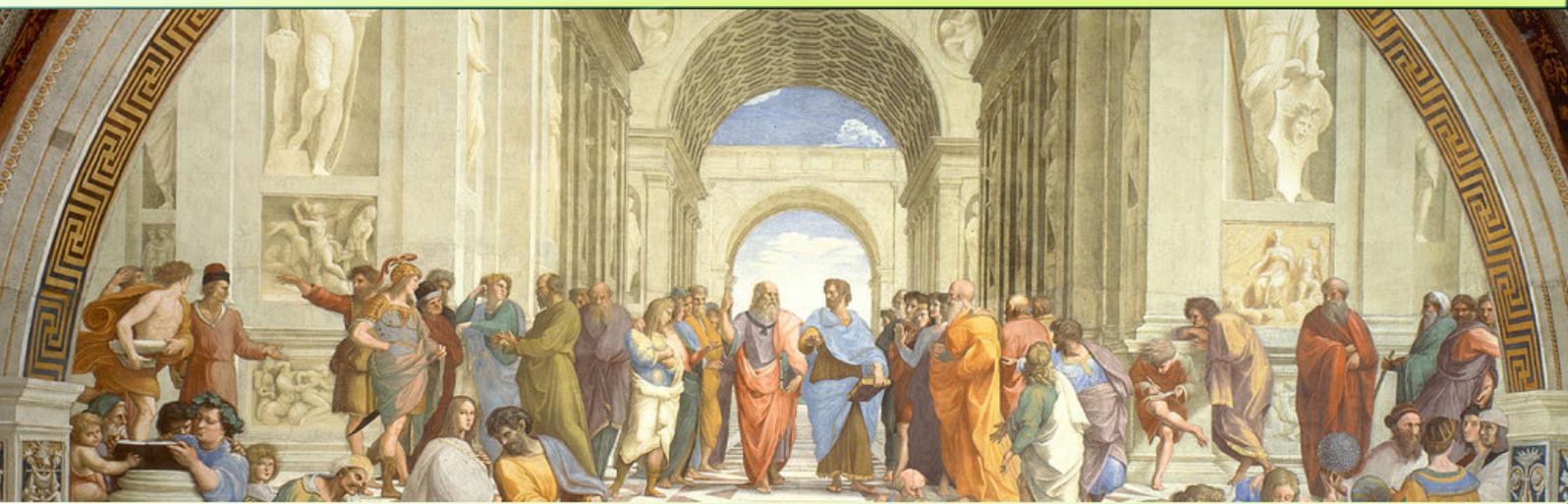


JUS CIVILE

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



5-2019

settembre-ottobre



G. Giappichelli Editore

ISSN 2281-3918/2421-2563

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

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

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

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

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

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



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
Crepuscolo degli idoli. Dalla frammentazione del soggetto alla frammentazione del contratto *	
di <i>Riccardo Fornasari</i>	417
<i>Indignus non potest capere?</i> Il nuovo art. 463 <i>bis</i> c.c. tra sospensione dalla successione e natura giuridica dell'indegnità *	
di <i>Alberto Mattia Serafin</i>	457
La prova liberatoria dei genitori per il fatto illecito dei figli minori tra colpa e responsabilità oggettiva *	
di <i>Daniela Maria Frenda</i>	484
Responsabilità ambientale: questioni di confine, questioni di sistema *	
di <i>Ugo Salanitro</i>	504
L'Europa del diritto: quali prospettive **	
di <i>Salvatore Mazzamuto</i>	519
El juez y la <i>exceptio inadimpleti contractus</i> entre el derecho italiano y uruguayo **	
di <i>Enrico Gabrielli</i>	525
Autodeterminazione e scelte di fine vita **	
di <i>Carlo Granelli</i>	548

* Contributo sottoposto a revisione.

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

JUS CIVILE



	<i>pag.</i>
La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare ** di <i>Giorgio De Nova</i>	557
Uso eccessivo del processo e ... della giurisprudenza (a dieci anni dall'introduzione del terzo comma dell'art. 96 c.p.c.) * di <i>Carlotta De Menech</i>	560
 Recensione	
A. D'Adda, <i>Le obbligazioni plurisoggettive</i> , Giuffrè, Milano, 2019 di <i>Alberto Maria Benedetti</i>	573
A. D'Adda, <i>Le obbligazioni plurisoggettive</i> , Giuffrè, Milano, 2019 di <i>Vincenzo Roppo</i>	578



RICCARDO FORNASARI*

Dottorando di ricerca – Università degli Studi di Bologna

CREPUSCOLO DEGLI IDOLI. DALLA FRAMMENTAZIONE DEL SOGGETTO ALLA FRAMMENTAZIONE DEL CONTRATTO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le aporie connesse all'analisi incentrata sull'autonomia della volontà. – 3. Il soggetto, categoria fondante del diritto dei contratti. – 4. Unità del contratto. – 5. L'esempio delle condizioni generali nel codice civile italiano. – 6. Il cambiamento di prospettiva e l'affermarsi di una nuova razionalità. – 7. La frammentazione del soggetto. – 8. La frammentazione del contratto. – 9. Le conseguenze teoriche e pratiche.

1. – La crisi degli istituti fondamentali del diritto dei contratti dei sistemi di *civil law* dell'Europa continentale, connessa alle evoluzioni del diritto contemporaneo, è al centro delle analisi dei giusprivatisti¹. In questo processo di trasformazione, l'evoluzione della regolamentazione dell'Unione Europea, che ha profondamente influenzato i sistemi nazionali di diritto privato, cambiandone la struttura e decomponendone l'ordine sistematico, svolge un ruolo fondamentale. Uno degli elementi essenziali di tale evoluzione è stata la caratterizzazione dei contraenti secondo il loro *status* sul mercato: dapprima, l'introduzione (o il profondo mutamento della regolazione)² della figura del consuma-

* Dottorando di ricerca in cotutela (Università di Bologna e Université Paris Nanterre); LLM (King's College, Londra).

** Lo scritto costituisce una traduzione, con alcuni aggiornamenti ed integrazioni, del saggio intitolato *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, in *European Review of Private Law*, 2019, 4.

¹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila* (Torino: Giappichelli, 3° éd. 2011); CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, (Paris: Dalloz 2003); C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* (Milano: Giuffrè 2015); C. Thibierge-Guelfucci, 'Libres propos sur la transformation du droit des contrats', *RTD civ. (Revue trimestrielle de droit civil)* 1997, pp. 57 et ss.; F. DI MARZIO (dir.), *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive* (Milano: Giuffrè 2004).

² Ad esempio, in Francia la prima regolamentazione concernente i contratti conclusi da un consumatore è stata realizzata nel 1978; in Germania nel 1976 (v. par. 7-8).



tore³; in seguito, la differenziazione dei professionisti e la protezione dell'«impresa debole».

Queste norme hanno causato una frammentazione del soggetto di diritto secondo le sue qualità e il ruolo che gioca nel mercato: questa novità, introdotta nei «diritti settoriali» o nel codice civile⁴, ha stravolto la concezione del soggetto così come era stata elaborata dai giuristi del XVIII e XIX secolo. Viene rimessa in discussione l'astrazione sulla quale era fondata la *reductio ad unum* del soggetto, considerata come elemento fondante della codificazione borghese⁵, con conseguenze notevoli in relazione al ruolo della volontà e, quindi, del contratto.

Il cambiamento di paradigma concernente il soggetto, fondato su una trasformazione delle relazioni commerciali e una concezione differente del mercato e dell'ordine concorrenziale non è, infatti, priva di conseguenza sulla teoria del contratto: l'unità concettuale di quest'ultima era fondata sull'incontro di due volontà libere e uguali. Se l'astrazione del soggetto di diritto è messa in discussione e superata da una logica differente, l'unità concettuale del contratto perde i propri fondamenti teorici e la propria legittimità intrinseca e può, di conseguenza, essere a sua volta rimessa in discussione, come è dimostrato, ad esempio, dall'*ordonnance* di riforma del *code civil* francese⁶. Queste trasformazioni segnano la fine di un approccio filosofico ed anche metodologico al diritto e vi sostituiscono una concezione «altra». In questo articolo si sosterrà che questa nuova concezione del mercato comporta un cambiamento della funzione della regolamentazione del diritto dei contratti e delle nozioni fondamentali che ne sono alla base.

L'articolo analizza le trasformazioni del diritto contemporaneo attraverso il prisma della nozione di soggetto. Le mutazioni che una nuova concezione del mercato e la costruzione e lo sviluppo dell'Unione Europea (UE) hanno comportato saranno analizzate utilizzando esempi tratti dal diritto francese, tedesco e italiano. Lo studio sarà condotto in una prospettiva di «longue durée»⁷, prendendo in considerazione i fondamenti del-

³ P. SIRENA, 'L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato', *ODCC (Osservatorio del diritto civile e commerciale)* 2014, pp. 3 et ss.

⁴ In Germania le disposizioni concernenti la protezione del consumatore sono state inserite nel codice civile con la riforma del 2002; in Francia invece vige un codice del consumo. Sul tema v. S. GRUNDMANN et S.M. SCHÄFER, 'The French and the German Reforms of Contract Law', 13. *ERCL (European Review of Contract Law)* 2017, pp. (459) 473-475.

⁵ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna: Il Mulino 1998), pp. 182-183, 505, 559 et ss.

⁶ Circa la categoria del «contrat d'adhésion» e il nuovo art. 1171 del *code civil* v. par. 8.

⁷ Il riferimento è a F. BRAUDEL, 'La longue durée', 13. *Annales. Economies, sociétés, civilisations* 1958, pp. 725 et ss.



l'unità del soggetto di diritto così come gli elementi che, nel corso dei secoli successivi, hanno portato alla sua frammentazione ed all'attuale «crisi». Al contrario, gli elementi di *path dependence* dei sistemi nazionali sui quali si sono innestate dette trasformazioni, nonostante siano molto importanti al fine di comprendere le evoluzioni di ogni sistema, vanno ben oltre l'ambito di questo scritto e non saranno esaminate.

