2, d.lgs. n. 117/2017); da altro lato, che "alle cooperative sociali ... le disposizioni del presente decreto [n. 112/2017] si applicano nel rispetto della normativa specifica delle cooperative ed in quanto compatibili" (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 112/2017); da altro lato ancora, che "le disposizioni del presente Codice [= d.lgs. n. 117/2017] si applicano, ove non derogate ed in quanto compatibili, anche alle categorie di enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare" (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 117/2017); e, infine, che "alle imprese sociali [tra cui le cooperative sociali, che tali sono "di diritto"] si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni

⁴⁴ Il riferimento al lavoro di E. CUSA, *Le cooperative sociali come imprese sociali di diritto*, approvato dalla "Commissione Studi d'Impresa" del "Consiglio Nazionale del Notariato" in data 19 settembre 2018.

⁴⁵ Cfr. E. CUSA, *Le cooperative sociali come imprese sociali di diritto*, cit., p. 1.

⁴⁶ Cfr. E. CUSA, *Le cooperative sociali come imprese sociali di diritto*, cit., p. 2.



del presente decreto [n. 112/2017], le norme del codice del Terzo settore di cui decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117, e, in mancanza e per gli aspetti non disciplinati, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita" (art. 1, comma 5, d.lgs. n. 112/2017) – clamorosamente evidente appare la difficoltà di ricostruire il sistema di regole applicabile alle cooperative sociali.

Mi piace riportare testualmente le conclusioni cui perviene, sul punto, lo studio cui si è fatto cenno: "dall'art. 1, comma 4, d.lgs. n. 112/2017 discende la seguente gerarchia delle *cinque fonti del diritto delle cooperative sociali*, qui elencate secondo un ordine di forza decrescente (dovendosi superare un giudizio di compatibilità per applicare una disposizione in sottordine a un'altra in tale gerarchia): (i) la l. n. 381/1991, certamente preminente sul d.lgs. n. 112/2017, come confermato dall'art. 40, comma 2, d.lgs. n. 117/2017; (ii) la disciplina comune delle cooperative a mutualità prevalente (perlopiù contenuta nel codice civile), dovendo le cooperative sociali rientrare in questa categoria ai sensi dell'art. 111-*septies*, unico comma, primo periodo, disp. att. c.c.; (iii) la disciplina comune delle cooperative; (iv) la parte del d.lgs. n. 112/2017 non contenente vuoi i presupposti della fattispecie di impresa sociale, vuoi la disciplina direttamente attuativa di tali presupposti; nella parte del d.lgs. n. 112/2017 applicabile alle cooperative sociali non v'è l'art. 1, comma 5, poiché la gerarchia delle fonti ivi contenuta è alternativa a quella prevista dall'art. 1, comma 4; (v) il d.lgs. n. 117/2017, in forza del combinato disposto degli artt. 3, comma 1 («le disposizioni del presente Codice si applicano, ove non derogate ed in quanto compatibili, anche alle categorie di enti del Terzo settore che hanno una disciplina particolare») e 40, comma 2, d.lgs. n. 117/2017 («le cooperative sociali e i loro consorzi sono disciplinati dalla legge 8 novembre 1991, n. 381»)"⁴⁷.

La storia ci insegna che gli autori delle grandi codificazioni – da Giustiniano a Napoleone – hanno nutrito l'(ingenua) speranza che i loro codici fossero così completi, coerenti e chiari da non richiedere un'opera di interpretazione.

Non credo che gli odierni autori del "codice del Terzo settore" possano aver seriamente coltivato un'analogia illusione.

⁴⁷ Così E. CUSA, *Le cooperative sociali come imprese sociali di diritto*, cit., p. 5 (corsivo aggiunto).



MODELLO COSTITUZIONALE E CONSUETUDINI CULTURALI IN TEMA DI FAMIGLIA, FRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE*

SOMMARIO: 1. La definizione della natura e struttura della famiglia quale spia di un generale modo d'intendere e far valere la Costituzione. – 2. La spinosa questione relativa al modo con cui far luogo al riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali, il ruolo al riguardo giocato da consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale, le oscillazioni della Costituzione tra il corno della fedeltà alla propria matrice originaria e l'altro al rinnovamento e alla incessante rigenerazione semantica. – 3. Le consuetudini culturali quale punto obbligato di riferimento al fine di determinare dove passa la linea di confine tra le novità che possono aversi per via d'interpretazione della Costituzione e le altre che richiedono la sua revisione, e il rischio di gravi alterazioni nei rapporti tra legislatore e giudici conseguenti ad usi abnormi degli strumenti di cui essi dispongono. – 4. Il significato del riferimento alla tradizione culturale da cui emerge il volto della famiglia, nella sua monotipica e inconfondibile conformazione, e la questione se essa possa dirsi cambiata anche per effetto dell'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea. – 5. Battuta senza successo la via della apertura al matrimonio tra persone dello stesso sesso attraverso una nuova interpretazione dell'art. 29, è da chiedersi se a ciò possa condurre la revisione con le procedure dell'art. 138, che tuttavia parrebbe essere priva del supporto che dovrebbe esserle offerto da una consuetudine culturale in tal senso orientata, ad oggi non pervenuta a compiuta maturazione. – 6. Esempi di alterazioni del modello costituzionale in tema di famiglia per mano di giudici e legislatore, e segnatamente il ribaltamento avutosi nel rapporto tra eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia, la parificazione della condizione dei figli naturali e di quelli legittimi, l'apparentemente stupefacente evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di adulterio, la trasmissione del cognome materno ai figli. – 7. Il diritto alla genitorialità e la varietà delle sue forme e del loro giuridico rilievo, all'incrocio tra etica, scienza e diritto (con specifico riguardo al divieto di utilizzo degli embrioni crioconservati a finalità di ricerca e alla surrogazione di maternità). – 8. Le sofferte esperienze di fine-vita, specie se coinvolgenti i minori, e l'inquietante quesito relativo alla determinazione del punto fino al quale può spingersi la responsabilità genitoriale.

1. – Più volte mi è capitato, in occasione dello studio di specifiche questioni di diritto costituzionale, di provare la stessa sensazione di un bambino che spia dal buco della serratura e scopre che oltre di esso v'è un mondo che gli era dapprima rimasto interamente nascosto.

Così, è anche oggi. Tornando a riflettere sulla famiglia, la sua natura e struttura secondo Costituzione, ho pian piano preso consapevolezza del fatto che essa è legata da un filo lungo e sottile ma resistentissimo alle categorie fondamentali della teoria costituzionale e che perciò l'analisi delle principali questioni che la riguardano, a partire da quella concernente la sua definizione (e, dunque, l'identità), evoca in campo l'idea stessa di Costituzione, la sua essenza e funzione. L'impostazione metodica dello studio e i suoi lineari svolgimenti teorico-ricostruttivi risultano infatti orientati (o, ad esser franchi, preorientati) dalla previa adesione a questa o quella

* Relazione al Convegno su *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme: rapporti di coppia e ruolo genitoriale*, Catania 27-29 settembre 2018; può vedersi anche in Consulta OnLine, 3/2018, 1 ottobre 2018, 511 ss.



visione generale della Costituzione, del suo modo d'intenderla e farla valere nell'esperienza. D'altro canto, è risaputo che tra la teoria generale e l'analisi di questioni particolari si dà un mutuo, incessante ed inscindibile interscambio di suggestioni di vario segno e intensità, l'una non potendo comunque fare a meno delle altre, e viceversa.

Ovviamente, non si ha qui la pretesa di ripensare *ab ovo* annose e discusse questioni di ordine generale, che richiedono sedi loro proprie di trattazione ed approfondimenti e verifiche qui non consentiti. Mi limiterò, dunque, unicamente ad esporre, senza argomentare, le premesse del mio ragionamento, rimandando ad altri luoghi di riflessione scientifica per i necessari ragguagli a loro supporto, muovendo da quelli che considero dati ormai acquisiti o, comunque, dotati di diffuso e saldo radicamento nella teoria costituzionale. Tenterò quindi di mostrare come questi riferimenti di ordine teorico non siano affatto una divagazione *extra moenia* e che, di contro, risultino direttamente e – spero – linearmente conducenti all'obiettivo qui avuto di mira, portando all'esito di cogliere l'essenza dell'istituto familiare secondo Costituzione.

Il primo di tali dati è quello che vede la Costituzione come un "tutto" unitario e coerente nelle sue parti: resiste, infatti, la *summa divisio* tra queste ultime, come pure la precedenza rispetto ad esse dei principi fondamentali che proiettano un fascio di luce sull'intero campo costituzionale e consentono di mettere a punto significati e valenze degli enunciati della Carta; si danno tuttavia – è ormai provato – mutue implicazioni tra le parti suddette, come pure tra le loro norme e i principi di base dell'ordinamento¹, al punto che si dimostra essere assai arduo (e, forse, inevitabilmente forzoso) stabilire *in astratto* ciò che è rivedibile e ciò che non lo è ovvero, al piano delle relazioni interordinamentali, ciò che può opporsi all'ingresso di norme e pronunzie dei giudici aventi origine esterna, in nome della teoria dei c.d. "controlimiti", e ciò che invece è da considerare "cedevole"².

¹ In argomento, v., almeno, M. LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Note sulle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss., e G. SILVESTRI, *I principi e le istituzioni: i rapporti tra prima e seconda parte della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. Giorgis-E. Grosso-J. Luther, Einaudi, Torino 2016, 291 ss.

² Su ciò, ora, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, con specifico riguardo all'identità costituzionale, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e, dello stesso, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in www.federalismi.it, 11/2018, 23 maggio 2018, nonché ora AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018, e, infine, G. MARTINICO, *Constitutional Conflicts and Agonistic Pluralism: What Can We Learn From Political Theory?*, in AA.VV., *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, a cura di M. Avbelj-G. Davies, Elgar, Cheltenham 2018, 78 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss., e il mio Taricco, *amaro finale di partita*, in *Consulta OnLine*, 3/2018, 3 settembre 2018, 488 ss. Per la mia parte, da tempo vado argomentando l'idea secondo cui non si danno "controlimiti" astrattamente opponibili all'ingresso di norme e pronunzie dei giudici aventi origine esterna, dovendosi piuttosto verificare nei singoli casi ed alla luce del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dove si situi la norma o l'insieme di norme in grado di portare alla ottimale affermazione della Costituzione come "sistema", nei limiti consentiti dalle condizioni oggettive di contesto. Ed è chiaro che questa soluzione non può non va-



È ovvio che l'unitarietà della Costituzione non può (e non deve) essere intesa con eccessivo rigore, assumendo che tutte le regole della legge fondamentale della Repubblica, sostantive ovvero organizzative, si pongano quale filiazione immediata e diretta dei principi e che, perciò, riparandosi dietro il formidabile scudo protettivo da questi eretto risulterebbero esse pure intangibili. Avverso il rischio della innaturale "pietrificazione" dell'ordinamento costituzionale (ma, a cascata, dell'ordinamento *tout court*) è pronta l'obiezione secondo cui la stessa Costituzione prefigura le procedure volte al suo formale aggiornamento e che, laddove non se ne dovesse fare l'uso necessario e adeguato, la Costituzione andrebbe soggetta a *vulnera* talmente gravi da determinarne lo snaturamento e lo smarrimento, secondo quanto peraltro si tenterà di dire meglio a breve.

La circostanza, dunque, per cui si dà un'interna coerenza e armonia tra principi e regole frutto della mano del Costituente non esclude (ed anzi implica) la eventualità dell'innovazione costituzionale, specie laddove le seconde si mostrino ormai *temporis ratione* inadeguate a servire al meglio i primi, i quali pure non si sottraggono, a mio modo di vedere, al loro possibile (e auspicabile) aggiornamento che, restando fedele alla loro matrice di valore, ne rafforzi la capacità espansiva e inclusiva³. Si dà, nondimeno, una direttiva metodica di azione alla quale gli artefici della produzione giuridica sono costantemente tenuti ad attenersi, che viene dal cuore pulsante della Costituzione che, secondo la efficacissima e ad oggi attuale formula dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, è dato dal riconoscimento dei diritti fondamentali, in funzione della cui salvaguardia si pone l'altro elemento costitutivo della Costituzione e principio di organizzazione, la separazione dei poteri.

Non v'è, non può esservi, insomma, innovazione costituzionale (ma, generalizzando, innovazione positiva *tout court*) che non rinvenga, sia pure in forma mediata, giustificazione nell'obiettivo della salvaguardia, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto, dei diritti⁴. Lo stesso riferimento ai doveri inderogabili (e, proprio perciò, essi pure fondamentali⁵) di

lere altresì per le innovazioni normative di origine interna. Così, nessuno può in astratto dire se una legge di forma costituzionale abbia, o no, superato i limiti alla revisione (al di fuori del caso di scuola di legge palesemente eversiva dell'ordine costituzionale) e, in genere, se persino una legge comune meriti di essere annullata per violazione della Costituzione: valutazioni, tutte queste, che possono farsi unicamente a seguito di delicate e non di rado sofferte operazioni di ponderazione assiologicamente qualificate, in ragione del contesto in cui s'inscrivono e dei beni della vita di volta in volta in gioco, soppesando dunque se è maggiore il beneficio ovvero il costo che si ha per effetto della perdurante vigenza di norme pur incompatibili con questa o quella norma costituzionale, *persino se espressiva di un principio fondamentale*, e però idonee ad offrire un servizio ad altre norme.

³ Mi sono sforzato di argomentare quest'idea con esempi nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, intervento al Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2/2018, 20 giugno 2018. Con specifico riguardo ai diritti fondamentali, sulla loro "vocazione inclusiva" v., di recente, A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016.

⁴ Avverto che d'ora innanzi, trattando dei diritti fondamentali, ometterò spesso, per scorrevolezza della esposizione, di far riferimento all'aggettivo qualificativo, assumendolo come implicito.

⁵ Su questa opportuna precisazione, v., part., A. SPADARO, in più scritti, tra i quali *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2006, 167 ss.



solidarietà, fatto congiuntamente al riconoscimento dei diritti nell'art. 2 della Carta, non avrebbe alcun senso se visto come innaturalmente separato o, peggio, contrapposto rispetto a questo⁶; tutt'al'inverso, è proprio grazie all'adempimento dei doveri che i diritti possono essere messi al riparo dalle minacce sugli stessi incombenti e, prima ancora, che la loro proclamazione non suoni meramente teorico-astratta o, diciamo pure, beffarda, laddove non accompagnata dalla predisposizione delle condizioni necessarie alla loro affermazione (tra le quali centralità di posto hanno appunto i doveri di solidarietà).

La Costituzione, insomma, negli ordinamenti di tradizioni liberali è, *in nuce*, una Carta dei diritti fondamentali⁷. Gli stessi principi fondamentali hanno in ciò la *ratio* della loro esistenza, il *fine* e il *confine* della loro operatività; e si fanno perciò riconoscere – al di là del dato, comunque non insignificante, della loro autoqualificazione⁸ – per il fatto di porsi quali strumenti *necessariamente, direttamente ed immediatamente* conducenti all'obiettivo della salvaguardia dei diritti in parola.

⁶ Sulla solidarietà si discute – come si sa – animatamente da tempo (riferimenti in F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, e, dello stesso, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-E. Grosso-J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 3 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 305 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in www.costituzionalismo.it, 1/2016, 20 aprile 2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, 4/2017, 689 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino 2017; A. SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in www.costituzionalismo.it, 1/2017, 17 marzo 2017, 27 ss.; S. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss., e, con specifico riguardo alla condizione dei migranti, tra gli altri, V. BERLINGÒ, *L'humanitas e la fondamentalità del diritto: il 'trattamento' degli immigrati irregolari*, in *Dir. amm.*, 3/2017, 529 ss.; R. CARIDÀ, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, cit., nonché i contributi all'incontro di studio su *I diritti sociali al tempo delle migrazioni*, svoltosi a Messina il 28 e 29 giugno 2018, i cui Atti sono in corso di stampa; altri riferimenti possono aversi dai miei *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2017, 18 maggio 2017, e *Il principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio*, in *Consulta OnLine*, 3/2017, 30 ottobre 2017, 445 ss.); resta, nondimeno, ad oggi largamente inesplorato il modo con cui diritti e doveri si combinano reciprocamente, specie nelle più spinose e complesse vicende giuridicamente rilevanti, quali quelle che vengono poi portate alla cognizione dei giudici.

⁷ Un tempo si sarebbe detto *la* Carta; oggi, però, col proliferare delle Carte dei diritti in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali (tra le quali, per ciò che a noi specificamente importa, la CEDU e la Carta dell'Unione europea), l'attributo della "costituzionalità" non appare più appannaggio esclusivo delle leggi fondamentali degli Stati. Ciò che poi risulta gravido di implicazioni, anche – come si vedrà – con riferimento al tema qui specificamente studiato.

⁸ La giurisprudenza costituzionale ha peraltro, con riguardo a plurimi campi di esperienza, fatto notare che il criterio dell'autoqualificazione ha un valore meramente indiziario e rimane pertanto soggetto alla prova del contrario: vale, ad es., per ciò che attiene alle leggi d'interpretazione autentica, alle leggi che dichiarino di porre "principi fondamentali" relativi a materie di potestà legislativa ripartita tra Stato e Regioni, agli stessi principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale appunto, non di rado rinvenuti oltre il "luogo" ad essi assegnato nella trama costituzionale (così, ad es., per il principio di legalità in materia penale, la salvaguardia dell'ambiente, la certezza del diritto, ecc.).



2. – Si pone, a questo punto, l'ardua questione relativa al modo con cui far luogo al riconoscimento dei principi e dei diritti fondamentali.

Senza che se ne possa ora dire *ex professo* e rimandando, come di consueto, ad altre sedi di riflessione scientifica per maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, mi limito qui a rinnovare il convincimento, nel quale anzi sempre di più vado radicandomi, a riguardo del fatto che un ruolo di prima grandezza sia allo scopo giocato da *consuetudini culturali* diffuse nel corpo sociale, cui danno quindi voce gli operatori istituzionali con gli strumenti dei quali dispongono (spec. leggi e pronunzie dei giudici), consuetudini che dunque si pongono, a conti fatti, a parametro dell'interpretazione costituzionale, fattori cioè di stabilizzazione e di rinnovamento allo stesso tempo di quest'ultima (e, di riflesso, di quello).

È stato da tempo avvertito da una sensibile dottrina che la Costituzione, più e prima ancora che essere un *atto*, è un *processo*⁹, attraversato da un moto interno incessante¹⁰. La qual cosa, peraltro, non sta a significare che occasionali esperienze possano immediatamente riflettersi sul dettato costituzionale lasciando in esso il segno della loro affermazione. Una interpretazione costituzionale che dovesse risentire di pulsioni effimere si porrebbe in frontale opposizione con il suo oggetto, con l'essenza stessa della Costituzione, col suo essere cioè fattore di emersione e di ordine di ciò che v'è di più profondo e profondamente avvertito nel corpo sociale, di cui si fanno appunto portatrici ed interpreti le consuetudini in parola; ed opponendosi al suo oggetto, fatalmente rinnegherebbe se stessa.

In questo quadro, l'*original intent*, al quale – come si sa – la giurisprudenza costituzionale ha fatto richiamo proprio con riguardo alla questione di cruciale rilievo concernente la nozione stessa di famiglia (in relazione alla richiesta, negata, del diritto alle nozze tra persone dello stesso sesso)¹¹, gioca un ruolo “garantista” di grande momento, ponendosi a freno della deriva soggettivistica dell'interpretazione costituzionale¹². E questo vale nei confronti di occasionali pretese avanzate tanto dalle forze politico-sociali maggioritarie (ciò che ha uno speciale rilievo proprio nella presente congiuntura segnata, da noi come altrove, da un populismo dilagante), quanto da espressioni minoritarie nella società che nondimeno facciano sentire alto e forte il timbro della loro voce: nell'un caso e nell'altro, senza nondimeno che si siano ancora formate

⁹ Part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

¹⁰ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, 1 marzo 2013. In linea con le indicazioni date dagli autori da ultimo richiamati, v., inoltre, M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, cit.

¹¹ Il riferimento è, ovviamente, a Corte cost. n. 138 del 2010. La pronunzia – come pure è noto – ha nondimeno vigorosamente sollecitato il legislatore a prestare la doverosa tutela alle formazioni sociali cui danno vita persone conviventi dello stesso sesso, formazioni che a me par giusto chiamare “parafamiliari”, volendo in tal modo marcare sia la somiglianza che la distanza dalla famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, ex art. 29 della Carta.

¹² Riferimenti al canone interpretativo in parola, all'utilità che può aversene ma anche ai limiti ai quali va incontro, di recente, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 3 ss.

JUS CIVILE



delle autentiche *consuetudini culturali* diffuse e radicate, nelle quali, al pari di ciò che si ha (e deve aversi) per i principi di base dell'ordinamento, tutti o quasi tutti si riconoscano, in essi appunto cogliendo l'essenza della Costituzione, la sua naturale proiezione a farsi valere nei tempi lunghi della storia di una comunità politicamente organizzata¹³.

La consuetudine, poi, contrariamente a ciò che molti ritengono, non ha una funzione solo di conservazione dell'esistente ma anche una di rinnovamento. La qual cosa, poi, è tratto costitutivo di ogni norma giuridica (e, segnatamente, di quelle costituzionali) che raccoglie quanto è venuto sedimentandosi nel corpo sociale, vi dà forma ed espressione¹⁴ e, allo stesso tempo, sollecita e promuove la formazione di nuovi processi nomogenetici che si alimentino da nuove consuetudini culturali di riconoscimento dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti nel corpo sociale: con un moto, come si vede, che da se medesimo si ricarica e alimenta senza sosta.

La Costituzione, prima e più di ogni altra fonte di diritto, esibisce, dunque, una duplice, strutturale vocazione, oscillando permanentemente tra il corno della fedeltà alla sua matrice originaria e l'altro al rinnovamento e alla rigenerazione semantica, allo scopo di dar voce ai nuovi diritti veicolati dalle consuetudini culturali suddette.

Al pari di Giano bifronte, la Costituzione guarda al passato, alla propria storia, dal legame con la quale non può sciogliersi se non in modo forzoso¹⁵; e guarda anche al futuro, disponendosi ad attrarre a sé e *quodammodo* metabolizzare quanto c'è – come si è venuti dicendo – di più profondo nel corpo sociale, disvelandolo ed offrendovi la protezione più adeguata, alle condizioni oggettive di contesto.

3. – Sono, dunque, le consuetudini culturali suddette a tracciare la linea di confine tra ciò che sta o che può stare dentro la Costituzione e ciò che invece vi resta (e deve restarvi) estraneo, tra ciò che può da quella estrarsi per via d'interpretazione e ciò che invece richiede una nuova posi-

¹³ Sul peculiare rapporto che si intrattiene tra Costituzione e tempo, v., part., T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1977), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.; P. GIOCOLI NACCI, *Il tempo nella Costituzione*, Cedam, Padova 1984; M. D'AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, 39 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009; A. LONGO, *Tempo interpretazione costituzione*, I, *Premesse teoriche*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

¹⁴ In altri luoghi, mi sono sforzato di mostrare come i fondatori della scienza del diritto pubblico nel nostro Paese (V.E. Orlando e, dopo di lui, part. S. Romano) abbiano tenuto a mettere in evidenza l'attitudine della Costituzione (e delle leggi in genere) a dare voce ai bisogni maggiormente avvertiti nel corpo sociale: una indicazione metodico-teorica, questa, che peraltro si alimenta dalla tradizione romanistica [maggiori ragguagli, nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in www.rivistaaic.it, 4/2017, 12 dicembre 2017. Sull'insegnamento orlandiano, v., ora, l'ampio studio di V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018].

¹⁵ ... e segnatamente – secondo una dottrina, come si sa, assai accreditata – per effetto dell'avvento di un nuovo potere costituente che porti all'affermazione dei valori fondamentali nei quali si riconoscono le forze politiche che hanno combattuto la battaglia vittoriosa per l'abbattimento del vecchio ordine costituito e la costruzione sulle sue macerie del nuovo (come si è da noi avuto con la fondazione della Repubblica).



tivizzazione, ad indicare insomma i punti di rottura nei riguardi delle più avanzate (ma, alle volte, temerarie) riletture degli enunciati, con le quali se ne prospettino inusuali ricostruzioni, non potendosi far altro altrimenti che ricorrere allo strumento della revisione formale al fine dello svecchiamento del linguaggio costituzionale. Ciò che, nondimeno, può rinvenire giustificazione unicamente laddove rispondente al fine di dar voce a nuove consuetudini nel frattempo formatesi, sì da adattare appunto ad esse il dettato della Carta.