Innanzitutto, saranno analizzati i fondamenti teorici e filosofici dell'unità del soggetto nei codici liberali classici, così come le conseguenze di questa concezione sulla teoria del contratto. Le regole del codice civile italiano relative alle clausole abusive inserite nelle condizioni generali saranno prese in considerazione come esempi paradigmatici della tensione tra gli sviluppi degli scambi commerciali e l'approccio classico⁸. In seguito, i fattori che hanno rivoluzionato il contesto sociale, economico e filosofico sul quale la teoria classica si basava saranno messi in evidenza, focalizzandosi sullo sviluppo della regolamentazione dell'UE e la sua razionalità: saranno esaminati gli effetti di questo mutamento di paradigma sulla nozione di soggetto e di contratto. Infine, saranno messe in evidenza le conseguenze che ciò implica sulla struttura e le categorie cardinali del diritto dei contratti.

2. – Nelle elaborazioni dottrinali di diritto privato di *civil law* la regolamentazione del contratto è usualmente trattata a partire dal principio dell'autonomia della volontà, che è innanzitutto analizzato in relazione al contesto che ne ha consentito lo sviluppo e, in seguito, in relazione alle limitazioni ed alle critiche, sempre più rilevanti, di cui è stato oggetto a partire dall'inizio del XX secolo. Tuttavia, esaminare le trasformazioni profonde che hanno coinvolto il diritto dei contratti attraverso il prisma dell'autonomia della volontà e, quindi, del rapporto tra la volontà e la legge⁹, comporta usualmente alcune pre-comprensioni che ne strutturano l'analisi.

Infatti, tale approccio costringe il giurista (o, meglio, il giurista di *civil law* è portato) a concepire le nuove norme che apparentemente limitano l'autonomia dei contraenti in una prospettiva dicotomica rispetto alla volontà; inoltre, il presupposto, più o meno

⁸ Il termine «classico», secondo l'utilizzo usuale, fa riferimento ai codici ed ai sistemi normativi del XIX e dell'inizio del XX secolo, così come agli economisti liberali del medesimo periodo.

⁹ Tale problematica si è posta a partire dall'affermazione del principio dell'autonomia della volontà, soprattutto circa il ruolo fondatore o derivato della legge rispetto alla forza creatrice della volontà, v. CH. JAMIN, 'Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil', *D. (Recueil Dalloz)* 2002, doct. 901; N. IRTI, 'Per una concezione normativa dell'autonomia privata', *72. Riv. trim. dir. proc. civ. (Rivista trimestrale di diritto e procedura civile)* 2018, pp. 555 et ss.



esplicito, di numerose analisi è che tali interventi tendano ad un'allocazione delle risorse differente da quella che sarebbe realizzata se la volontà dei contraenti non fosse stata limitata dalla legge. Tale approccio, nonostante sia fecondo di risultati e appropriato al fine di esaminare gli interventi del legislatore che hanno avuto luogo intorno alla metà del secolo scorso¹⁰, è, a nostro avviso, limitato e limitante nel momento in cui si vogliono analizzare le radici e le ragioni profonde della «nouvelle crise du contrat»¹¹, poiché non permette di cogliere appieno le trasformazioni sociali, economiche e teoriche che ne sono alla base.

Inoltre, tale approccio soffre di un'aporia storica ed una logica. Da un lato, è opportuno constatare che, come oramai riconosciuto dalla dottrina maggioritaria¹², il principio dell'autonomia della volontà non è stato alla base della codificazione francese¹³, ma è stato affermato quasi un secolo dopo la codificazione stessa, sotto l'influenza della dottrina tedesca¹⁴. Nonostante la notevole capacità esplicativa di tale principio, le regole concernenti il contratto presentavano già tutte le principali caratteristiche del diritto liberale classico, benché tale dogma non fosse stato elaborato dai codificatori.

Dall'altro, il principio di libertà contrattuale (espressione determinante della teoria dell'autonomia della volontà) rimane centrale nella teoria dei contratti contemporanea,

¹⁰ Per la chiarificazione delle norme a cui ci si riferisce, di cui il contenuto, il momento di approvazione ed il carattere unitario o molteplice dipendono dalle specificità nazionali v. par. 7.

¹¹ Il riferimento è all'opera CH. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise*.

¹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique* (Paris: Dalloz, 14^e éd. 2010), pp. 86 et ss.; G. ROUHETTE, "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat', dans *Études offertes à René Rodière* (Paris: Dalloz 1981), pp. (247) 248-249.

¹³ X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française* (Poitiers: Éditions Dominique Martin Morin, 3^e éd. 2015), pp. 259 et ss.; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804* (Paris: PUF, 2^e éd. 2012), pp. 142 et ss.; G. ROUHETTE, 'La force obligatoire du contrat – Rapport français', dans D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises* (Paris: L.G.D.J. 1987), pp. 27-55. V. aussi les observations de Portalis sur la prédominance de la loi par rapport à la volonté: J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques* (Aix-en-Provence: PUAM 1988), pp. 77-78. La nozione di autonomia della volontà, invece, è stata per la prima volta utilizzata in diritto internazionale privato, v. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil* (Paris: Dalloz Précis, 2^e éd. 2010), pp. 826-827; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations* (Paris: L.G.D.J., 8^e éd. 2016), p. 251; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté* (Paris: PUF 1980); A. NEGRI, 'Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi', 6. *Eur. dir. priv. (Europa e diritto privato)* 2003, pp. 51 et ss.

¹⁴ A partire dal XX secolo la dottrina afferma che il principio sarebbe oramai divenuto un pilastro del diritto dei contratti, v. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil français et allemand*, thèse Dijon, 1912; A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2 (Paris: Dalloz, 10^e éd. 1948), pp. 11-16; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1 (Paris: Recueil Sirey, 3^e éd. 1938), pp. 99-103; J.-F. NIORT, 'Le code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national', *RTD civ.* 2005, p. (257) 273.



soprattutto nel diritto privato europeo¹⁵, che è tuttavia considerato come una delle fonti principali delle summenzionate limitazioni. Inoltre, l'art. 1102 del codice civile francese riformato¹⁶, che per la prima volta consacra nel diritto francese in maniera esplicita ed affermativa tale principio, ed il riconoscimento del rango costituzionale del principio della libertà contrattuale in alcuni paesi¹⁷ testimoniano la persistente centralità di tale nozione.

Queste conclamate manifestazioni del principio non ne hanno tuttavia rimesso in discussione le mutazioni avvenute negli ultimi decenni. In ragione di tali elementi apparentemente contrastanti, ci sembra opportuno cambiare prospettiva, al fine di analizzare queste evoluzioni attraverso nozioni differenti, che permettano altresì di esaminare le nuove caratteristiche dell'autonomia contrattuale e le sue implicazioni. Focalizzarsi sulla concezione del soggetto, anche in relazione al mercato, e, quindi sulla tipologia di regolamentazione del contratto che ne consegue, consente di superare l'impasse determinata dalle problematiche concernenti il rapporto tra la volontà e la legge e, allo stesso tempo, di analizzare tali trasformazioni attraverso una nozione fondamentale del diritto privato.

3. – Il code Napoléon, basandosi sulla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (DDHC) del 1789, consacra il ruolo dell'individuo nel sistema giuridico¹⁸. Le influenze filosofiche che hanno contribuito a determinare i fondamenti di tale nozione sono numerose e, in questa sede, non è possibile tracciarne che le caratteristiche principali. Le basi teoriche sulle

¹⁵ S. GRUNDMANN, 'The Structure of European Contract Law', 9. *ERPL* (*European Review of Private Law*) 2001, pp. 505 et ss.; ID., 'On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law', 18. *ERPL* 2010, pp. (1055) 1058 et ss.

¹⁶ PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p. 246, sottolineano il legame tra questo articolo e la filosofia dei *Lumières*. V. anche LARRIBAU-TERNEYRE, 'Les résultats: une nouvelle conception du contrat?' dans V. Larribau-Terneyre et S. Pellé (dir.), *Quel renouveau pour le droit des contrats?* (Pau: PUPPA 2016), pp. (29) 34-36.

¹⁷ In relazione al diritto francese v. J. GHESTIN, 'La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle', *JCP G* (*La Semaine Juridique Édition Générale*) 2013, p. 929. In relazione al diritto tedesco v. L. RAISER, 'La Costituzione e il diritto privato', dans *Die Aufgabe des Privatrechts*, trad. it. *Il compito del diritto privato* (Milano: Giuffrè 1990, éd. originelle 1977), pp. 171 et ss.; J. MICHAEL RAINER, 'Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania', *Jus civile* 2018, p. (386) 388; B. SCHÜTTE, 'The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms', dans L. Siliquini-Cinelli et A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law* (Cham: Springer 2017), pp. 217 et ss.

¹⁸ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes* (Paris: Dalloz, 8^e éd. 2012), pp. 10-11; A. PA-DOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe* (Cambridge: Cambridge University Press 2017), pp. 474-475.



quali tale concezione si fonda sono il giusnaturalismo¹⁹, secondo il quale l'individuo è titolare di diritti inalienabili e che precedono il sistema giuridico²⁰, nonché il razionalismo²¹. Tali correnti filosofiche hanno influenzato la concezione universale dell'individuo propria della filosofia dei Lumières; inoltre, insieme alle preoccupazioni derivanti dalla morale del cristianesimo²² e del giansenismo²³, hanno costituito i fondamenti teorici del pensiero di Domat e Pothier, i due autori che hanno notevolmente influenzato le norme del *Code civil*²⁴.

Nonostante la disputa circa l'influenza effettiva del pensiero di Kant sugli autori del code Napoléon²⁵, questo ha sicuramente avuto un'influenza determinante sul pensiero successivo²⁶ e sui codificatori tedeschi. La filosofia kantiana comporta una rottura nel pensiero occidentale, ribaltando il rapporto tra il soggetto e l'oggetto e ponendo l'individuo al centro del sistema della conoscenza; inoltre, la teoria kantiana del diritto naturale postula un soggetto concepito come libero e razionale²⁷.