Quest'ultima via è, nondimeno, come si sa, battuta assai di rado per la parte organizzativa e quasi mai per quella sostantiva¹⁶, per un verso, a motivo del fatto che la revisione di quest'ultima è considerata un vero e proprio tabù¹⁷ e, per un altro verso, perché si ritiene che per via d'interpretazione si possa fare in buona sostanza di tutto, aggiornando il dettato costituzionale praticamente senza limiti.

Qui il discorso s'intreccia con una generale questione di ordine istituzionale, evocando in campo uno squilibrio tra gli operatori che va facendosi sempre più marcato e, forse, irreversibile, che ha quale suo tratto maggiormente espressivo la confusione dei ruoli tra i decisori politici e i garanti (e, segnatamente, tra legislatore e giudici, costituzionali e comuni).

Sulla “supplenza” – com'è usualmente chiamata – di questi nei confronti di quelli si è versato un fiume d'inchiostro e non occorre pertanto spendere ora parola alcuna a conferma di uno stato di cose che, pur nella varietà delle descrizioni datane, è sotto gli occhi di tutti. Una “supplenza” che – per ciò che maggiormente preme mettere in evidenza – attiene non soltanto all'attuazione della Costituzione ma – di più (e peggio) – alla sua modifica e integrazione. Quando, poi, l'attuazione è data, non di rado prende forma a mezzo di leggi che, per l'una o l'altra ragione, si presentano fatte non a modo: leggi che, alle volte, risultano difettose per... *eccesso*, in quanto espressive di discipline irragionevolmente rigide e dettagliate, specie laddove infarcite di divieti, incapaci di adeguarsi alla varietà dei casi, sì da obbligare poi i giudici a rimodellarle al fine di dotarle della necessaria duttilità strutturale¹⁸.

¹⁶ Significative eccezioni sono da noi state quelle che hanno riguardato gli artt. 26 e 27 della Carta. Non prendo, poi, in considerazione i casi di revisione inespressa: vuoi per il fatto che un'accreditata dottrina ne esclude la fattibilità e vuoi (e soprattutto) perché il loro riconoscimento risulterebbe comunque assai incerto e opinabile (se n'è, ancora da ultimo, discusso in occasione del Convegno su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, i cui contributi possono vedersi in www.gruppodipisa.it).

¹⁷ Non a caso, tutte le iniziative di riforma più o meno organica da noi poste in essere hanno categoricamente escluso in partenza la rivedibilità della prima parte della Carta e, più ancora, dei principi fondamentali, giudicati “sacri e inviolabili”. Tutto ciò, a mia opinione, meriterebbe un complessivo, critico ripensamento (secondo quanto si è tentato di mostrare in più scritti, tra i quali di recente *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, comunicaz. al Convegno da ultimo cit.).

¹⁸ Per restare all'ambito di esperienza in cui ricade l'oggetto del nostro studio, si pensi solo alla complessiva vicenda della legge sulla procreazione medicalmente assistita, cui peraltro si farà cenno più avanti, una legge fatta a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, oltre che posta ad oggetto di ardite reinterpretazioni da parte della giurisprudenza comune. E così pure, per ciò che attiene ad altre dinamiche endofamiliari.

Sulla opportunità di discipline legislative – come suol dirsi – “miti” o “leggere”, connotate da essenzialità di disposti, conviene una crescente dottrina [*ex plurimis*, v. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524, del quale v., ora, le precisazioni che sono in



I casi che, però, sono forse di ancora maggiore interesse ai fini di questo studio sono proprio quelli in cui la “supplenza” in discorso si è tradotta in sostanziali e alle volte corpose manipolazioni del dettato costituzionale. Della qual cosa si sono avute (e si hanno) inequivocche testimonianze tanto per la parte organizzativa, della quale nondimeno non importa ora trattare¹⁹, quanto per quella sostantiva e, prima ancora, per gli stessi principi fondamentali che, anche a motivo della strutturale apertura e vaghezza degli enunciati che li esprimono, non si sono sottratti e non si sottraggono a siffatto lavoro incessante di rifacimento. Di più: proprio i disposti normativi fatti a maglie larghe (o larghissime) sono quelli che si sono venuti a trovare (e si trovano) esposti alle maggiori e più incisive manipolazioni: sono, infatti, le norme apicali dell’ordinamento, che dottrina e giurisprudenza corrente considerano sottratte a revisione²⁰, quelle dotate della minore intensità prescrittiva, sì da non riuscire a sottrarsi a loro continui e sostanziali rifacimenti per via d’interpretazione. Se ci si pensa, non c’è a conti fatti alcun punto dell’ordito costituzionale che sia uscito indenne dalla propria modifica tacita, anzi da incessanti e continuamente cangianti manipolazioni²¹.

4. – La famiglia costituisce un banco di prova particolarmente attendibile, per un verso, delle oscillazioni tra continuità ed evoluzione della Costituzione, della sua fedeltà alle tradizioni cul-

Rights on the move: *come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2018, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaiic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confronti costituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni crioconservati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D’ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta-G. D’Amico-L. D’Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in www.federalismi.it, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell’art. 5 del codice civile?*, in *Consulta OnLine*, 1/2018, 4 aprile 2018, spec. 235 ss., e A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.].

¹⁹ La giurisprudenza ha praticamente riscritto – come si è fatto da molti notare – sia la forma di governo che la stessa forma di Stato, con riflessi immediati peraltro a carico della parte sostantiva, a motivo di quella unitarietà ed interna coerenza del dettato costituzionale, di cui si diceva poc’anzi.

²⁰ Tesi, questa, che – come si è tentato di mostrare nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, dietro già richiamato – merita un complessivo ripensamento. Singolare, a tacer d’altro, appare l’esito per cui i principi di base dell’ordinamento non si sottraggono al loro continuo rifacimento per via d’interpretazione (segnatamente, per mano dei giudici), mentre resisterebbero a qualsivoglia innovazione per mano del legislatore di revisione. Viene infatti in tal modo ad offrirsi, seppur involontariamente, un generoso avallo a pratiche giuridiche discutibili, dalle quali in non secondaria misura deriva quel vistoso squilibrio al piano dei rapporti istituzionali, cui si è già fatto cenno e del quale si dirà ancora meglio più avanti.

²¹ Esemplificazioni, ora, nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, cit.



turali del nostro Paese²² e della sua proiezione verso l'acquisizione di nuove tradizioni, e, per un altro verso, delle trasformazioni (latamente intese) della Costituzione, in parte ad opera del legislatore e in parte per mano dei giudici, fermo restando che ad indicazioni di questi ultimi il primo ha, a sua volta, attinto ed attinge senza sosta.

Numerose le conferme di questo flusso ininterrotto di mutuo *dare-avere* culturale tra gli operatori istituzionali. Si pensi solo alla riforma del diritto di famiglia, avutasi nel 1975 a seguito di un lungo itinerario percorso da talune consuetudini culturali prima di pervenire alla loro compiuta maturazione ed espressione, di cui si sono fatte portatrici schiere di studiosi e di operatori (e, specialmente, giudici), o alla disciplina dello *status* dei figli (e, segnatamente, di quelli nati fuori ovvero dentro il matrimonio), alle unioni civili, ecc.

La famiglia è poi la formazione sociale con riferimento alla quale la Carta costituzionale ha preso atto del centrale rilievo giocato dalla tradizione culturale per ciò che attiene alla definizione della sua natura e alla conformazione della sua struttura. Questa, perlomeno, risulta essere la conclusione alla quale è pervenuta un'accreditata lettura, nella quale mi riconosco, del sintagma "società naturale" che figura nell'art. 29²³.

Si pone, a questo punto, la spinosa e per certi versi inquietante questione relativa al modo o ai modi con cui far luogo al riconoscimento della tradizione in parola, del suo perdurante radicamento nel tessuto sociale, come pure al riconoscimento di una eventuale, nuova tradizione, magari *in progress*, non ancora cioè pervenuta a compiutezza e alla necessaria stabilizzazione, al punto di sollecitare gli operatori a prenderne atto e a darvi effetto.

La società è divisa, in relazione a talune questioni (specie in ambito biogiuridico) lacerata, da

²² ... e non solo del nostro: si pensi, ad es., al carattere monogamico della unione familiare (e delle stesse unioni "parafamiliari"), profondamente radicato nella cultura occidentale e invece non condiviso da altre culture. Ebbene, a voler fare la parte dell'avvocato del diavolo, dovremmo dire che la lettera dell'art. 29 parrebbe restare neutrale e indifferente rispetto a questa scelta di campo, attinente alla struttura stessa dell'istituto familiare, di modo che, a seguire il filo di questo ragionamento, un domani non sarebbe necessario, così come si dice da parte dei fautori del riconoscimento del matrimonio tra omosessuali, far luogo ad una revisione formale della Carta al fine di introdurre la novità in parola (uguale provocazione potrebbe farsi per patrocinare il riconoscimento del matrimonio tra genitori e figli o tra fratelli, ecc.). Ad un siffatto argomentare si può tuttavia obiettare che è il richiamo alla nostra tradizione culturale, alla quale – come si dirà meglio a breve – la Carta stessa rimanda, a non consentire, in alcun caso o modo, di dar spazio a siffatte specie di unioni; e – come pure si è venuti dicendo – fintantoché non dovesse aversi un radicale cambiamento culturale diffuso e profondamente avvertito nel corpo sociale, neppure con legge approvata con le procedure dell'art. 138 vi si potrebbe dare ingresso, al quale ad ogni buon conto si contrapporrebbe il valore indisponibile della dignità della persona umana, quale principio – come si vedrà a momenti – "supercostituzionale" dell'ordinamento.

²³ Ho argomentato questo mio convincimento nei miei *Il diritto al matrimonio e l'idea costituzionale di "famiglia"*, in *Nuove aut.*, 1/2012, 27 ss., nonché in *Studi in onore di F. Gabriele*, II, Cacucci, Bari 2016, 873 ss., e "*Strane" idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 331 ss. Ha, di contro, ancora di recente, svilto la portata del significato dell'enunciato costituzionale, assumendo che in esso si annidi un ossimoro concettuale e positivo, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, 62, riprendendo una indicazione data in *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10/2000, 1066 ss. Di questa idea si era, peraltro, già dichiarato C. GRASSETTI, *I principii costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, I, Barbera, Firenze 1950, 294 s.



noi come altrove; c'è indubbiamente un fermento culturale di cui sono protagonisti individui e gruppi sociali che premono vigorosamente a favore dell'affermazione di un modello culturale "plurale" di famiglia, quale – per ciò che qui specificamente importa – si concreta nella pretesa volta al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso²⁴.

Una sensibile dottrina discorre, peraltro, come si sa, da tempo di "famiglie" al plurale²⁵; a quest'indirizzo, che è metodico e teorico allo stesso tempo, sembra tuttavia opporsi l'uso al singolare del termine "famiglia" fatto nella Carta e la sua definizione monotipica quale "società naturale fondata sul matrimonio".

Quest'argomento può essere, a mio modo di vedere, confutato solo in un modo: ragionando nel senso che la tradizione culturale e positiva del nostro ordinamento, al pari peraltro di quella di altri Paesi, sia stata *ab immemorabili* "plurale", internamente articolata, nel senso anzidetto. Così, però, oggettivamente non è stato e non è.

Si è dietro rammentato che l'*original intent* non può essere pretermesso in sede d'interpretazione costituzionale, pur non possedendo carattere risolutivo e assorbente, unitamente ad esso dovendosi tenere conto di ulteriori criteri e dati, che nondimeno richiedono di saldarsi armonicamente al primo e non già di porsi rispetto a questo in frontale opposizione.

Devo qui ribadire che la lettera dell'art. 29²⁶ non consente – a me pare – una interpretazione

²⁴ Quest'obiettivo è perseguito in plurime forme e attraverso plurime strategie processuali, tra le quali quella di dar modo a coppie composte da persone dello stesso sesso di vedere riconosciuta la loro pari condizione genitoriale (su di che, *infra*).

²⁵ V., part., V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss., nonché in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova 2014, 3 ss.; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, spec. il cap. I; M. PORCELLI, *La famiglia al plurale*, in *Dir. fam. pers.*, 3/2014, 1248 ss.; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2016, 1306 ss. e, nella stessa *Rivista*, F.D. BUSNELL, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, 6/2016, 1447 ss., del quale v., già, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, 2002, I, 509 ss.; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2006, 1219 ss., spec. 1230 ss.; G. COLLURA, *Famiglia o famiglie? Riflessioni in tema di laicità dello Stato*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, Giuffrè, Milano 2008, 825 ss.; C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, II, Giappichelli, Torino 2009, 527 ss.; utili indicazioni anche in AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. Romeo, Utet, Torino 2014; M.R. MARELLA-G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2014; AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.; R. AMAGLIANI, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 625 ss., spec. 639 ss.; A. VALITUTTI, *Il diritto al rispetto della vita familiare e il riconoscimento delle unioni same sex*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2016, 675 ss.; G. DI ROSA, *L'attuale valenza (interna) del (tradizionale) rapporto tra famiglia e matrimonio nel quadro della cosiddetta pluralità delle forme familiari*, in AA.VV., *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A. Ruggeri-D. Rinoldi-V. Petralia, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 165 ss.; G. FREZZA, *I "modelli" familiari*, in in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 413 ss.; G. PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in AA.VV., *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale*, a cura di F. Romeo, ESI, Napoli 2018, 79 ss.; N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2018, 927 ss., e altri ancora.

²⁶ Rammento che la giurisprudenza costituzionale si è duramente espressa nei riguardi di interpretazioni meramente ancorate alla lettera, qualificandole come "primitive" (sent. n. 1 del 2013); è pur vero tuttavia che neppure può approdarsi alla sponda opposta di svilire *in toto* il rilievo delle parole, se non altro perché si priverebbe altrimenti di



evolutiva tale da portare al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la cui affermazione è invece patrocinata da una nutrita ed agguerrita schiera di studiosi per il tramite di quella che ai miei occhi appare essere una *interpretatio abrogans*.

Ci si deve tuttavia chiedere se quest'obiettivo possa essere raggiunto attraverso una rilettura frutto d'integrazione²⁷ della nostra Carta con altre Carte costituzionali (in senso materiale)²⁸, tra le quali una speciale considerazione è comunemente, giustamente riservata alla CEDU ed alla Carta dell'Unione²⁹. Proprio a quest'ultima Carta va assegnato un particolare rilievo, sol che si pensi che essa è dotata di forza "paracostituzionale" o costituzionale *tout court*, andando unicamente soggetta al limite del rispetto dei principi fondamentali di diritto interno³⁰, diversamente dalle altre Carte rese esecutive in ambito interno con legge comune e provviste – a giudizio della Consulta – di rango "subcostituzionale"³¹. Ma non si dimentichi che, per sua stessa afferma-

ogni ragion d'essere la revisione costituzionale (nell'assunto, errato, che tutto possa farsi per via d'interpretazione) e, allo stesso tempo, si determinerebbe una grave, forse irreparabile, alterazione dei ruoli istituzionali, con pregiudizio della separazione dei poteri nel suo fare sistema coi principi fondamentali restanti. E, venendo meno quest'ultima, come si è rammentato richiamando la Dichiarazione del 1789, non c'è più la Costituzione.

²⁷ Di questo bisogno di mutua integrazione delle Carte dei diritti nei fatti interpretativi la giurisprudenza è da tempo avvertita: v., ad es., Corte cost. n. 388 del 1999, nella quale nondimeno si tiene a rimarcare la *primauté* culturale, prima ancora che positiva, della nostra rispetto alle altre Carte, rilevandosi come la legge fondamentale della Repubblica in ogni caso non offra mai un tutela meno avanzata ai diritti di quella che è ad essi apprestata dalle altre Carte. La qual cosa è, a tacer d'altro, confutata proprio da queste ultime (e, segnatamente, dalla CEDU e dalla Carta dell'Unione, laddove ritagliano per sé un ruolo "sussidiario", assumendo di poter valere unicamente a condizione di riuscire ad offrire ai diritti una protezione più adeguata di quella che è ad essi data in ambito interno, dunque anche ad opera della Costituzione).

²⁸ ... e, di conseguenza, quali Corti costituzionali (in senso materiale) vanno tendenzialmente e in modo viepiù marcato proponendosi le Corti europee, secondo quanto è peraltro rilevato dalla più sensibile dottrina [tra gli altri, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO-V. SCARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss., e AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016].

²⁹ Il carattere "tipicamente costituzionale" della Carta dell'Unione è ora riconosciuto anche dalla discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017.

³⁰ Una piena equiparazione alla Costituzione, ad ogni buon conto, comunque non si ha, a tener ferma la nota teoria dei "controlimiti"; ciò che però – come qui pure si è segnalato – dà vita ad un'autentica aporia di costruzione, rilevabile al piano metodico prima ancora a quello teorico.

³¹ La qualifica si rinviene, com'è noto, nella giurisprudenza sulla CEDU inaugurata con le sentenze "gemelle" del 2007; applicando lo schema della fonte interposta, essa però dovrebbe considerarsi valevole anche per le altre Carte, in virtù del riferimento fatto agli impegni internazionali nell'art. 117, I c., cost. (così, infatti, ora, con riferimento alla Carta sociale europea, secondo Corte cost. n. 120 del 2018, laddove nondimeno si discrimina – discutibilmente – tra il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali e quello della Corte EDU, specificamente per l'aspetto del vincolo prodotto dalle relative interpretazioni a carico degli operatori di diritto interno). Come si è però tentato di argomentare altrove, questo modo di ambientare i rapporti tra le fonti, al piano formale-astratto, non può essere condiviso e richiede piuttosto un ra-



zione, la Carta di Nizza-Strasburgo richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della CEDU³², che viene dunque in tal modo veicolata (per l'aspetto culturale, se non pure per quello positivo³³) in ambito interno, fatto ad ogni buon conto salvo – come si è veduto – il principio della massimizzazione della tutela³⁴.

Ora, la giurisprudenza europea, per il tramite della quale il diritto vigente si converte in vivente, appare essere, con riguardo alla definizione di famiglia e alla sua struttura, molto ricca e varia, in parte raccogliendo le sollecitazioni venute da alcune espressioni della società favorevoli al riconoscimento di nuovi modelli di famiglia e, però, allo stesso tempo mostrandosi complessivamente cauta e rispettosa delle tradizioni culturali e positive dei singoli ordinamenti costituzionali³⁵. Francamente, non credo che possa dirsi essersi già formata una “tradizione costituzionale comune” facultizzante la istituzione del matrimonio tra omosessuali³⁶, stante la perdu-

diale mutamento di prospettiva, che porti a riguardare ai rapporti stessi dal punto di vista dei valori fondamentali e dei principi che vi danno espressione (e, segnatamente, di quelli di cui agli artt. 2 e 3 della Carta), alla luce – come si avvertiva poc'anzi – del “metapprincipio” della massimizzazione della tutela. Il sistema è, dunque, sistema di *norme*, non già di *fonti*; e solo i casi della vita possono consentire di stabilire a quali di esse debba darsi la precedenza siccome in grado di appagare al meglio i diritti e, per ciò stesso, di portare all'affermazione della Costituzione come “sistema”.

In partenza o in astratto, insomma, non può dirsi quale sia la fonte (o, meglio, la *norma*) cui debba darsi, nella singola vicenda processuale, la prevalenza, quest'esito dipendendo dal modo con cui le norme stesse partecipano alle operazioni di bilanciamento secondo i casi, ferma restando la condizione *astrattamente* paritaria di tutte le Carte dei diritti, *proprio per il fatto di essere tali*, tutte cioè dotate della “copertura” (più e prima ancora che dell'art. 117) degli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare sistema coi principi fondamentali restanti.

³² Su ciò, ora, N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, FrancoAngeli, Milano 2018, 65 ss.

³³ Di una “comunitarizzazione” della Convenzione, nondimeno, non è possibile – a stare alla giurisprudenza ed alla più accorta dottrina – discorrere, perlomeno fintantoché non si perfezionerà (se mai si avrà...) la prevista adesione ad essa da parte dell'Unione.

³⁴ In realtà, questa eccezione porta, nei fatti, all'esito per cui tutte le Carte richiedono – come si diceva – di attingere l'una dall'altra (o dalle altre), ciascuna concorrendo alla incessante rigenerazione semantica delle restanti. Il “metapprincipio” suddetto, infatti, prima (o piuttosto) che portare alla selezione dell'una norma al posto dell'altra, in applicazione della “logica” esclusiva dell'*aut-aut*, è fattore di preorientamento interpretativo nel “circolo” in seno al quale tutti i documenti normativi “tipicamente costituzionali” s'immettono e svolgono la loro formidabile opera di servizio nei riguardi dei bisogni elementari dell'uomo.

³⁵ Ad es., nel noto caso *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 (ma anche in altri) la Corte di Strasburgo ha stabilito che la CEDU non impone alle legislazioni nazionali, cui espressamente rinvia, di introdurre il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso. Indicazioni con riferimento alla giurisprudenza sia di questa Corte che di quella dell'Unione (della quale ultima molto importante è ora la pronunzia sul caso *Coman* del 5 giugno 2018), possono aversi dai commentari venuti più di recente alla luce, dai quali traspaiono i molti volti della famiglia, senza nondimeno che ne risulti sopraffatta o rifatta la struttura per come risultante dalla tradizione nazionale [v., in particolare, AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, cit., e AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni-O. Pollicino-S. Allegrezza-F. Pappalardo-O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, e *ivi*, part., D. RINOLDI-V. PETRALIA, *sub art. 9*, 160 ss., con amplissima bibl. Per un chiaro quadro di sintesi, v., inoltre, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, in AA.VV., *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, cit., 75 ss. Cfr., poi, la nozione di famiglia e di vita familiare fatta propria dalla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani, in merito alla quale v., di recente, L. CASSETTI, *sub art. 17*, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell'uomo*, a cura di L. Cappuccino e P. Tanzarella, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 454 ss.].

³⁶ In generale, sul ruolo di prima grandezza giocato dalle tradizioni in parola, pur dopo la venuta alla luce della



rante vigenza di discipline nazionali assai varie, alcune delle quali indisponibili a siffatta apertura. Per ciò che a noi più interessa, non credo che si sia già formata da noi una tradizione costituzionale in tal senso, tale da indurre all'abbandono della tradizione cui ha fatto richiamo l'art. 29 e, di conseguenza, ad una rilettura di quest'ultimo aggiornata alla luce del nuovo e (supposto) comune sentire.

5. – Si è dietro veduto che le consuetudini culturali, di cui qui si fa parola, richiedono un largo consenso, altrimenti negherebbero se stesse, ancora più largo poi laddove si tratti – come qui – di ridefinire la struttura stessa del nucleo primigenio della società, la famiglia. Se, dunque, non è possibile l'aggiornamento per via d'interpretazione dell'art. 29, la via piana parrebbe essere quella del suo rifacimento per via di revisione costituzionale³⁷. Ci si deve tuttavia chiedere se si diano da noi le condizioni oggettive di contesto che possano portare a quest'esito³⁸. Si è infatti veduto che il diritto costituzionale è (e dev'essere) disvelamento di consuetudini culturali; non può, ad ogni buon conto, contrapporsi in modo forzoso a queste ultime, altrimenti verrebbe rigettato dal corpo sociale e andrebbe fatalmente soggetto a più o meno corpose, seppur abilmente mascherate, manipolazioni semantiche³⁹.

Carta di Nizza-Strasburgo, ha opportunamente insistito la più sensibile dottrina [riferimenti in L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, Giappichelli, 2013, e O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero la incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea-G. Moschella-A. Ruggeri-A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea-G. Moschella-A. Ruggeri-A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; cfr., inoltre, M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.rivistaaic.it, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in www.dirittounioneeuropea.eu, *Oss. eur.*, dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI-R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017, e, da ultimo, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in *Consulta OnLine*, 2/2018, 7 maggio 2018, 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, cit.].