¹⁹ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix* (Paris: PUF 2012, éd. originelle 1625), circa il diritto naturale ed il ruolo della ragione v. Prolégomènes, par. XI et ss., par. XI et XXI; sul contratto I. I, ch. XII, pp. 332 et ss. Sulle origini delle teorie del diritto naturale e le loro differenze v. N. ISRAËL et L. GRYN, *Généalogie du droit moderne* (Paris: Payot 2006).

²⁰ M. WALINE, *L'individualisme et le droit* (Paris: Éditions Domat Montchrestien, 2^e éd. 1949), pp. 92, 104-105.

²¹ R. DESCARTES, *Discours de la methode* (Paris: Flammarion 2000).

²² F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations* (Paris: Dalloz, 11^e éd. 2013), p. 39. Circa le influenze del pensiero cristiano sulle dottrine di Domat e Pothier v. J.-L. GAZZANIGA, 'Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime', 12. *Droits* 1990, pp. 37 et ss.; A.-J. ARNAULD, *Les origines doctrinales du Code civil français* (Paris: L.G.D.J. 1969), pp. 199 et ss. Circa le influenze dell'ideologia cristiana sulla Rivoluzione francese v. M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 43-44.

²³ CH. ATIAS, *Philosophie du droit* (Paris: PUF, 3^e éd. 2012), p. 97.

²⁴ J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 473; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali* (Torino: Giappichelli, 3^e éd. 2014); M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 376 et ss.; CH. GRZEGORCZYK, 'Le sujet de droit: trois hypostases', dans 34. *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit* (Paris: Sirey 1989), pp. 13 et ss. Per una messa in discussione delle influenze del liberalismo, che avrebbero riguardato più gli interpreti del codice che i suoi redattori, v. A. BÜRGE, 'Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral', *RTD civ.* 2000, pp. 1 et ss.; X. MARTIN, *Nature humaine*.

²⁵ Numerosi autori affermano che il pensiero kantiano non abbia avuto un'influenza sui codificatori, ma sui giuristi del periodo successivo, v. CH. ATIAS, *Philosophie du droit*, p. 12. Tuttavia, occorre sottolineare che Portalis conosceva l'opera di Kant, che critica, ma di cui non mette in discussione la concezione del soggetto come essere razionale, v. J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophiques au XVIII^e siècle* (Paris: Dalloz 2007, réimpression 3^e éd. 1834), ch. XXII, pp. 53 et ss.

²⁶ Sull'importanza del pensiero kantiano per la concezione moderna del diritto v. J. DERRIDA, *Du droit à la philosophie* (Paris: Galilée 1990), pp. 83 et ss.

²⁷ I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto* (Roma: Laterza 2005, éd. originale 1797). Sul pensiero giuridico di Kant v. A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État* (Paris: Pedone, 3^e éd. 1978), pp. 143 et ss.



Sulla base di tali influenze, la concezione dell'individuo propria della *DDHC* e del *code Napoléon*, attraverso la quale si volevano rendere effettive le conquiste della Rivoluzione francese²⁸, postula un soggetto concepito in maniera astratta ed universalista²⁹. L'obiettivo è quello di sopprimere le divisioni di ceto che caratterizzavano la società feudale e proporre un modello universale di essere umano: il diritto fa quindi astrazione dalle situazioni specifiche e concrete che caratterizzano la vita in società³⁰, al fine di instaurare i principi di uguaglianza formale e di libertà, che viene attribuita individualmente ed universalmente ad ogni persona³¹.

Tale concezione del soggetto è adottata anche dalla dottrina tedesca. Le differenze filosofiche e teoriche alla base del *code civil* e della dottrina tedesca del XIX secolo³², le cui elaborazioni hanno influenzato il *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, sono notevoli³³, anche in relazione al dogma della volontà (*Willensdogma*)³⁴, che porta agli estremi l'astrazione dei concetti giuridici³⁵ e la signoria della volontà³⁶. Tuttavia, anche in Germania è adottata una

²⁸ Circa le origini politiche e teoriche del *Code napoléonien* v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 473. Sui differenti momenti della Rivoluzione e le ideologie che li hanno contraddistinti v. A. FORREST, *The French Revolution* (Oxford: Blackwell 1995).

²⁹ A. SUPIOT, *Homo juridicus* (Paris: Seuil 2005), pp. 46 et ss., 53. Circa la *fictio* della persona giuridica e l'*homo juridicus* v. F. GALGANO, *Diritto privato* (Padova: Cedam, 17° éd. 2017), pp. 42 et ss.; CH. RADÉ, 'Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète?', dans *Mélanges Hauser* (Paris: LexisNexis-Dalloz 2012), pp. (589) 590 et ss.; D. CANALE, 'The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe', dans D. Canale, p. Grossi, H. Hofmann, E. Pattaro et alii (dir.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900* (Dordrecht: Springer 2009), pp. (135) 141 et ss.

³⁰ E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme* (Paris: Études et Documentation Internationales 1970), pp. 103 et ss. afferma che l'astrazione e l'impersonalità del soggetto di diritto derivano dai rapporti sociali mercantili della società capitalista.

³¹ A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 448 afferma che: «The text begins with the declaration that 'all men are born and remain free and equal in rights'(Art. 1): the theory of natural law declaring the original freedom of man and the illicit nature of discrimination based on social status was in this way formally translated into a legal formula.» Tale libertà individuale ha fatto sì che il modello sia definito come «individualista» v. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali* (Torino: Giappichelli, 3° éd. 2014); M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 376 et ss.; CH. GRZEGORCZYK, dans *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit* 1989, pp. 13 et ss.; V. LARRIBAU-TERNEYRE, dans *Quel renouveau pour le droit*, p. (29) 32.

³² Circa il pensiero di Puchta, di Windscheid, la *Begriffsjurisprudenz* e le Pandette v. A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, pp. 585 et ss.

³³ A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 526.

³⁴ M. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, trad. fr. *Traité de droit romain*, trad. M. Ch. Guenoux, t. 1 (Paris: Firmin Didot Frères 1840), p. 328, § 53 afferma che: «on peut définir le rapport de droit, le domaine de la volonté libre».

³⁵ V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria – Manifestazione – Astrazione – Efficacia* (Milano: Giuffrè 1998).



concezione astratta del soggetto, considerato come essere razionale³⁷, legata alla concezione economica liberale³⁸.

Lo stesso può dirsi del codice italiano del 1865 e di quello del 1942, soprattutto in relazione alle sue applicazioni posteriori alla fine della seconda guerra mondiale, nonostante i tratti di discontinuità dipendenti dal regime politico che lo ha realizzato³⁹: la concezione del soggetto, così come quella del contratto, sono fondamentalmente liberali ed ancorate al principio della libertà contrattuale⁴⁰.

In relazione a ciò che più ci interessa in questa sede, è importante rimarcare che tale teoria postula un soggetto astratto dal contesto concreto nel quale lo stesso si trova, nonché uguale a tutti gli altri⁴¹: è il trionfo dell'uguaglianza formale⁴², che determina altresì una re-

³⁶ Sullo sviluppo della dottrina dell'autonomia della volontà in Germania v. J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (Tübingen: Mohr Siebeck 2009); J. MICHAEL RAINER, *Jus civile* 2018, pp. 386 et ss. Sull'autonomia della volontà e gli atti giuridici v. C. WITZ, *Droit privé allemand. I. Actes juridiques, droits subjectifs – BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires* (Paris: Litec 1992), pp. 87 et ss.; M. FROMONT et J. KNETSCH, *Droit privé allemand* (Paris: L.G.D.J., 2^e éd. 2017), pp. 75 et ss.

³⁷ A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, p. 556; F. GALGANO, *Diritto privato*, pp. 42 et ss., 238 et ss.; E. NAVARRETTA, 'L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e principi', 43. *Quaderni fiorentini* 2014, 1, pp. (589) 591-592; H.-W. MICKLITZ, 'The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture', dans G. Helleringer et K. Purnhagen (dir.), *Towards a European Legal Culture* (C. H. Beck-Hart-Nomos: München-Oxford-Baden-Baden 2014), p. (81) 95. Sulle peculiarità della concezione spagnola del ruolo del soggetto di diritto e dell'autonomia della volontà, influenzata dall'opera di K. Krause, v. S. MARTÍN, 'La utopía Krausista: autonomía del sujeto (individual y colectivo) en la polémica jurídica española (1870-1900)', 43. *Quaderni fiorentini* 2014, 1, pp. 481 et ss..

³⁸ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, t. 2 (Milano: Giuffrè 1980, éd. originelle 1967), pp. 196-198.

³⁹ Sul rapporto tra diritto privato e regime fascista v. A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 2005); P. G. MONATERI, 'Crystal and Mud Contracts: The Theory of Contract and the Ontology of Values', dans L. Siliquini-Cinelli et A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law* (Cham: Springer 2017), pp. (123) 132-137.

⁴⁰ Circa la concezione dell'autonomia della volontà del giurista che ha diretto i lavori di realizzazione del codice: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, dans *Tratt. Vassalli* (Torino: UTET, 2^e éd. 1950), pp. 46 et ss.

⁴¹ E. NAVARRETTA, *Quaderni fiorentini* 2014, p. (589) 595.

⁴² Questa concezione non è scossa dalla persistente presenza, in Francia e in Germania, del codice del commercio a fianco del codice civile. Innanzitutto, sino alle più recenti riforme, questi codici erano arcaici e avevano un ambito di regolazione limitato: il diritto del commercio era costituito soprattutto da leggi speciali (F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial* (Paris: L.G.D.J., 11^e éd. 2015), p. 20). Inoltre, tali codici si basavano comunque su alcune nozioni fondamentali tratte dal codice civile, tra cui quelle di soggetto e di obbligazione (F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, p. 35). Infine, questi codici non promuovevano una visione differente del soggetto e del contratto (P. DIDIER et PH. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1 (Paris: Economica 2005), pp. 3 et ss.). Sull'unificazione, in Italia, del codice civile e del codice del commercio v. F. GALGANO, 'Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti



golamentazione unitaria del contratto⁴³. Tali concezioni giuridiche erano fondate sul contesto economico dell'epoca: al momento della redazione del *Code Napoléonien*⁴⁴, le attività produttive ed il commercio erano principalmente artigianali e familiari e, di conseguenza, le relazioni contrattuali erano personalizzate⁴⁵.