³⁷ Hanno, tra gli altri, discorso di questa prospettiva A. MORRONE, *sub art. 2*, in AA.VV., *Codice della famiglia*, I, a cura di M. Sesta, Giuffrè, Milano 2009, 34 ss.; A. SPADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 345 ss., spec. 360 ss. Il mio pensiero sul punto, più volte manifestato, può – se si vuole – vedersi in *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in www.rivistaaic.it, 4/2011, 18 ottobre 2011, spec. al § 2.

³⁸ Non ho alcun dubbio a riguardo del fatto che è nella consapevolezza della sostanziale impraticabilità di questa via che si preferisce battere piuttosto l'altra della riscrittura del dettato costituzionale per via d'interpretazione, perseguita attraverso quella strategia processuale volta a gradualisti riconoscimenti, cui si è fatto sopra cenno e di cui si dirà ulteriormente a breve.

³⁹ È interessante notare come anche studiosi che non nascondono la loro preferenza per il riconoscimento del matrimonio tra omosessuali hanno, poi, dovuto ammettere che il riconoscimento stesso non costituirebbe la ratifica "di



Non è – sia chiaro – un problema di garanzie formali della legalità costituzionale, quali si hanno in sede di giudizi sulle leggi davanti alla Consulta, che, pur potendo astrattamente aversi, dispongono però, con specifico riguardo agli atti di forma costituzionale, di margini molto ristretti per farsi valere. E, invero, quante leggi approvate con le procedure dell'art. 138 si conoscono che sono state portate al sindacato della Corte e da questa annullate? Non si dica che non si è fatto perché erano tutte buone. Ne dà conferma la circostanza che sono state riscritte di sana pianta dalla giurisprudenza⁴⁰. Si è insomma assistito alla stipula di un tacito patto, di un'autentica convenzione costituzionale, quindi convertitasi in consuetudine, cui hanno dato vita principalmente i giudici comuni (e, per la loro parte, anche i protagonisti istituzionali dei giudizi in via d'azione), col fatto stesso di non sollevare questioni di legittimità costituzionale, e la Corte costituzionale, che pure adita assai di frequente in via principale avrebbe potuto (e dovuto) vagliare preliminarmente la bontà del parametro e, solo all'esito positivo di siffatto riscontro, farne utilizzo⁴¹: una regola non scritta, questa, che ha indotto gli operatori a battere la via del rifacimento per via d'interpretazione piuttosto che l'altra, apparsa impervia, della caducazione in sede di sindacato di costituzionalità.

Come che sia di ciò, sta di fatto che anche precetti non sorretti da sanzioni giuridicamente efficaci (e questo vale specificamente per le norme costituzionali⁴²), al di là dei meccanismi di garanzia e della loro funzionalità, se non dispongono di profonde e salde radici nel tessuto sociale vanno poi fatalmente incontro a loro incisive manipolazioni per via d'interpretazione.

Come si è dietro accennato, si è infatti assai di frequente assistito al ribaltamento dell'ordine giusto in cui legislazione e giurisdizione devono stare, la seconda prendendo il posto della pri-

un *idem sentire* affermatosi stabilmente nella società” bensì “uno scatto in avanti rispetto al presente” (C. TRIPODINA, *Costituzione e matrimonio omosessuale: quis interpretabitur?*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi “nemici”*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiotto-P. Veronesi, e-book, Giappichelli, Torino 2010, 360).

È, ad ogni buon conto, evidente che, una volta che dovesse affermarsi una nuova consuetudine culturale favorevole all'apertura al matrimonio tra omosessuali, non vi sarebbe a rigore bisogno della sua “razionalizzazione” positiva, bastando allo scopo il riferimento alla tradizione contenuto nell'art. 29; è, tuttavia, chiaro che fare opera di chiarificazione sul punto non è privo di conseguenze, se non altro valendo a dare certezze e garanzie che altrimenti potrebbero non aversi.

⁴⁰ Emblematica testimonianza di ciò si è avuta (e si ha) con riguardo al Titolo V, quale rifatto nel 2001 (ma molti altri esempi potrebbero nel medesimo senso addursi). In argomento, v., nuovamente, il mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, cit.

⁴¹ ... secondo quanto è stato più volte rilevato dallo stesso giudice costituzionale, ad es. sul terreno dei rapporti tra CEDU e diritto interno. È poi pur vero che altro è il parametro costituito da una fonte di forma costituzionale, quale quella che ha riscritto il Titolo V, ed altra cosa il parametro cui dà vita una fonte interposta, quale la legge di esecuzione di un trattato internazionale. Sta di fatto, però, che, in un caso e nell'altro, non si è avuta la conversione del parametro in oggetto del sindacato di costituzionalità. Hanno fatto eccezione a questa regola (ma solo fino ad un certo punto...) la esposizione dei “controlimiti” avutasi nel caso *Taricco* (chiuso da Corte cost. n. 115 del 2018) e, prima ancora, la denuncia della loro violazione ad opera di Corte cost. n. 238 del 2014.

⁴² Proprio le norme apicali dell'ordinamento – è ormai provato – sono infatti obbligate a confidare, in non pochi casi, sul senso dello Stato e, perciò, nell'adesione al valore di fedeltà alla Repubblica e all'etica pubblica consacrata nella Carta al fine di potersi far valere, non riuscendosi a centrare l'obiettivo unicamente a mezzo dei meccanismi sanzionatori allo scopo predisposti che vanno incontro a limiti strutturali loro propri di rendimento.



ma, anziché disporsi a rimorchio e salvaguardia di quella. Un fenomeno, questo, di cui si ha riscontro non solo presso la Consulta: non si trascuri, infatti, il ruolo al riguardo giocato dai giudici comuni, specie laddove non si rivolgano al giudice costituzionale affinché faccia luogo alla caducazione delle norme di legge sospette d'invalidità ma procedano *motu proprio* alle manipolazioni interpretative in parola, ora perché consapevoli della esistenza di un radicato indirizzo della Consulta avverso alle sollecitazioni a quest'ultima in passato rivolte nel senso dell'annullamento ed ora perché il rifacimento del dettato legislativo richiederebbe un'operazione complessa per la quale la sede del sindacato di costituzionalità appare essere comunque inadeguata.

Per chiudere sul punto, non mi pare che, allo stato attuale della evoluzione culturale raggiunta nel nostro Paese in ordine alla natura della famiglia e alla struttura del matrimonio, i tempi possano considerarsi ormai maturi perché il matrimonio stesso possa essere aperto a persone di ugual sesso con legge costituzionale e men che mai con legge comune (ammesso, e non concesso, che ci siano i numeri e la volontà politica per farvi luogo)⁴³.

Ciò posto, non va però perso di vista il fatto che alle volte uno stesso obiettivo può essere centrato per via traversa o in modo mascherato, non di rado assistendosi all'aggiramento, posto in essere in modo più o meno abile e raffinato, di una indicazione costituzionale, senza che peraltro sia agevole darne la dimostrazione.

Si pensi – per ciò che qui specificamente importa – alla disciplina delle unioni civili, di cui alla legge n. 76 del 2016. Qui, il problema di fondo è come stabilire dove passa la linea di confine tra ciò che richiede una regolazione non dissimile rispetto a quella riservata alla famiglia (nella sua ristretta e propria accezione) e ciò che, di contro, ha bisogno di una pur parziale differenziazione.

Sappiamo dalla già richiamata sent. n. 138 del 2010 che la diversità di trattamento riservato alla famiglia e alle formazioni sociali a questa similari resta pur sempre soggetta a verifica secondo ragionevolezza. Di questo canone, però, si può (e deve) fare uso in doppio verso di marcia e con duplicità di esiti o effetti; e, così come la tipicità della regolamentazione non può spingersi oltre una certa soglia (pure rimasta astrattamente indefinita), del pari anche una disciplina indifferenziata non può specularmente portarsi oltre un certo punto, presentandosi altrimenti essa pure viziata per irragionevolezza⁴⁴.

La questione allora, a conti fatti, si riduce al quesito seguente: sono sufficienti le differenze relative all'adozione e al dovere di fedeltà dei coniugi a giustificare lo “stacco” tra la famiglia quale “società naturale” e la (comunque diversa) formazione sociale cui dà vita l'unione civile?

⁴³ Quest'ultima via è stata ritenuta percorribile da una nutrita schiera di studiosi, alla luce di quanto stabilito da Corte cost. n. 138 del 2010; a fugare però ogni residuo dubbio (ammesso che avesse motivo di sussistere...) al riguardo è sopravvenuta la sent. n. 170 del 2014 che ha nella parte motiva risolutamente escluso la eventuale prosecuzione dell'esperienza matrimoniale una volta che uno dei coniugi dovesse acquisire lo stesso sesso dell'altro.

⁴⁴ Un autentico *passe-partout* o, se si preferisce, una sorta di *deus ex machina* appare essere il canone o criterio in parola che, esattamente come nelle antiche tragedie, scende dal cielo a districare vicende particolarmente aggrovigliate dalla mano dell'uomo e non altrimenti districabili.



Non è agevole rispondere a questa domanda, in relazione alla quale dispongo di una sola certezza: che non è comunque consentito pervenire ad una piena identità di trattamento tra l'una e l'altra specie di formazione sociale, risultando altrimenti chiaramente aggirato il precetto costituzionale che – piaccia o no – tipizza l'una (quella nominata) rispetto alla seconda, innominata (ed *ex adverso* questa rispetto a quella).

Debbo qui confessare di esser persuaso che la tendenza che sembra essere per il prossimo futuro in crescita è nel senso di una sempre più marcata assimilazione del trattamento; e non escludo, perciò, che questo *trend* possa pervenire persino alla meta dell'integrale appiattimento della condizione delle formazioni suddette. Basti solo pensare, con riguardo al rapporto genitori-figli, ai casi ricorrenti di trascrizione in Italia di atti di nascita formati all'estero da cui i minori risultano figli di genitori omosessuali⁴⁵.

Al di là di come si valutino queste esperienze, ad alcune delle quali si farà cenno tra non molto, resta il fatto, inoppugnabile, che non possono chiamarsi cose uguali con nomi diversi, come pure cose diverse con nomi uguali, tanto più quando i nomi li ha dati la stessa Carta costituzionale. Il principio di eguaglianza e il canone della ragionevolezza vanno presi sul serio, non quali *optional* rimessi alla insindacabile scelta dei governanti di turno e – non è inopportuno rammentare – degli stessi garanti della legalità costituzionale, dai quali ci si attende chiarezza e certezza, non confusione o commistione di modelli culturali comunque diversi.

6. – Il dettato costituzionale sulla famiglia è, nondimeno, un banco di prova particolarmente attendibile al fine della verifica della effettiva capacità prescrittiva della Costituzione. La circostanza poi che le alterazioni del dettato stesso siano state (o, meglio, da molti si considerino essere) *in melius*, lungo la via che porta alla meta dell'affermazione dei principi di libertà ed eguaglianza nel loro fare “sistema” coi principi fondamentali restanti, non vale comunque a scaricare gli operatori delle responsabilità che conseguono alla scelta di aver battuto vie diverse da quella tracciata nella stessa Carta per il proprio aggiornamento, laddove a ciò non soccorrano le pur notevoli risorse dell'interpretazione.

Molti esempi possono addursi a riprova di questo stato di cose, in aggiunta a quello sopra ri-

⁴⁵ Ormai numerose sono, infatti, le pronunzie dei giudici comuni che vi fanno luogo, fatte oggetto di commenti perlopiù orientati ad incoraggiarne l'ulteriore diffusione [*ex plurimis*, G. FERRANDO, *Riconoscimento dello status di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 7/2017, 946 ss. e, pure *ivi*, C.E. TUO, *Riconoscimento di status familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*, 952 ss.; inoltre, A. GUSMAI, *Madre e padre (in)certi: brevi riflessioni sulla “omogenitorialità” a partire da alcune recenti decisioni della giurisprudenza comune in tema di trascrivibilità dell'atto di nascita*, in www.federalismi.it, 23/2017, 29 novembre 2017, e U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2018, II, 552 ss.]. Meritano, poi, di essere ricordate le recenti decisioni dei Tribunali di Bologna e di Pistoia che hanno con decreti del luglio 2018 disposto la formazione di un atto di nascita in cui figurano due madri, facendo applicazione diretta dell'art. 8 della legge n. 40 del 2004, nonché, più di recente, il provvedimento della Corte d'appello di Perugia del 22 agosto 2018 (e su di esso la nota di A. SCHILLACI, *Joan ha due mamme/2: la conferma della Corte d'Appello di Perugia*, in www.articolo29.it, 23 agosto 2018).



portato con riguardo alla conformazione della struttura della famiglia, alla sua conversione da monotipica in “plurale”, rilevata – come si diceva – con compiacimento da numerosa dottrina. Esempi che attengono, per un verso, alle relazioni tra i coniugi e, per un altro, a quelle degli stessi coi figli.

Per il primo aspetto, il dato più saliente e appariscente è costituito dal ribaltamento avutosi nel rapporto tra eguaglianza tra i coniugi e unità della famiglia⁴⁶.

Nulla si dice nell’art. 29 a riguardo del fatto che il pur parziale e circoscritto sacrificio per l’eguaglianza dei coniugi si consumi a discapito di questo o quello di essi; il Costituente, nondimeno, non ignorava di certo il passato millenario di storia dell’istituto familiare che aveva visto sistematicamente penalizzata e persino mortificata la condizione della donna rispetto a quella dell’uomo, un passato al quale ha inteso reagire, antepoendo nondimeno pur sempre l’interesse della istituzione familiare rispetto a quello dei singoli e della stessa coppia da essi composta⁴⁷.

⁴⁶ Ho anticipato il mio pensiero sul punto in *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Riv. dir. comp.* (www.dirittoconparati.it), 1/2017, 15 giugno 2017; lo riprendo qui con ulteriori precisazioni.

⁴⁷ Dietro la formula che ammette le limitazioni per l’eguaglianza dei coniugi si intravede, poi, quel preminente interesse dei minori cui è quindi dato specifico rilievo negli artt. 30, 31 e 37 (su ciò, anche *infra*). Su tale interesse, da tempo, com’è noto, oggetto di dispute non sopite al piano teorico e – ciò che più importa – a quello del suo pratico riscontro, v., tra i molti altri, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016; L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, e S. ROMBOLI, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio dell’interesse superiore del minore*, entrambi in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., rispettivamente, 467 ss. e 505 ss.; A. ARENA, *A proposito dello “statuto costituzionale del minore” (Brevi riflessioni a margine di alcune “novità” nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in Consulta OnLine, 2/2016, 6 giugno 2016, 241 ss.; B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte EDU: le trasformazioni degli istituti dell’adozione e della filiazione “sorrette” da un’ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in www.rivistaaic.it, 1/2017, 5 marzo 2017, che paventa il rischio che la formula si riveli *bonne à tout faire*; G. VANNONI, *L’interesse del minore ad un’educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in Consulta OnLine, 2/2017, 8 maggio 2017, 298 ss.; A. SASSI, *La filiazione tra responsabilità e favor veritatis*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., 429 ss.; U. SALANITRO, *op. et loc. ult. cit.*, e, con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte dell’Unione, L. RATTI, *sub art. 24*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit., 474 ss., e ad entrambe le Corti europee I. ANRÒ, *Il principio del superiore interesse del minore: tra ipotesi di “abuso” e diritti fondamentali nel contesto della giurisprudenza delle Corti europee*, in AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, a cura di S. Niccolai-E. Olivito, Jovene, Napoli 2017, 55 ss. (in altri contributi a questo volume sono frequenti richiami al principio del preminente interesse del minore). Per un confronto con la giurisprudenza della Corte interamericana, v., poi, G. MARTINICO, *sub art. 19*, in *Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell’uomo*, cit., 491 ss., spec. 504 ss. Da ultimo, i numerosi contributi al convegno su *The best interest of the child*, svoltosi all’Università La Sapienza di Roma il 20-22 settembre 2018.

È poi da segnalare che un’accreditata dottrina ha, ancora di recente, rinnovato il proprio convincimento avverso la possibilità di configurare un interesse della famiglia *ut sic*, diverso e (se del caso) preminente rispetto a quello dei suoi componenti (R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 62 s.). Si è poi fatto notare da parte di un’autorevole dottrina (T. AULETTA, *Dai principi costituzionali al “diritto vivente”*. *Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 635) che l’interesse della famiglia non può che risolversi in quello comune ai suoi componenti, allo stesso tempo ammettendosi l’eventualità che siano sacrificati interessi “individuali ed egoistici”. Sta di fatto che la configurabilità di interessi facenti capo alla famiglia in



Sta di fatto che l'autore della Carta ha immaginato eguaglianza ed unità quali valori in potenziale, reciproco conflitto ed ha fatto la sua scelta. Questo schema è stato, tuttavia, rovesciato su se stesso da sensibili studiosi, cui ha fatto quindi da eco una nutrita giurisprudenza, che hanno fatto notare come un'unità imposta a forza sulla eguaglianza finirebbe col rinnegare se stessa, ponendosi quale una invenzione artificiale, incapace di reggersi in piedi e di durare nel tempo. Di contro, è venuta affermandosi, dapprima a fatica e di poi con crescenti consensi, l'idea secondo cui l'unità si costruisce e mantiene proprio preservandosi l'eguaglianza, non già con la sua menomazione sia pure per una giusta causa⁴⁸. Riprendendo l'indicazione di ordine metodico-teorico dietro rappresentata, si è dunque formata una *consuetudine culturale* secondo la quale l'ordine giusto in cui i valori di eguaglianza e unità devono stare è proprio quello di far discendere il secondo dal primo, sì da aversi il congiunto appagamento di entrambi.

Sottoscrivo *toto corde* quest'esito; purtroppo, però, la lettera dell'enunciato costituzionale non dice questo, non dice cioè che l'unità è frutto di una costruzione teorico-positiva cui si perviene attraverso un faticoso e alle volte sofferto lavoro quotidiano pazientemente posto in essere da coniugi che si sentano davvero, in tutto e per tutto, eguali e desiderosi di portarsi rispetto a vicenda. Dice invece che l'unità può affermarsi a discapito della stessa eguaglianza: *secundum verba* – parrebbe – persino di quella morale, e non solo di quella giuridica; in realtà, come si è fatto notare da un'accreditata dottrina⁴⁹, la prima non può andare soggetta ad alcun limite, per la elementare ragione che in essa si rispecchia e risolve la dignità della persona umana, che – ha efficacemente rilevato questa stessa dottrina⁵⁰ – non è bilanciabile, ponendosi piuttosto quale la

quanto tale dispone dell'esplicito avallo della lettera del dettato costituzionale (fa il punto sull'annosa questione F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*, nel vol. coll. da ultimo cit., 7 ss. e, della stessa, ora, *sub art. 29*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, a cura di F. Clementi-L. Cuocolo-F. Rosa-G.E. Vigevari, Il Mulino, Bologna 2018, 197 ss.).

⁴⁸ Questo pensiero è rimarcato con forza in Corte cost. n. 286 del 2016, cui si farà più avanti richiamo, laddove troviamo scritto che “è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo”, poiché l'unità “si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità”.

⁴⁹ Part., G. SILVESTRI, *Brevi note sull'eguaglianza “morale” dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1973, 75 ss.; v., inoltre, P. PERLINGIERI, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Dir. e giur.*, 1974, 485 ss.; M. BESSONE, *Eguaglianza “morale” dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975, 729 ss. e, dello stesso, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, art. 29-34, *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1976, 1 ss.; F. CAGGIA-A. ZOPPINI, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, I, Utet, Torino 2006, spec. 611 ss. Più di recente, M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, 145 ss.

⁵⁰ Ancora G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazione-deicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, e, dello stesso, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss., nonché, in buona sostanza, già, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., laddove si rileva il carattere “supercostituzionale” del valore della dignità. Si sono quindi rifatti a questa indicazione teorica, tra gli altri, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss., e L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna 2017, spec. 157 ss. Di contro, reputano la dignità soggetta a bilanciamento, al pari di ogni altro diritto o principio fondamentale, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al pote-*



“bilancia” su cui si dispongono i beni della vita costituzionalmente protetti e bisognosi di reciproca ponderazione.

Il vero è che, come si è tentato di mostrare altrove⁵¹, il Costituente intendeva dire cosa diversa da ciò che detto; e, invero, non conoscendo al tempo il linguaggio dei bilanciamenti secondo valore, ha discusso di limiti all’eguaglianza: non sarebbe tuttavia stato concepibile ammettere una sperequata condizione dei coniugi sia pure limitatamente a taluni campi materiali di esperienza, la qual cosa avrebbe comportato una menomazione della dignità del coniuge penalizzato, mentre si è inteso spianare la via a circoscritti sacrifici imposti dalla legge ora all’uno e ora all’altro a presidio dell’unità della istituzione familiare cui gli stessi hanno dato vita, comunque ovviamente soggetti a verifica di costituzionalità secondo ragionevolezza.

Un esempio poi altamente emblematico di modifica tacita del dettato costituzionale, frutto della convergente opera di rifacimento dello stesso posta in essere da giudici e legislatore e dietro ispirazione e sollecitazione di una consistente schiera di studiosi, è quello registratosi con riguardo alla condizione dei figli, segnatamente per ciò che attiene alla parificazione di quelli nati fuori del matrimonio e di quelli nati in costanza dello stesso⁵².

Ancora una volta, la Costituzione si presenta sul punto, di cruciale rilievo, oscillante tra vecchio e nuovo. Risente del condizionamento della tradizione allo stesso tempo in cui si prefigge di reagire ad essa: soffre infatti l’influenza esercitata dagli schemi forgiati da una inveterata quanta ignobile consuetudine culturale che vedeva additati al pubblico ludibrio i figli naturali e sacrificata la loro condizione giuridica complessiva; e ne dà conferma l’aggettivo “compatibile” che figura nell’art. 30, una parola pesante quanto un macigno e che osta al raggiungimento dell’obiettivo della piena eguaglianza, svuotando a conti fatti, in una consistente misura, l’affermazione che subito la precede nell’enunciato costituzionale, secondo cui ai figli suddetti sarebbe da riconoscere “ogni tutela giuridica e sociale”.

Insomma, un’autentica, effettiva eguaglianza non avrebbe comunque potuto realizzarsi. Come mai, allora, è riuscita ad affermarsi senza dover passare attraverso la revisione formale del disposto in parola?

La risposta è in ciò che s’è detto prima. La Costituzione ha recepito una indicazione venuta dalla tradizione; col tempo, però, è venuta a formarsi un’altra tradizione che si è iscritta entro la cornice di un generale ripensamento degli *status* coerente col passaggio dal soggetto alla persona⁵³, una tradizione alla quale la legge ha dato voce e forma, senza essere contraddetta dagli

re, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

⁵¹ ... nel mio *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse del minore*, cit.

⁵² Nella ormai incontenibile lett. al riguardo formatasi v., tra gli altri, R. AMAGLIANI, *L’unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2015, 554 ss., e A. GORASSINI, *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell’eclissi del diritto civile*, in *Europa e dir. priv.*, 2/2018, 385 ss.

⁵³ Come ha efficacemente rilevato C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e “status” della persona*, in *Riv. crit. dir.*

JUS CIVILE



operatori istituzionali ed anzi dagli stessi è stata particolarmente apprezzata (specie da parte dei giudici comuni, che non ne hanno fatto oggetto di contestazione davanti alla Corte costituzionale, prima, e da quest'ultima poi)⁵⁴.

Si possono fare altri esempi ancora. Si pensi, per tornare ai rapporti tra i coniugi, alla evoluzione repentina e, per certi versi, stupefacente avutasi nella giurisprudenza costituzionale in materia di adulterio: la Consulta, con la sent. n. 64 del 1961, ha recepito una vecchia tradizione culturale, francamente ripugnante all'idea stessa di eguaglianza morale, prima ancora che giuridica, dei coniugi; nel '68, con la sent. n. 126, ha quindi dato voce ad una nuova tradizione culturale. Perlomeno, così parrebbe doversi concludere a riguardare con distacco a questa ormai lontana vicenda⁵⁵.