Inoltre, tale visione è strettamente connessa alle teorie degli economisti e filosofi liberali classici⁴⁶ ed alla loro concezione del mercato⁴⁷. Nonostante gli approcci di tali autori presentino delle differenze, la libertà, concepita come diritto fondamentale dell'individuo e come fondamento dell'azione del soggetto, è ancorata alle concezioni economiche del «laissez faire, laissez passer»⁴⁸. In breve, solamente gli individui, lasciati liberi⁴⁹ di agire sul mercato e di determinarsi nelle loro scelte sulla base di un calcolo egoista, possono far aumentare il benessere della società nel suo insieme⁵⁰. La circolazione della ricchezza

economici', dans F. Galgano (dir.), *La costituzione economica*, t. 1, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (Padova: Cedam 1977), pp. (3) 88 et ss.; G. AULETTA, 'L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942', dans *Scritti giuridici*, t. 8 (Milano: Giuffrè 2001), pp. 205 et ss.

⁴³ V. par. 4.

⁴⁴ In tale epoca in Francia lo sviluppo del capitalismo industriale non era che agli esordi, v. M. WALINE, *L'individualisme*, p. 177.

⁴⁵ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, p. 41.

⁴⁶ F. GALGANO, *Diritto privato*, pp. 42 et ss.; V. LARRIBAU-TERNEYRE, dans *Quel renouveau pour le droit*, pp. (29) 31-32; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p. 107: «historiquement cependant l'acte d'échange précisément a fait murir l'idée de sujet, comme porteur de toutes les prétentions juridiques possibles. C'est seulement dans l'économie marchande que naît la forme juridique abstraite, autrement dit que la capacité générale d'avoir des droits se sépare des prétentions juridiques concrètes. Seul le transfert continu des droits qui a lieu sur le marché crée l'idée d'un porteur immuable de ces droits. Sur le marché celui qui oblige quelqu'un s'oblige simultanément. Il passe à tout instant de la situation de partie prétendante à la situation de partie obligée. Ainsi se crée la possibilité de faire abstraction des différences concrètes entre les sujets juridiques et de rassembler ceux-ci sous un seul concept juridique.»

⁴⁷ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, pp. 32-33.

⁴⁸ J.-PH. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, p. 826; V. ROPPO, *Il contratto*, dans *Trattato Iudica-Zatti* (Milano: Giuffrè 2011, 2^e éd.), pp. 37-39.

⁴⁹ Le giustificazioni dei limiti dell'intervento dello stato non sono le stesse per tutti i liberali. Schematicamente, si possono individuare due correnti: la prima, che mette al centro l'aspetto giuridico, fonda questi limiti sui diritti naturali dell'individuo. La seconda, che mette al centro l'aspetto scientifico, li basa sulla natura dell'individuo e il suo agire interessato. Occorre tuttavia sottolineare che queste correnti sovente si intrecciano; quella che in questa sede ci interessa maggiormente, dato che è alla base della codificazione francese, è la corrente giuridica, v. P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison du monde* (Paris: La Découverte/Poche 2010), pp. 26 et ss., 71 et ss., 101 et ss.; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique* (Paris: Gallimard Seuil 2004), pp. 40 et ss.

⁵⁰ A. SMITH, *The Wealth of Nations*, l. 1, ch. 7 (Chicago: University of Chicago Press 1977), pp. 83 et ss. La libertà contrattuale è quindi un corollario di tale teoria economica, v. M. WALINE, *L'individualisme* p. 174. Per una critica della maniera dominante di comprendere il pensiero di A. Smith v. G. DO-



avrebbe come effetto quello di permettere la migliore allocazione possibile delle risorse.

Una delle premesse di tale teoria è una concezione che si potrebbe definire «naturalista»⁵¹ del mercato, concepito come ordine spontaneo⁵² preesistente alla legge e che, se lasciato libero di funzionare, permetterebbe la formazione del giusto prezzo, ossia il prezzo adeguato al valore del bene⁵³. Il meccanismo del giusto prezzo, che si forma grazie alla concorrenza, permetterebbe un arricchimento reciproco dei contraenti e, di conseguenza, della società in generale⁵⁴. Lo Stato deve quindi lasciare gli individui liberi di contrattare ed intervenire solamente al fine di garantire l'esecuzione delle obbligazioni⁵⁵.

4. – La concezione del mercato e del soggetto di cui abbiamo abbozzato i tratti fondamentali comporta altresì una visione specifica del contratto: la *reductio ad unum* del soggetto di diritto comporta la *reductio ad unum* del contratto. Invero, il fondamento del contratto risiede nell'accordo⁵⁶, frutto dell'incontro delle volontà di soggetti liberi e razionali⁵⁷. Se tale consenso non è viziato⁵⁸, l'accordo è considerato come razionale⁵⁹, poiché la volontà, come

STALER, 'Les chemins sinueux de la pensée économique libérale', 44. *L'Économie Politique* 2009, 4, pp. (42) 49-50.

⁵¹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, pp. 33 et ss.; DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 6 et ss.

⁵² G. DOSTALER, *L'Économie Politique* 2009, pp. (42) 47 et ss.

⁵³ Il tema del giusto prezzo è costante in tutte le correnti del liberalismo classico. Così i fisiocratici lo definiscono il «buon prezzo», v. E. DEPITRE, Introduction à Dupont de Nemours, *De l'exportation et de l'importation des grains* (Paris: P. Geuthner 1911), pp. XXIII-XXIV; Marshall il «prezzo normale», v. A. MARSHALL, *Principles of Economics* (London: Macmillian & Co. 1890), anche se già a partire dalla fine del XIX secolo si cominciava a porre la problematica dell'alterazione della concorrenza e, quindi, del meccanismo di formazione del prezzo, v. L. PFISTER, 'Contrat, libre concurrence et ordre public: la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIX^e siècle', *Revue des contrats (RDC)* 2012, p. 349.

⁵⁴ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, p. 55; v. A. SMITH, *The Wealth*, l. 4, ch. 2, pp. 590 et ss..

⁵⁵ M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 174-175.

⁵⁶ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français* (Paris: L.G.D.J. 1962), p. 132; D. DE-ROUSSIN, *Histoire du droit des obligations* (Paris: Economica, 2^e éd. 2012), pp. 173 et ss.; J.-PH. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil* (Paris: Dalloz, 2^e éd. 2010), p. 829 osserva che, nonostante la maggior parte della dottrina consideri la libertà contrattuale come espressione dell'autonomia della volontà, questo ragionamento è errato, poiché il principio del consenso ha radici ben più antiche del principio dell'autonomia.

⁵⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé* (Paris: PUF 2011), pp. 428 et ss.; M. M. SALAH, 'Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois', 27. *Revue Internationale de Droit Économique (RIDE)* 2013, pp. 475-476.

⁵⁸ Il problema dei vizi del consenso è infatti legato al consensualismo ed al ruolo della volontà nella creazione dell'impegno, v. A. RIEG, *Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* (Paris: L.G.D.J. 1961), p. 89.

JUS CIVILE



concepita a partire dai *Lumières* e dalle Pandette, è l'espressione diretta della ragione umana⁶⁰.

Ne consegue che, seguendo pedissequamente tale principio, nessun intervento esterno da parte di chicchessia⁶¹, che non sia giustificato dalla necessità di sanzionare un accordo che non è, in realtà, il prodotto del consenso, o di proteggere determinati interessi pubblici, dovrebbe essere permesso. Tale concezione è strettamente connessa a quella del mercato adottata dai liberali classici⁶²: i contratti sono il risultato della manifestazione della libertà umana in un contesto che è concepito come naturale⁶³. Gli interventi giustificati sono quindi solamente quelli che sono necessari a garantire l'effettività del consenso o la protezione dell'ordine pubblico.

Il principio dell'autonomia della volontà, che abbia un valore fondante o esplicativo⁶⁴ del sistema del diritto delle obbligazioni, connette tale concezione del contratto a quella del soggetto e ne giustifica la forza vincolante. Secondo la celebre espressione di Alfred Fouillée: «qui dit contractuel dit juste»⁶⁵; il contratto è giusto perché costituisce il prodotto della volontà, che è l'espressione della libertà e della razionalità umana. In altri termini, in relazione allo scambio, non ci sono criteri che possano guidare l'interprete altri e differenti da quello della libera scelta sul mercato, reputato come il migliore perché determinato dalla decisione individuale ed egoista del soggetto.

L'autonomia della volontà si basa su una concezione dell'individuo come essere comple-

⁵⁹ L'antagonismo tra gli interessi dei contraenti e la necessità del consenso degli stessi garantiscono che gli interessi di una parte non siano sacrificati, v. M. WALINE, *L'individualisme*, p. 177.

⁶⁰ D. TERRÉ-FORNACCIARI, 'L'autonomie de la volonté', in *Revue de sciences morales et politiques* 1995, p. (255) 264.

⁶¹ M. WALINE, *L'individualisme*, p. 170 afferma, circa il contenuto del principio dell'autonomia della volontà: «toute obligation, pour être sanctionnée par le Droit, doit être librement consentie; mais, à l'inverse, toute obligation, du moment qu'elle est librement consentie, doit être sanctionnée par le Droit». V. aussi M.-A. FRISON-ROCHE, 'Volonté et obligation', dans «L'obligation», *Archives de philosophie du droit*, t. 44 (Paris: Dalloz 2000), p. (129) 133; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, p. 432.

⁶² PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations* (Paris: LexisNexis, 14^e éd. 2017), p. 80.

⁶³ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo* (Napoli: Editoriale Scientifica 2010), pp. 24 et ss.

⁶⁴ Sulle differenti concezioni dell'autonomia della volontà da un punto di vista politico e storico v. CH. JAMIN, *D.* 2002, doct. 901; N. IRTI, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, pp. 555 et ss.; SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, pp. 35 et ss.; J.-P. CHAZAL, 'De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil', *RTD civ.* 2001, pp. 265 et ss.; CH. JAMIN, *D.* 2002, doct. 901; E. NAVARRETTA, *Quaderni fiorentini* 2014, pp. (589) 593 et ss.