La verità è, però, un'altra: che la prima volta si è fatto luogo all'inopinato recupero di una tradizione ormai superata o, forse, che resisteva solo in alcune frange del tessuto sociale, nel mentre era già venuta a formarsi un'altra tradizione con quella frontalmente contrastante, risolutamente portata ad affermarsi e a diffondersi, alla quale si sarebbe potuto (e dovuto) da subito fare richiamo, sol che se ne fosse avuto il coraggio e la sensibilità. Nel frattempo, intervenuti significativi mutamenti nella composizione della Corte⁵⁶, ha preso forma il brusco *revirement* di orientamento sopra rammentato. Accade – come si sa – assai spesso e non è il caso qui di mostrarsene sorpresi. Il punto è però che, ferme le condizioni oggettive di contesto (fattuale e positivo)⁵⁷, non si spiega come mai possa la medesima questione di costituzionalità ricevere risposte diametralmente opposte. Ciò che si risolve – com'è evidente – in una grave menomazione del bene della certezza del diritto costituzionale e, a un tempo, della certezza dei diritti costituzionali. Tanto più grave appare poi essere quest'esito se si pensa che sulla Corte, più che su ogni altro giudice, grava l'onere di salvaguardarlo, ponendosi le sue pronunzie al riparo di ogni possibile impugnazione grazie allo scudo protettivo eretto dall'art. 137, ult. c., uno scudo che – secondo una sua diffusa rappresentazione – farebbe della Corte l'organo di chiusura del sistema, il luogo cioè in cui si fissano i punti di non ritorno nelle controversie tra gli operatori del diritto⁵⁸.

priv., 1/2015, 7 ss., i diritti fondamentali si pongono quali “agenti dissolutori degli *status*”. Le vicende di questa risalente nozione, unitamente al suo complessivo ripensamento, possono vedersi in G. CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del novecento*, Giuffrè, Milano 2013.

⁵⁴ Si è dunque assistito ad una modifica tacita della Costituzione con legge... *ordinaria*, sostenuta da una consuetudine culturale che ne ha determinato la nascita e la mantiene in vita.

⁵⁵ Sulla scomparsa dell'adulterio, per tutti v. L. OLIVERO, *L'infedeltà virtuale. Italia e Francia a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 510 ss.

⁵⁶ Solo quattro i giudici partecipi di entrambe le decisioni, su un totale di quindici la prima volta e quattordici la seconda (Sandulli, Branca, Fragali e Mortati).

⁵⁷ ... ferma, cioè, quella che a me piace chiamare la “situazione normativa”, quale oggetto del sindacato di costituzionalità, nella sua duplice connotazione strutturale risultante da elementi sia fattuali che normativi (su ciò, indicazioni in A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss.).

⁵⁸ Si è però fatto in altre sedi notare che lo stesso divieto d'impugnazione in parola, pur laddove si consideri espressivo di un principio fondamentale dell'ordinamento, non si sottrae alla eventualità del suo bilanciamento con altri principi parimenti fondamentali, all'insegna del “metaprinzipio” della ottimizzazione della tutela dei diritti e, in



Sta di fatto che la spiegazione data dalla Corte a giustificazione del proprio *revirement* in materia di adulterio è però proprio quella rispondente al modello teorico qui sommariamente rappresentato: il diritto, quello vigente come pure quello vivente, deve infatti dar voce – come si è venuti dicendo – alle consuetudini culturali espresse dal corpo sociale, assecondandone lo sviluppo e il radicamento nell’ordinamento e nell’esperienza.

Per fare ancora solo un esempio al riguardo, di ciò si è avuta testimonianza con la già richiamata sent. n. 286 del 2016, con la quale – com’è noto – si è acconsentito, in nome della evoluzione della “coscienza sociale”, alla trasmissione anche del cognome materno ai figli⁵⁹. La qual cosa ha, a un tempo, ripristinato condizioni di eguaglianza tra i coniugi e, soprattutto, salvaguardato l’identità personale della prole. Il punto è, però, che laddove dovesse fare difetto l’accordo tra i coniugi, resterebbe salvo il regime che privilegia il coniuge di sesso maschile, diversamente da ciò che si ha in altri ordinamenti nei quali la trasmissione in parola non sacrifica in partenza nessuno dei coniugi, pur avendosi poi la perdita del secondo cognome col passare delle generazioni. Perdurano, dunque, come si vede, le oscillazioni tra vecchio e nuovo, in un quadro che è comunque assai cambiato rispetto ad un orientamento culturale ancora fino a pochi anni addietro considerato granitico e non scalfibile.

7. – L’indicazione metodico-teorica qui data in relazione al rapporto tra consuetudini cultura-

genere, dei beni costituzionalmente protetti, visti nel loro fare “sistema”. La qual cosa, in particolare, può aver luogo nel caso che sopravvenga ad una decisione della Consulta una pronuncia di questa o quella Corte europea che lo stesso giudice costituzionale, successivamente adito, riconosca essere idonea ad innalzare il livello della tutela suddetta, con la conseguenza che la Corte delle leggi potrebbe (*rectius*, dovrebbe) quindi darvi seguito, seppur col costo del superamento del giudicato costituzionale (non già, però, nel senso della rimozione degli effetti dallo stesso prodotti bensì nell’altro dello scostamento da esso per il futuro).

Si pensi, ad es., alla eventualità che in un primo tempo si abbia l’annullamento di una norma di legge che invece sia in ambito europeo giudicata indispensabile al fine di apprestare l’ottimale salvaguardia ad un diritto fondamentale. Ebbene, la riproduzione con legge di norma dapprima caducata, che – come si sa – è dalla Consulta giudicata lesiva del giudicato costituzionale, potrebbe invece essere qui consentita (ed anzi apprezzata dallo stesso giudice costituzionale), grazie alla “copertura” offertavi dalla giurisprudenza europea e, dal nostro punto di vista, dagli artt. 2 e 3, riletti alla luce di quel metodo della integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, di cui si faceva poc’anzi parola.

⁵⁹ Tra i molti altri commenti, v. L. TRUCCO, *Lo “statuto del doppio cognome”. Genova convince la Consulta*, in *Nuova giur. lig.*, 4/2016, 49 ss.; E. Malfatti, *Illegittimità dell’automatismo, nell’attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017; S. Scagliarini, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in www.rivistaaic.it, 2/2017, 19 maggio 2017, e, nella stessa *Rivista*, N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, 4/2017, 21 novembre 2017; G. Viggiani, *La questione del cognome materno e l’intervento “indifferibile” del legislatore*, in *Pol. dir.*, 3/2017, 467 ss.; C. Ingenito, *L’epilogo dell’automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, in www.osservatorioaic.it, 2/2017, 31 maggio 2017, e, pure *ivi*, A. Fusco, «Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull’attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessioni a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016, 3/2017, 5 settembre 2017. In questi (e in altri scritti) è ampiamente evidenziata l’influenza esercitata dalla giurisprudenza europea (specie in *Cusan e Fazzo c. Italia* del 2014). Un confronto tra quest’ultima e la giurisprudenza interamericana è in F. Bailo-L. Trucco, *sub art. 18, in Commentario alla prima parte della Convenzione americana dei diritti dell’uomo*, cit., 478 ss., spec. 489 s.



li e interpretazione e revisione costituzionale è, a mia opinione, da tener ferma in relazione ad ogni altra questione che si ponga nell'universo familiare, specie a quelle maggiormente spinose e intricate, quali sono le questioni la cui ambientazione e soluzione si situa all'incrocio tra etica, diritto e scienza.

Si pensi, ad es., alla varietà dei modi con cui oggi si pone il diritto alla genitorialità, ai molti volti che può assumere, specie in talune vicende della vita nel corso delle quali lo stesso può trovarsi in conflitto con altre pretese soggettive parimenti meritevoli di tutela, senza che sia affatto agevole rinvenire un punto equilibrato di reciproca composizione e, prima ancora, che si sappia in applicazione di quale criterio quest'ultima possa aversi.

La scienza, come si sa, ha fatto enormemente crescere le pretese in parola, mentre l'etica parrebbe, perlomeno per certi versi, farvi da ostacolo o, come che sia, frenarne le aspettative e indurre a maggior cautela: nel mezzo sta il diritto, obbligato a volgere lo sguardo attento e pensoso sia verso l'una che verso l'altra. Le consuetudini culturali, di cui qui si viene dicendo, giocano allora un ruolo di prima grandezza, esse pure traendo alimento dalle opportunità offerte dalla scienza, in un quadro che appare peraltro essere complessivamente connotato da opacità e mobilità degli elementi di cui si compone.

Sta di fatto che, in tema di questioni scientificamente sensibili, la Costituzione viene a trovarsi in una condizione di grande incertezza e debolezza: si presenta come malferma e, persino, talora, “muta”, spianando in tal modo la via per l'affermazione delle soluzioni scientificamente orientate, nei limiti in cui queste ultime possano rivendicare per sé il titolo per farsi valere in quanto dotate di sufficiente credito nell'ambiente in cui maturano e si radicano.

Emblematica al riguardo la vicenda definita da Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca. Non si sta ora a verificare nuovamente la linearità del ragionamento svolto nella circostanza dal giudice delle leggi⁶⁰; è interessante, tuttavia, la conclusione cui tale pronuncia perviene: nell'assunto che, a causa delle divisioni esistenti tra gli scienziati, la Costituzione sia obbligata a restare – come si diceva – muta, la palla è fatta passare nelle mani del legislatore cui è rimessa la scelta circa la destinazione degli embrioni, una scelta nondimeno priva in tesi di parametro costituzionale col quale confrontarsi e soggetta unicamente al consueto giudizio secondo ragionevolezza.

La domanda che allora si pone è da dove il legislatore possa (e debba) ricevere un orientamento (ammesso, e non concesso, che si determini ad intervenire) laddove, come qui, anche la scienza resti muta (o – il che è praticamente lo stesso – parli troppe lingue reciprocamente incomunicabili, come nella classica Babele) e lo stesso corpo sociale si presenti al proprio interno profondamente diviso e brancoli nel buio più fitto (come, d'altronde, è in un certo senso comprensibile, trattandosi di questioni di biodiritto dai risvolti sia etici che scientifici particolarmente delicati e complessi). Insomma, se – come pare – non si è ancora formata, anche per effetto dell'influenza esercitata dal

⁶⁰ Molti i commenti di vario segno (ma perlopiù critici) alla decisione *de qua*, tra i quali quelli che sono in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2016.



mondo della cultura, nella varietà delle sue espressioni, una consuetudine in un senso o nell'altro, è da chiedersi cosa mai si possa pretendere dal legislatore che faccia⁶¹.

Altre volte, invece, la soluzione, seppur impegnativa, può essere raggiunta proprio perché la scienza non vi si oppone, ed allora il campo resta occupato unicamente dall'etica e dal diritto.

Si pensi, ad es., alla vessata questione della maternità surrogata⁶², in relazione alla quale si ha

⁶¹ Nel frattempo, perdurando l'inerzia del legislatore, le tensioni e contraddizioni esistenti nella società e tra gli scienziati finiranno verosimilmente con il seguitare a scaricarsi sui giudici, i quali non possono trincerarsi dietro un pur sofferto *non liquet* a motivo dell'ufficio ricoperto e dei doveri ad esso conseguenti [svolgimenti sul punto nel mio *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2016, 245 ss.].