⁶⁵ Sulla quale v. J.-F. SPRITZ, "'Qui dit contractuel dit juste": quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée', *RTD civ.* 2007, pp. 281 et ss.



tamente razionale ed informato, che agisce su un mercato concorrenziale⁶⁶. Tale concezione della volontà e del contratto è consustanziale all'approccio liberale classico⁶⁷ e all'affermazione della società borghese, per la quale i postulati della libertà e dell'uguaglianza dei soggetti sono fondamentali per l'atto di scambio⁶⁸. La circolazione della ricchezza ed il processo di produzione mercantile necessitano dello scambio⁶⁹, che non può essere realizzato che tramite il contratto, prodotto della volontà dell'individuo⁷⁰ e fonte di diritti ed obbligazioni⁷¹.

In tale quadro teorico si comprende altresì l'unità del concetto di contratto: la nozione di contratto è unitaria perché non ci sono gradi di intensità differente del consenso o della sua forza vincolante. La volontà è il prodotto della razionalità naturale del soggetto; la regolamentazione dei contratti speciali si inserisce nel contesto della libertà contrattuale, che è il quadro fondamentale in relazione al quale tali norme hanno un valore suppletivo o integrativo⁷², e non di microsistemi fondati su una logica alternativa.

5. – Un esempio paradigmatico di tale approccio teorico è la regolamentazione del codice civile italiano delle clausole vessatorie inserite nelle condizioni generali (art. 1341 c.c.) e nei contratti in serie⁷³ (art. 1342 c.c.).

Tale esempio è interessante perché queste norme sono state adottate in un contesto economico che era molto evoluto – in ragione dello sviluppo delle strutture produttive e del commercio – rispetto al contesto precedentemente esaminato e, quindi, mette in evidenza la tensione endogena a tale approccio in relazione alle evoluzioni del mondo

⁶⁶ PH. JESTAZ, 'Rapport de synthèse "Quel contrat pour demain?"', dans Ch. Jamin et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat* (Paris: Dalloz 2003), p. (243) 253.

⁶⁷ M. WALINE, *L'individualisme*, p. 176.

⁶⁸ È «dans cet acte d'échange que l'homme réalise pratiquement la liberté formelle de l'auto-détermination», v. E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p. 106; K. MARX, *Le Capital*, I, ch. II (Paris: Flammarion 1985, 1^{re} éd. française 1867), p. 112.

⁶⁹ K. MARX, *Le Capital*, I, ch. II, p. 112.

⁷⁰ E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p. 102.

⁷¹ «L'économie de marché ne fonctionne pas sans des sujets de droit, êtres humains ou entreprises que le droit revêt de cette aptitude à être titulaires de droits et obligations», v. M.-A. FRISON-ROCHE, 'Droit et économie', dans F. Terré (dir.), *Regards sur le droit* (Paris: Dalloz, 2010), p. (119) 124. V. aussi E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, pp. 88-89.

⁷² L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, p. 25.

⁷³ Sulle controversie concernenti tale nozione in Francia all'inizio del XX secolo v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, pp. 441 et ss.



commerciale. Inoltre, la regolamentazione delle clausole vessatorie è stata oggetto di plurimi interventi del diritto dell'UE e dei legislatori nazionali: è quindi utile esaminare i cambiamenti nelle modalità di valutazione delle problematiche che queste sollevano, nonché le soluzioni apportate.

Le due norme summenzionate rivestono carattere di novità e sono estremamente originali rispetto alle altre codificazioni. Il Rapporto di presentazione al Re del codice civile evidenzia il fatto che la loro introduzione sia stata motivata dal contesto economico dell'epoca⁷⁴. Gli sviluppi del sistema industriale e del commercio hanno modificato la struttura produttiva e commerciale, rendendo molto più evidente lo squilibrio dei contraenti nella negoziazione di massa⁷⁵. Le imprese, in ragione delle necessità del commercio e della standardizzazione degli scambi, avevano iniziato a strutturare i rapporti contrattuali utilizzando contratti in serie. In tali casi, il modello di contratto concepito in ogni caso come un rapporto tra pari non era adeguato rispetto alla realtà commerciale.

Sulla base di tali considerazioni, il legislatore ha introdotto nel codice civile gli articoli 1341 e 1342. L'art. 1341, concernente la validità e l'efficacia delle condizioni generali, prevede che queste sono valide se erano conosciute o conoscibili dall'altra parte al momento della conclusione del contratto. La norma costituisce una deroga al principio del consenso, poiché vi sostituisce la conoscibilità⁷⁶; tuttavia, ciò che in questa sede ci interessa maggiormente sono le condizioni di validità ed efficacia delle clausole vessatorie, regolate dal secondo comma e applicabili anche ai contratti in serie (art. 1342, comma 2 c.c.). Si prevede che determinate clausole sono valide solamente se sono state specificamente approvate per iscritto dall'altra parte. La giurisprudenza ha interpretato tale condizione nel senso di richiedere una specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie inserite nelle condizioni generali o nel contratto in serie⁷⁷: la sottoscrizione garantirebbe la piena conoscenza ed accettazione di queste clausole notevolmente penalizzanti⁷⁸.

Il legislatore italiano si trovava di fronte ad un problema: il fatto che alcuni contratti

⁷⁴ Su tali aspetti v. *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul «valore giuridico della carta del lavoro»* (Roma: Istituto Poligrafico dello Stato 1943), pp. 391-392, n° 612.

⁷⁵ V. ROPPO, *Contratti standard* (Milano: Giuffrè 1975, réimpression 2017), pp. 9 et ss.

⁷⁶ V. ROPPO, *Contratti standard*, pp. 174 et ss.

⁷⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, pp. 851-852.

⁷⁸ Per la medesima ragione le clausole vessatorie devono essere specificamente indicate ed un generico riferimento a tutte le clausole del contratto non è sufficiente, v. *ex multis* Corte di Cassazione 12 ottobre 2016, n. 20606, ECLI:IT:CASS:2016:20606CIV, www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=.%2F20161012%2Fsnciv@s62@a2016@n20606@tO.clean.pdf



sono pressoché imposti e che vi sono previste clausole molto squilibrate; questa situazione oggettiva avrebbe potuto mettere in pericolo il fondamento della teoria classica del contratto. Tuttavia, la soluzione apportata, ossia la sottoscrizione delle clausole vessatorie, si inserisce nel solco dell'approccio classico. Il problema delle condizioni generali e dei contratti in serie è affrontato come un problema di consenso e di volontà, non di asimmetria informativa o di potere contrattuale: il consenso, manifestato in modo «rinforzato», è infatti condizione necessaria e sufficiente per la validità di tali clausole.

I postulati della razionalità del soggetto e della libertà contrattuale come principi guida che conducono al miglior risultato – senza alcun intervento esterno sul contesto contrattuale (*a priori*) o il contratto (*a posteriori*) in ragione dello squilibrio della relazione contrattuale – non sono rimessi in questione. Se si pensa alla regolamentazione consumeristica contemporanea di derivazione europea, la distanza teorica è evidente⁷⁹: mentre l'approccio di quest'ultima prende in considerazione un problema di asimmetria informativa dei contraenti e prevede la nullità delle clausole significativamente squilibrate, salva la prova della loro specifica negoziazione, il codice civile italiano pone il problema in relazione alla volontà: la garanzia della conoscenza delle clausole e, quindi, del consenso, è condizione necessaria e sufficiente per la loro validità ed efficacia.

6. – La concezione che abbiamo appena analizzato è entrata in uno stato di crisi, dovuto a plurimi fattori che ne hanno stravolto la struttura, anche da un punto di vista teorico e filosofico. In ragione dell'ampiezza, della profondità e la complessità di tali mutazioni, è opportuno limitarsi ad illustrare alcuni elementi che, a nostro avviso, hanno giocato un ruolo fondamentale in tale processo.

La stretta connessione tra la regolamentazione classica del soggetto e del contratto e il contesto economico e sociale è già stata messa in evidenza: i fattori principali della crisi di questo modello sono dunque le mutazioni profonde che hanno riguardato tale contesto⁸⁰. Le rivoluzioni industriali⁸¹, l'età della colonizzazione e gli sviluppi delle imprese multinazionali, con le conseguenti concentrazioni di capitale e la transnazionalizzazione

⁷⁹ V. par. 7.

⁸⁰ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 1^e série, (Paris: Dalloz, 3^e éd. 1964); CH. RADÉ, 'Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète?', dans *Mélanges Hauser* (Paris: LexisNexis-Dalloz 2012,) pp. (589) 599-580. Sur la crise du modèle économique classique v. B. LAVERGNE, *Grandeur et déclin du capitalisme* (Paris: Librairie des Médecis 1938).

⁸¹ F. CARON, *Les deux révolutions industrielles du XX^e siècle* (Paris: Albin Michel 1997).



dei mercati, hanno reso arcaico il modello contrattuale sul quale le regolamentazioni classiche erano fondate⁸². È quindi divenuto completamente irrealistico concepire i contraenti come astrattamente uguali e l'accordo come il prodotto della loro volontà libera⁸³. Le due guerre mondiali hanno ulteriormente approfondito questo processo, rendendo da un lato necessarie legislazioni emergenziali che limitavano notevolmente la libertà contrattuale⁸⁴ e, dall'altro, rimettendo in questione l'assioma fideistico nella ragione umana. Tali eventi hanno rappresentato punti di svolta nella rappresentazione e nella costruzione dell'individuo, nonché nell'efficienza del sistema economico.

Inoltre, i fondamenti filosofici di tale concezione sono stati rivoluzionati: la filosofia di Nietzsche segna una svolta decisiva, rimettendo in discussione la concezione razionalista del soggetto che era stata sostenuta dalla filosofia occidentale⁸⁵. A partire da tale prospettiva, si sviluppano in tutti i settori delle scienze delle correnti di pensiero che analizzano la crisi della razionalità, la frammentazione del soggetto e della sua coscienza.

Inoltre, il pensiero marxista ribalta la rappresentazione dei rapporti di produzione mercantili fornita dal liberalismo e mira a disvelare il carattere artificiale dell'astrazione che fonda la libertà dei soggetti⁸⁶. Di conseguenza, l'unità fondamentale del soggetto, dalla quale derivava l'unità gnoseologica e epistemologica della filosofia dominante, è

⁸² P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 124 et ss.; L. JOSSERAND, 'Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats', *RTD civ.* 1937, pp. 1 et ss.; M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, 'Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel', *JCP G* 1979, I, doc. 2952, n° 10; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, pp. 438 et ss.

⁸³ M. WALINE, *L'individualisme*, pp. 182 et ss.; CH. JAMIN, 'Plaidoyer pour le solidarisme contractuel', dans *Mélanges Ghestin* (Paris: L.G.D.J. 2001), pp. 441 et ss., secondo il quale la filosofia dell'autonomia della volontà è «purement et simplement une tromperie lorsque les parties ne sont pas de force égale». D'un point de vue économique v. F. PERROUX, 'Esquisse d'une théorie de l'économie dominante', *Économie appliquée* 1948, pp. 243 et ss. Sulla crisi del pensiero liberale alla fine del XIX secolo e lo sviluppo del realismo francese, che mette in evidenza la necessità di riforme al fine di salvare la società borghese: CH. JAMIN, 'Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique, un exercice de lecture comparée', 51. *Droits* 2010, pp. (137) 142 et ss. Già A. COLIN, H. CAPITANT et L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, pp. 13-14 mettono in evidenza il carattere fittizio della presunzione di uguaglianza tra i contraenti, in ragione dello sviluppo del sistema capitalista.

⁸⁴ A. NEGRI, *Eur. dir. priv.* 2003, p. (51) 70; W.H. VAN BOOM, 'The Great War and Dutch Contract Law: Resistance, Responsiveness and Neutrality', 2. *Comparative Legal History* 2014, pp. 303 et ss., disponibile anche su ssrn.com/abstract=2544542.

⁸⁵ Nietzsche ha messo a nudo il carattere artificiale e falso della razionalità umana, mostrando non solamente i limiti della conoscenza che si pretende di raggiungere tramite di essa, ma anche il carattere imposto, al tempo stesso limitante e strutturante, di valori che si pretendono invece universali

⁸⁶ K. MARX, *Le Capital*, I. I, ch. II, pp. 112 et ss.; ID., *La questione ebraica* (Roma: Editori Riuniti, 6° éd. 2° ristampa 2000), pp. 28 et ss.; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, p. 103 et ss.; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit* (Paris: Maspero 1976), pp. 128–137.



messa in discussione e, con essa, le certezze concernenti la razionalità e l'esistenza di una verità da scoprire grazie ad essa.

In tale contesto si sviluppa una corrente del pensiero liberale che si pone come obiettivo quello di rifondare il liberalismo, al fine di risolvere i problemi che si erano manifestati in maniera molto acuta; la conferenza Walter Lippmann⁸⁷ è il primo passo nella costituzione di un gruppo di intellettuali, provenienti da diverse discipline, che perseguono tale progetto⁸⁸. La storia di questo gruppo, la seguente divisione fra i teorici tedeschi (quelli che diverranno gli ordoliberali e che hanno influenzato le basi economiche e giuridiche dell'UE) e gli austro-americani (che diverranno i capifila del neoliberalismo) e la loro influenza nella rifondazione dello stato tedesco⁸⁹, benché molto interessanti, vanno ben oltre l'ambito della presente trattazione⁹⁰. Ciò che occorre tuttavia mettere in evidenza è il ruolo determinante di questi pensatori nella costruzione dell'UE⁹¹ e la loro concezione del diritto che risuona nei Trattati, nei regolamenti, nelle direttive e negli altri atti normativi dell'UE⁹². Le differenze teoriche in relazione al pensiero liberale classico

⁸⁷ Conferenza che si è svolta a Parigi dal 26 al 30 agosto 1938. Gli atti del convegno sono pubblicati in L. ROUGIER, *Le colloque Walter Lippmann* (Lormont: Le Bord de l'eau 2012), pp. 405 et ss.

⁸⁸ Sulla genesi dell'ordoliberalismo v. gli articoli contenuti nel numero monografico della rivista *Filosofia Politica*, 2019, n. 1 e, in particolare, v. W. EUCKEN, *Trasformazioni strutturali dello Stato e crisi del capitalismo*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 23 ss. (ed. or. *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1932, vol. 36, pp. 297 ss.); O. MALATESTA, *L'ordoliberalismo delle origini e la crisi della Repubblica di Weimar*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 67 ss.

⁸⁹ Per una ricostruzione originale, che tende a ricostruire i punti di contatto fra queste due correnti e che mette in luce l'influenza di F.V. Hayek sui pensatori tedeschi che hanno inciso nella formazione e strutturazione dell'UE v. Q. SLOBODIAN, *Globalists*, Harvard, 2018, p. 204 ss.

⁹⁰ P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 243 et ss., 328 et ss.; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, pp. 221 et ss. Sulle differenze tra queste due correnti da un punto di vista giuridico v. TH. BIEBRICHER, 'Neoliberalism and Law: The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment', 17. *German Law Journal* 2016, pp. (835) 839-842.

⁹¹ Alcuni pensatori ordoliberali della prima generazione, come Röpke e Rüstow, erano contrari alla formazione della Comunità europea, che consideravano come una frammentazione ispirata da finalità protezionistiche, del mercato mondiale. Tuttavia, i pensatori successivi, tra cui Müller-Armack e Mestmäcker, concentrati sulla costruzione del *framework* giuridico del mercato, erano invece favorevoli a tale costruzione e ne hanno ispirato la costruzione, utilizzando direttamente anche le idee e le proposte dei pensatori ordoliberali della prima generazione, cfr. Q. SLOBODIAN, *Globalists*, cit., p. 183 ss.

⁹² S. GRUNDMANN, 'The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law', 16. *ERPL* 2008, pp. 553 et ss.; M. LIBERTINI, 'A «Higly Competitive Social Market Economy» as a Founding Element of the European Economic Constitution', 9. *Concorrenza e mercato* 2011, pp. 491 et ss.; D. J. GERBER, 'Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the «New» Europe', 42. *The American Journal of Comparative Law* 1994, pp. 25 et ss.; G. DALE et N. EL-ENANY, 'The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda', 14. *German Law Journal* 2013, pp. (613) 620 et ss.

JUS CIVILE



sono molto numerose; tuttavia, se si devono identificare degli elementi di differenziazione determinanti che hanno notevolmente influenzato il diritto dei contratti, sarebbero probabilmente la concezione dell'ordine concorrenziale del mercato⁹³ e la concezione del soggetto che ne deriva.

Gli ordoliberali non concepiscono l'ordine concorrenziale del mercato come un ordine naturale, ontologicamente dato e preesistente alla regolamentazione giuridica; al contrario, considerano che il mercato, nonché l'ordine concorrenziale che deve regnarvi, debbano essere costruiti⁹⁴ tramite interventi attivi da parte del legislatore⁹⁵. Se tale ordine non è ontologicamente dato, ne consegue che gli interventi dei governanti non sono necessariamente considerati come ingerenze illegittime, ma sono invece necessari al fine di sviluppare pienamente questo ordine e di correggere gli ostacoli che lo limitano. Il punto di partenza di tale concezione è, come nel liberalismo classico, che l'allocatione delle risorse realizzata attraverso il sistema del mercato concorrenziale sia la migliore al fine di garantire il benessere di tutta la società⁹⁶: tuttavia, visto che questo sistema non è naturale, ma deve essere costruito e preservato, occorre fare in modo che, se necessario anche tramite interventi attivi, questi meccanismi possano funzionare correttamente e senza alcun ostacolo⁹⁷.

Il soggetto è ancora considerato come razionale. Tuttavia, è preso in considerazione nella situazione concreta nella quale si trova ad agire. Gli sviluppi del pensiero ordoliberale portano a prendere in considerazione le asimmetrie informative o di potere contrattuale che possono impedire il dispiegamento della razionalità del soggetto e comportare che, a causa di queste distorsioni, il contratto concluso non sia efficiente. Occorre quindi intervenire al fine di correggere tali distorsioni; gli interventi sono modellati sulla base delle situazioni che il legislatore concepisce come problematiche. Di conseguenza, esse

⁹³ W. LIPPMANN, *La cité libre* (Paris: Librairie de Médecis 1938); P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 225 et ss.; R. PTAK, 'Neoliberalism in Germany', dans P. Mirowski et D. Plehwe (dir.), *The road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought* (Cambridge: Harvard University Press 2009), pp. (98) 101-102.

⁹⁴ W. RÖPKE, *Civitas humana* (Erlenbach-Zürich: Rentsch 1944), pp. 43 et ss.; R. PTAK, dans *The road from Mont Pèlerin*, p. (98) 105.

⁹⁵ P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 205 et ss.; R. PTAK, dans *The road from Mont Pèlerin*, p. (98) 102.

⁹⁶ W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* (Bern: A. Franke 1952), p. 254.

⁹⁷ L. ERHARD, *La Prosperité pour tous* (Paris: Plon 1959); S. GRUNDMANN, *ERPL* 2008, pp. (553) 568 et ss.; F. RIEM, 'Retour sur l'ordre concurrentiel', 27. *RIDE* 2013, pp. (435) 442-443; R. FORNASARI, 'L'intervento giudiziale sul contratto: analisi normativa e politica del diritto', *Contratto e impresa (Contr. e impr.)* 2016, pp. (836) 865 et ss.



comportano una frammentazione della regolamentazione del contratto basata sulle categorie attraverso le quali il legislatore modella le tipologie di controllo.