⁶² In tema si è riversata – come si sa – un'autentica alluvione di scritti, tra i quali, per limitare ora i riferimenti unicamente a quelli più di recente apparsi, v. almeno i contributi che sono in *GenIUS*, 2/2017; inoltre, tra i molti altri, v. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2014, 157 ss., e, nella stessa *Rivista*, M. RIZZUTI, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, 2/2015, 89 ss.; L. POLI, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, 3/2015, 7 ss. e, ancora, i contributi che sono nel fasc. 2/2016; S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in www.costituzionalismo.it, 3/2015, 2 febbraio 2016; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come "far cose con regole"*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 211 ss., e, pure ivi, E. LA ROSA, *Surrogazione di maternità e "rischio penale"*, 313 ss.; A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, cit., 717 ss.; A. LA SPINA, *La tutela dell'identità personale del nato all'estero con maternità surrogata*, in AA.VV., *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, a cura di M. Trimarchi-A. Federico-M. Astone-C. Ciraolo-A. La Spina-F. Rende-E. Fazio-S. Carabetta, Giuffrè, Milano 2017, 359 ss., spec. 371 ss.; G. LUCCIOLI, *Questioni eticamente sensibili: quali diritti e quali giudici. La maternità surrogata*, in *Consulta OnLine*, 2/2017, 1 giugno 2017, 325 ss.; F. PARUZZO, *Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in www.osservatorioaic.it, 2/2017, 21 luglio 2017; AA.VV., *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cit.; R. PICARO, *Le fragili fondamenta del divieto di surrogazione di maternità nel contesto globale non armonizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2017, 1262 ss.; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 79 ss., e, dello stesso, ora, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio)*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2/2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018, spec. 103 ss.; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in www.costituzionalismo.it, 1/2018, 148 ss.; V. DE SANTIS, *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, PMA eterologa e cognome materno*, in www.nomos-leattualtaneldiritto.it, 1/2018, spec. al § 3; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272)*, in www.forumcostituzionale.it, 15 febbraio 2018, e, nella stessa *Rivista*, G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017*, 9 marzo 2018; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2018, 2 aprile 2018; U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, cit., spec. 556 s.; F. ROMEO, *Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. it.*, 4/2018, 835 ss.; S. SERRAVALLE, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, ESI, Napoli 2018; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in AA.VV., *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, a cura di A. Di Stasi, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 137 ss., e, pure ivi, M.C. BARUFFI, *Diritto internazionale privato e tutela degli status acquisiti all'estero. Le incertezze della Corte di Cassazione con riguardo alla maternità surrogata*, 161 ss.; M. GERVASI, *The European Court of Human Rights and Technological Development: the Issue of the Continuity of the Family Sta-*



una lampante conferma di quanto si diceva poc'anzi in merito ai casi in cui il legislatore fa luogo a discipline connotate da eccessiva rigidità, trancianti (qui, nel senso del divieto del ricorso a siffatta tecnica riproduttiva), le quali vanno poi fatalmente incontro al loro rifacimento in sede di giudizi di costituzionalità ovvero – come pure si diceva – per via interpretativa, un rifacimento volto a rendere duttili ed agevolmente adattabili ai casi le discipline stesse. Perché il vero è che non v'è modo di stabilire in astratto quando il diritto alla genitorialità possa farsi valere e quando si trovi invece costretto ad arrestarsi a fronte di altri beni o interessi meritevoli di prioritaria considerazione: sono piuttosto i casi della vita, nella loro complessiva connotazione, ad attrarre a sé la soluzione giusta.

Enuncio qui senza argomentare (e rinviando al riguardo ad altre sedi di riflessione scientifica) qual è la soluzione nella quale mi riconosco e che considero maggiormente adeguata a realizzare una equilibrata composizione degli interessi in campo, che è quella di un netto rifiuto di qualsiasi forma di genitorialità conquistata col costo di fare del corpo umano una merce di scambio⁶³. La qual cosa sarebbe gravemente lesiva della dignità di tutti gli attori sulla scena, a partire da quella dello stesso bambino venuto alla luce in tal modo⁶⁴; nulla, di contro, a mia opinione si oppone ad una maternità frutto di un dono, espressivo cioè di uno slancio solidale di una persona verso un'altra o altre. La qual cosa, poi, consiglia di restringere l'area dei soggetti che possono esserne protagonisti alla stretta cerchia familiare, sì da far presumere (salva, nondimeno, la prova del contrario) la gratuità del ricorso a siffatta tecnica riproduttiva.

Delicate questioni si pongono, poi, con riferimento al seguito da dare a siffatta forma di maternità, laddove se ne riscontri il carattere illecito. È una questione, questa, che peraltro si ripropone in relazione a molte e varie vicende in ambito familiare, laddove entrino in rotta di collisione, da un canto, il ripristino del primato di regole disattese e, dall'altro, la cura del preminente interesse del minore, specie per il caso che si siano già costituiti legami familiari particolarmente stretti il cui scioglimento potrebbe avere effetti devastanti per il minore stesso⁶⁵.

Ancora una volta, nessuna risposta può considerarsi valevole una volta per tutte, dovendosi piuttosto soppesare con estrema delicatezza i beni della vita in campo, ricercando una soluzione per quanto possibile complessivamente appagante⁶⁶.

tus Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2018, 213 ss. Infine, i contributi al Convegno organizzato da *GenIUS* e svoltosi a Torino il 25 maggio 2018 su *La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*. In prospettiva comparata, I. PARISI, *Utero surrogato: normative a confronto*, in www.associazionelucacoscioni.it, 26 maggio 2015.

⁶³ La tesi può vedersi in A. RUGGERI-C. SALAZAR, «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: *riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta OnLine*, 1/2017, 27 marzo 2017, 138 ss., con le ulteriori precisazioni che sono nel mio *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2/2017, 60 ss.

⁶⁴ Importanti precisazioni sul punto sono in Corte cost. n. 272 del 2017.

⁶⁵ Così, ad es., per ciò che attiene ai dolorosissimi casi di scambio di provette o di bambini in culla, che hanno avuto larga risonanza presso la pubblica opinione e dato vita ad una fioritura di commenti di vario orientamento.

⁶⁶ Plurimi i fattori dei quali occorre tener conto, tra i quali appunto quello del tempo intercorso tra la nascita del minore e la scoperta dell'illecito, la natura dei vincoli venutisi a determinare in seno al nucleo familiare nel quale il bambino si trova, ecc.



I numerosi casi dei quali la giurisprudenza (specie di merito) è stata chiamata a farsi carico costituiscono, nondimeno, un indice abbastanza attendibile della tendenza in atto a far pendere la bilancia proprio dalla parte del minore e, perciò, a mantenere i legami suddetti: un indice che rende, perciò, testimonianza di una consuetudine culturale che va sempre di più radicandosi nel corpo sociale, della quale si fanno appunti interpreti e garanti gli operatori di giustizia.

8. – In parte analoghe alle esperienze riguardanti l’inizio-vita, sono le esperienze concernenti il fine-vita, alle prime peraltro solo *apparentemente* speculari ⁶⁷.

Debbo subito chiarire la ragione dell’uso dell’avverbio, dovuto al fatto di considerare un’autentica forzatura l’assimilazione delle vicende che conducono alla nascita di una nuova vita rispetto a quelle che invece portano al suo spegnimento.

Non posso qui riprendere *ab ovo* questioni assai vessate che, andando alle loro radici, riportano al senso stesso della vita, della dignità, dell’autodeterminazione della persona umana, vale a dire riportano ai fondamenti del vivere del singolo e del suo modo di porsi davanti ai suoi simili e all’intera collettività. Mi limito qui a riproporre una conclusione alla quale sono pervenuto in altri studi, nei quali mi sono sforzato di argomentare la tesi secondo cui l’autodeterminazione del soggetto non è né *tutto* né *niente*, come invece viene con vigore patrocinato da quanti si aggrappano all’uno o all’altro corno dell’alternativa. Specialmente coloro che assegnano carattere assorbente alla volontà della persona, assumendo che solo per il suo tramite possa esprimersi e farsi valere la dignità della persona stessa, sono naturalmente portati ad intravedere tra le pieghe del tessuto costituzionale l’implicito riconoscimento di un vero e proprio diritto a decidere della propria morte o – come suol dirsi – di una morte “degnata” (confondendosi, però, a mia opinione, la dignità con la qualità della esistenza umana) ⁶⁸.

Confesso di diffidare, in via di principio, della bontà delle tesi che vedono ad ogni piè sospinto un nuovo diritto, assumendone l’implicito riconoscimento ad opera della Carta ⁶⁹; la qual cosa, a tacer d’altro, reca grave nocumento proprio ai veri diritti, obbligati a soggiacere ad operazioni di bilanciamento coi nuovi e... *non veri*. Qui, poi, mi pare che sia assai arduo argomentare l’idea che una Costituzione che ha inteso fare della persona umana (della sua vita, della dignità, dei suoi diritti in genere) il perno attorno al quale ruota e dal quale si tiene l’intero edificio positivo possa porsi, ad ugual titolo, a fondamento di pratiche che portano all’esito della fine della vita: paradossale e francamente eccentrica ai miei occhi appare la conclusione cui molti

⁶⁷ Su ciò, v., part., la riflessione che va da tempo svolgendo S. AGOSTA e che ha avuto la sua organica rappresentazione in *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita* Giuffrè, Milano 2012.

⁶⁸ Ho toccato questo punto in più scritti, tra i quali, da ultimo, *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in Consulta OnLine, 2/2018, 3 giugno 2018, 392 ss., spec. 405 ss.

⁶⁹ Ciò che poi non significa che diritti autenticamente nuovi non esistano e non possano esistere, come ancora da ultimo si vorrebbe da parte di un’accreditata dottrina (R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 55 ss.).



pervengono col rinvenire il fondamento in parola proprio nella norma, espressa dall'art. 32 della Carta, posta a tutela della salute e della vita.

Spinosissime e inquietanti risultano poi essere le questioni relative al fine-vita laddove riguardino proprio i soggetti maggiormente deboli ed inermi, i minori, tanto più se incapaci, per età o malattia, di rappresentare il proprio punto di vista⁷⁰. Il *punctum crucis* in cui le questioni suddette finiscono col confluire è quello in cui si situa il seguente quesito: fin dove può spingersi la responsabilità genitoriale?

Purtroppo, l'esperienza insegna che possono darsi casi, ai quali la stampa anche internazionale ha dato ampio risalto, in cui la volontà dei genitori volta alla prosecuzione della vita è totalmente privata di rilievo⁷¹. Un esito, questo, che ai miei occhi appare inaccettabile e francamente ripugnante, mentre potrebbe ammettersi il caso opposto della preminenza della volontà dei prossimi congiunti di lasciar morire una persona alla quale la scienza non possa ormai più dare alcun soccorso, laddove cioè risulti provato che le terapie cui essa va soggetta si risolvano in un autentico accanimento (questo, sì, lesivo della sua dignità)⁷².

In breve, possono partecipare ad operazioni di bilanciamento unicamente interessi comunque facenti capo alla persona umana, non potendosi ammettere che facciano peso sulla bilancia anche interessi genericamente (ma, in realtà, molte volte apoditticamente) riportabili alla collettività, quale quello che fa leva sul costo economico che è comportato dalle cure, specie di alcune, laddove se ne assuma l'inutilità⁷³.

⁷⁰ Esplicito rilievo a quest'ultima, con riferimento ai minori che siano in grado di potersi esprimere, è dato – come si sa – dalla legge n. 219 del 2017. Con specifico riguardo al rilievo da quest'ultima assegnato al ruolo dei soggetti terzi, v., tra gli altri, A. CORDIANO, *La disciplina in tema di salute e di fine vita nella L. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate*, in *Fam. e dir.*, 2/2018, 213 ss., e B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in www.forumcostituzionale.it, 25 giugno 2018.

⁷¹ Così, da ultimo, nei casi dei piccoli Charlie Gard e Alfie Evans, ai quali i giudici britannici hanno fatto staccare la spina, portandoli a spegnersi anzitempo [sull'ultima vicenda, v. i commenti che sono in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2018, nonché S. STURNIOLO, *The best interest of the child nella legge n. 219/2017*, in *Consulta OnLine*, 2/2018, 13 giugno 2018, 412 ss.]. Spinosissimi, poi, i casi in cui dovesse aversi conflitto tra i genitori, gli effetti del quale finirebbero con lo scaricarsi per intero sulle spalle dei giudici, gravati di un peso morale e giuridico enorme.

⁷² Come si vede, si ha qui una particolarmente rilevante conferma di come la risposta favorevole a talune questioni cruciali in ambito di biodiritto competa proprio agli scienziati. Il nodo tuttavia resta – come si diceva – non sciolto laddove questi si presentino al loro interno divisi (o, diciamo pure, lo siano in una certa, rilevante misura).

⁷³ Molto citata al riguardo è una importante decisione della Consulta, la n. 275 del 2016, nella quale è risolutamente affermato che “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. Dalla prospettiva del diritto internazionale, una sensibile dottrina ha, ancora non molto tempo addietro, fatto notare che “in the inter-individual community, dignity is a central value, as well as the sum and presumption of new values – in an international sense of protection of the *homo*, not only the *homo oeconomicus*” (A. DI STASI, *Human Rights Law to Cornerstone in International Biolaw?*, in AA.VV., *Self-determination, Dignity and End-of-Life Care. Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective*, a cura di S. Negri, Nijhoff, Leiden-Boston 2011, 8).