In tale contesto, il diritto privato gioca un ruolo fondamentale: dato che il contratto è lo strumento giuridico attraverso il quale sono realizzati lo scambio e, dunque, l'allocazione delle risorse, esso diventa l'oggetto degli interventi miranti a fare sì che il dispositivo concorrenziale possa funzionare correttamente. Il diritto privato acquisisce allora una doppia funzione. Da un lato deve costruire e proteggere un quadro⁹⁸ all'interno del quale i soggetti possano agire e dispiegare la propria razionalità. Dall'altro, serve a controllare che i contratti rispettino la logica concorrenziale⁹⁹ e, quindi, a fare in modo che le condizioni nelle quali le persone si trovano ad agire siano ottimali¹⁰⁰ o, se tale dispositivo non può funzionare correttamente, a correggere *ex post*, con delle operazioni di *market-mimicking*, gli accordi che non possono rispettare tali condizioni¹⁰¹. I controlli, pertanto, non si limitano alle pratiche restrittive della concorrenza su un mercato specifico attraverso le norme *antitrust*, ma prendono altresì in considerazione i singoli contratti. Viene realizzata una «police» dei contratti che concerne la microeconomia degli scambi, fondata sull'idea che ogni accordo che non rispetta la logica del dispositivo concorrenziale meriti di essere corretto.

Queste considerazioni si inscrivono nell'idea di una «società di diritto privato» (le cui radici, secondo F. Böhm, devono essere ricondotte alla Rivoluzione francese), che si fonda sul principio di concorrenza come principio costituzionale¹⁰²: gli uomini non si confronterebbero direttamente con lo Stato, ma sarebbero sottoposti ad un ordine giuri-

⁹⁸ F. BÖHM, 'Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft', 17. *Ordo (Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft)* 1966, p. (75) 138.

⁹⁹ La stretta connessione tra il diritto della concorrenza e il diritto contrattuale è stata evidenziata da A. PIROVANO, 'Logique concurrentielle et logique contractuelle. À propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles', dans G. J. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique* (Paris: LGDJ 1998), pp. 295 et ss.

¹⁰⁰ Circa l'importanza degli obblighi informativi in relazione al diritto dei contratti v. S. GRUNDMANN, W. KERBER et S. WEATHERILL (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin – New York: de Gruyter 2001, ristampa 2012); M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats* (Paris: L.G.D.J. 1992).

¹⁰¹ F. MARTY et P. REIS, 'Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique', 27. *RIDE* 2013, p. (579) 582. Sur le nouveau et majeur rôle du pouvoir judiciaire v. P. DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, pp. 265-266; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, p. 180.

¹⁰² A. PIROVANO, 'L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne', dans R. Charvin, A. Guesmi (dir.), *L'Algérie en mutation* (Paris: L'Harmattan 2001), pp. 119 et ss.; L. SIMONIN, 'Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence: ordolibéralisme et théorie contractualiste de l'Etat', dans P. Commun, *L'ordolibéralisme allemand* (Cergy-Pontoise: Cirac 2003), pp. (67) 70 et ss.



dico che limiterebbe il potere dello Stato e i possibili abusi di potere dei soggetti privati¹⁰³, inquadrando le azioni e gli *status* dei soggetti¹⁰⁴, al fine di garantire il benessere della società.

Le implicazioni di tale nuova prospettiva e dei suoi effetti sugli ordini giuridici nazionali, anche dal punto di vista delle fonti del diritto e delle interazioni tra la sfera pubblica e la sfera privata, sono innumerevoli. L'approccio della regolamentazione cambia profondamente perché non si fonda più su un approccio sistematico e formale¹⁰⁵, che traeva i propri fondamenti dalla dogmatica giuridica, ma su un approccio funzionale¹⁰⁶. Le norme sono adottate e strutturate secondo le loro funzioni in relazione all'obiettivo divisato, ossia la costruzione ed il miglioramento del mercato unico e della concorrenza¹⁰⁷. Le problematiche giuridiche sono analizzate e le soluzioni sono apportate seguendo questo quadro teorico: l'unità che precedentemente derivava dalla costruzione di un sistema coerente, deve oramai essere trovata nell'obiettivo di tali norme.

¹⁰³ S. GRUNDMANN, *ERPL* 2008, pp. 553 et ss.

¹⁰⁴ F. BÖHM, *Ordo Jahrbuch* 1966, pp. 75 et ss.

¹⁰⁵ CH. JAMIN, *Droits* 2010, pp. (137) 137-138 mette in evidenza come la corrente del realismo francese, che si è sviluppata tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, avesse già messo in discussione tale approccio. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, 'L'asphyxie doctrinale', dans *Mélanges B. Oppetit* (Paris: Litec 2009), pp. 47 et ss. sottolineano le problematiche che queste mutazioni comportano per la costruzione del sistema giuridico.

¹⁰⁶ A. SUPLOT, *Homo juridicus* (Paris: Seuil 2005), pp. 270 et ss.; R. MICHAELS, 'The Two Rationalities of European Private Law', dans R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill (dir.), *The Foundations of European Private Law* (Oregon: Hart Publishing 2011), pp. (139) 154-155; M. HESSELINK, *The New European Culture* (Deventer: Kluwer 2001); sul medesimo tema v. anche le riconsiderazioni dello stesso autore a dieci anni di distanza: M. W. HESSELINK, 'The New European Culture – Ten Years On', dans G. Helleringer et K. Purnhagen (dir.), *Towards a European Legal Culture* (C. H. Beck – Hart – Nomos: München – Oxford – Baden-Baden 2014), pp. 17 et ss.; H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, pp. (81) 82 et ss.

¹⁰⁷ F. CAFAGGI, 'Private Regulation in European Private Law', dans A. Hartkamp, M. W. Hesselink, E. Hondius, C. Mk, E. du Perron (dir.), *Towards a European Civil Code* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 4^e éd. 2011), p. (91) 119; ID., 'The making of European private law: governance design', dans F. Cafaggi et H. Muir-Watt (dir.), *Making European Private Law* (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar 2008), pp. (289) 292 et ss.; H. COLLINS, 'The Hybrid Quality of European Private Law', dans R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia and S. Weatherill (dir.), *The Foundations of European Private Law* (Oregon: Hart Publishing 2011), p. 453. In relazione al diritto del consumo v. M. W. HESSELINK, 'Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive', 18. *ERPL* 2010, pp. (57) 65 et ss.; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie* (Paris: Seuil 2010), pp. 59 et ss.; H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, pp. (81) 85-88; E. NAVARRETTA, 'Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale', *Riv. dir. civ.* 2016, pp. (1262) 1274 et ss.; F. MACARIO, 'Autonomia privata (profili costituzionali)', dans *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII (Milano: Giuffrè 2015), p. (61) 93.



Detto approccio si è inoltre reso necessario in ragione della competenza teleologica dell'UE in materia contrattuale: detta competenza non si fonda su alcuna norma che concerna esplicitamente tale settore; invece, è giustificata dall'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)¹⁰⁸, che prevede la competenza degli organi dell'UE quando il ravvicinamento delle legislazioni è necessario per la costruzione ed il funzionamento del mercato interno¹⁰⁹. Di conseguenza, l'attribuzione normativa dell'UE è limitata e, soprattutto, funzionalmente orientata ad uno scopo specifico, che struttura gli interventi normativi.

7. – A partire da tale quadro teorico si può comprendere la regolamentazione dell'UE e dei sistemi giuridici nazionali sulla tutela del consumatore e di altri soggetti specificamente identificati come meritevoli di una protezione speciale, che hanno profondamente modificato i sistemi nazionali di diritto privato; a partire da ciò, si possono altresì apprezzare le differenze tra queste norme e quelle della metà del XX secolo concernente la regolazione di certi contratti specifici¹¹⁰.

Gli interventi concernenti, per esempio, il contratto di lavoro¹¹¹ e di locazione di immobili urbani¹¹² erano il risultato di una scelta politica che si poneva in antagonismo con l'approccio liberale classico. Tali leggi non miravano a far sì che il dispositivo concor-

¹⁰⁸ R. MICHAELS, *The Foundations of European Private Law*, p. (139) 154; E. CLAUDEL, 'Les perspectives du droit européen des contrats', dans M. Bourassin et J. Revel (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires* (Paris: Dalloz 2014), p. (219) 221.

¹⁰⁹ L'art. 114, al. 1 prevede che: «sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.» H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, p. (81) 85 afferma: «The 1985 White Paper on the Completion of the Internal Market provided the necessary legitimation for European legislators to instrumentalise law to open up and shape markets. This is where the birth of the EU as a market state can be located.»

¹¹⁰ La regolamentazione di alcuni contratti speciali ha portato alcuni autori a parlare di crisi del contratto già a partire dalla metà del secolo scorso, v. H. BATIFFOL, 'La "crise du contrat" et sa portée', dans *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, (Paris: Sirey 1968), pp. 13 et ss.; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, p. 43.

¹¹¹ Circa il diritto italiano v. M. BARBERA, 'I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive', dans L. Nivarra (dir.), *Gli anni Settanta del diritto privato* (Milano: Giuffrè 2006), pp. 315 et ss.

¹¹² Sul il diritto italiano v. F. PADOVINI, 'I locatari', dans L. Nivarra (dir.), *Gli anni Settanta del diritto privato* (Milano: Giuffrè 2006), pp. 443 et ss.



renziale potesse funzionare correttamente, ma a realizzare una distribuzione differente delle risorse rispetto a quella che sarebbe risultata dalla contrattazione. Queste norme erano il risultato di un conflitto sociale, che aveva messo in discussione la concezione liberale e vi aveva opposto una concezione radicalmente differente¹¹³. Al contrario, la regolamentazione europea si pone come obiettivo la realizzazione e la protezione del mercato concorrenziale¹¹⁴; mira ad eliminare gli ostacoli alla concorrenza e ad intervenire sui contratti che, a causa di *market failures*¹¹⁵, non permettono la migliore allocazione possibile delle risorse. Il concetto di *market failures*, che viene inventato e si sviluppa prevalentemente in ambito americano nel contesto dell'analisi economica del diritto, viene adottato in ambito europeo soprattutto al fine di valutare le problematiche della contrattazione e scegliere le soluzioni ottimali al fine di risolverle. Di conseguenza, le *rationes* e le finalità di queste due tipologie di intervento sul contratto, benché entrambe si distacchino dalla concezione classica, sono differenti¹¹⁶. Tali evoluzioni non possono essere quindi considerate come un fenomeno unitario, che rimette in causa l'autonomia della volontà; al contrario, è necessario rimarcare la rottura che interviene tra di esse e ricostruirle secondo la loro razionalità.

Ritornando alle trasformazioni contemporanee, il punto di partenza della razionalità normativa delle istituzioni europee è differente da quello della teoria classica: non è più il soggetto di diritto astratto, considerato come individuo essenzialmente razionale, ma la protezione e l'implementazione dell'ordine concorrenziale del mercato, per il corretto funzionamento del quale le norme devono essere strutturate. La necessità di produrre delle regole che si applichino ad una generalità di situazioni obbliga le autorità europee a trovare dei criteri generali¹¹⁷ tramite i quali affrontare le summenzionate problematiche. Uno di questi criteri è lo statuto dei soggetti sul mercato e nella relazione contrattuale.

¹¹³ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, pp. 26 et ss.

¹¹⁴ J. ROCHFELD, 'De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de la protection de la partie faible à un droit de régulation du marché', dans *Approche critique du vocabulaire juridique européen: la confiance*, *Les Petites affiches* 16 février 2009, chron. 21.

¹¹⁵ Le norme europee sono anche debitrice dei fondamenti teorici dell'analisi economica del diritto, come si evince dal fatto che esse prendano in considerazione le *markets failures*. Sulle nozioni fondamentali dell'analisi economica del diritto v. R. COOTER et TH. ULEN, *Law and Economics* (Berkeley: Berkeley Law, 6° éd. 2016); A. T. KRONMAN et R.A. POSNER, *The Economics of Contract Law* (Boston-Toronto: Little, Brown & Cie, 1979).

¹¹⁶ Distingue fra queste due tipologie di interventi anche M.R. MAUGERI, *Tutela dei soggetti "deboli" e autonomia privata: dalla fine degli anni '60 al Fiscal Compact*, in *Pers. e mercato*, 2014, p. (96) 97-98.

¹¹⁷ F. DENOZZA, 'In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale', *ODCC* 2016, pp. (419) 442-443.



Il caso maggiormente rappresentativo di tale approccio è, chiaramente, la legislazione consumeristica¹¹⁸. La protezione del consumatore, strumento di costruzione e di istituzione del mercato unico¹¹⁹, è stata da lungo tempo fissata come una delle priorità dell'UE. La risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975¹²⁰ stabilisce il programma preliminare della Comunità economica europea (CEE) sulla protezione ed informazione del consumatore, dopo la quale si sono succeduti numerosi interventi settoriali¹²¹. Tra questi, la direttiva concernente le clausole abusive nei contratti conclusi dai consumatori¹²² e la direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011¹²³.

¹¹⁸ Sulle logiche differenti del *code civil* e del diritto del consumo e del diritto della concorrenza v. Y. LEQUETTE, 'Recodification civile et prolifération des sources internationales', dans *Livre du bicentenaire* (Paris: Dalloz-Litec 2004), p. (171) 177. Tuttavia, non bisogna pensare che la concezione della categoria del consumatore sia statica e non evolva nel tempo; sulle differenti nozioni di consumatore v. M. COESTER, 'Party Autonomy and Consumer Protection', 3. *EuCML* 2014, pp. (170) 172 et ss.; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law* (Oregon: Hart Publishing 2007), pp. 69 et ss.

¹¹⁹ M. W. HESSELINK, *ERPL* 2010, pp. (57) 58 et ss. Sulla funzione del diritto del consumo che, come noto, è legata al corretto funzionamento del mercato v. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* (Paris: L.G.D.J. 2004), p. 25; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms*, pp. 10 et ss.

¹²⁰ Circa un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione dei consumatori v. [eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425(01)&from=FR).

¹²¹ Per esempio, la dir. 85/577/CEE del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, data.europa.eu/eli/dir/1985/577/oj; la dir. 97/7/CE del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, data.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj; la dir. 2002/65/CE del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, data.europa.eu/eli/dir/2002/65/oj; la dir. 2005/29/CE dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali, data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj; la dir. 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE, data.europa.eu/eli/dir/2007/64/oj; la dir. 2011/83/UE 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, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj.

¹²² Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori, data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj. Sugli sviluppi e le applicazioni che hanno riguardato tale direttiva v. H.W. MICKLITZ et N. REICH, 'The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)', 51. *Common Market Law Review (CMLR)* 2014, pp. 771 et ss.

¹²³ 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, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj. Sulla proposta di direttiva che ne è alla base v. M. LOOS, 'Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive', 18. *ERPL* 2010, pp. 15 et ss.; S. WHITTAKER, 'Clauses abusives et garanties des consommateurs: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'"harmonisation complète"', *D.* 2009, pp. 1152 et ss.



In alcuni stati, tale tendenza si era già manifestata a livello nazionale. Ad esempio, in Germania la legge del 9 dicembre 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen: AGB-Gesetz*) prevedeva il controllo delle clausole abusive nei contratti *standard* e la presunzione di illiceità di alcune clausole inserite nei contratti conclusi con un consumatore. In Francia, le prime regolamentazioni in questo settore risalgono alla legge 10 gennaio 1978¹²⁴, che aveva predisposto una Commissione incaricata di valutare la legittimità di determinate clausole dei contratti conclusi dai consumatori, che dovevano in seguito essere regolamentate dal governo, ma che non prevedeva un intervento diretto del giudice nell'accordo¹²⁵. Se la dottrina non ha tardato a rendersi conto delle novità che comportava un diritto particolare, modellato sulle qualità dei contraenti¹²⁶, è soprattutto¹²⁷ grazie alle norme europee che questo nuovo approccio ha avuto effetti notevoli sulla regolazione di diritto privato¹²⁸.

Le summenzionate direttive prevedono numerose norme miranti a fare sì che il consumatore sia completamente informato¹²⁹ e possa dispiegare la propria razionalità coscientemente e efficacemente. Tra queste norme, la regola che prevede la nullità delle clausole che comportano, contro la buona fede, uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi delle parti (escluse quelle concernenti l'oggetto principale o il prezzo, se redatte in maniera chiara)¹³⁰, a meno che esse non siano state specificamente negoziate dai contraenti, è estremamente rappresentativa di tale concezione¹³¹.

¹²⁴ Relativa all'informazione e alla protezione dei consumatori nel settore di determinate operazioni creditizie.

¹²⁵ J. GHESTIN, 'Le pouvoir du juge d'annuler une clause en la qualifiant d'abusives malgré l'absence d'un décret prévu par la loi du 10 janv. 1978 sur l'information et la protection des consommateurs', *D.* 1990, pp. 289 et ss. esamina gli sviluppi giurisprudenziali concernenti le clausole abusive.

¹²⁶ M. ARMAND-PREVOST et D. RICHARD, 'Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au diriguisme contractuel', *JCP G* 1979, I, doct. 2952.

¹²⁷ Sulla particolarità del caso tedesco, che [stato il modello della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, v. par. 8.

¹²⁸ G. ALPA, 'The Making of Consumer Law and Policy in Europe and Italy', 29. *European Business Law Review (EBLR)* 2018, pp. (589) 592 et ss.; G. PAISANT, 'À propos des vingt ans du Code de la consommation', *JCP G* 2013, p. 1063, n° 4 sottolinea il ruolo determinante dell'UE nello sviluppo del diritto del consumo. V. anche P. SIRENA, 'Il codice civile e il diritto dei consumatori', *NGCC (Nuova giurisprudenza civile commentata)* 2005, pp. 277 et ss.

¹²⁹ Sui doveri di informazione v. S. GRUNDMANN, 'Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law', 39. *CMLR* (2002), pp. (269) 272 et ss.; E. HALL, G. HOWELLS et J. WATSON, 'The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law', 8. *ERCL* 2012, pp. 139 et ss.; M. COESTER, *EuCML* 2014, p. (170) 174.

¹³⁰ Su tale aspetto v. Cour de Justice UE, 20 settembre 2017, n. C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuuc e.a. v. Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703, *Il Corriere giuridico* 2018, p. 745.

¹³¹ Art. 3 della dir. 93/13/CEE.



Questa norma mira a correggere le asimmetrie informative¹³² (una parte della dottrina ritiene che tenda altresì a rimediare alle asimmetrie di potere contrattuale)¹³³, che caratterizzano la relazione fra professionisti e consumatori. L'obiettivo specifico della regola è controverso. Alcuni autori focalizzano l'attenzione sulla protezione della parte debole¹³⁴, altri sostengono invece che la regola miri invece principalmente alla protezione della concorrenzialità del mercato¹³⁵; una parte della dottrina ha infine argomentato che, al fine di favorire la standardizzazione dei contratti, ritenuta efficiente, è necessario che le parti non siano obbligate a negoziare il contenuto di ogni accordo e, quindi, che le clausole abusive siano eliminate di diritto¹³⁶. Tuttavia, la dottrina è generalmente concorde nel ritenere che la regola sia finalizzata a garantire il buon funzionamento del mercato¹³⁷, affinché la scelta del consumatore, normalmente determinata dal prezzo e dall'oggetto, possa essere razionale e, di conseguenza, che il contratto sia efficiente¹³⁸.

¹³² S. GRUNDMANN, 'EC Consumer and EC Competition Law: How Related are They? Examining the Existing EC Contract Law Sources', dans H. Collins (dir.), *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices* (The Hague: Kluwer Law International 2004), pp. (209) 211 et ss.

¹³³ M. W. HESSELINK, 'Unfair Terms in Contracts between Businesses' dans J. Stuyck et R. Schulze (dir.), *Towards a European Contract Law* (Munich: Sellier European Law Publishers 2011), pp. (131) 132-134; M. WOLF, 'Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Term Directive', dans S. Grundmann, W. Kerber et S. Weatherill (dir.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (Berlin-New York: de Gruyter 2001, ristampa 2012), p. (313) 323. Sulle teorie concernenti le finalità della protezione dei consumatori v. K. J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection* (The Hague: Kluwer Law International 2005), pp. 170 et ss.; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy* (Cheltenham: Edward Elgar, 2^e éd. 2013); N. Reich, 'Economic Law, Consumer Interests and EU Integration', dans H.-W. Micklitz, N. Reich et P. Rott, *Understanding EU Consumer Law* (Portland: Intersentia 2009), pp. (1) 6 et ss.

¹³⁴ M. W. HESSELINK, 'Common Frame of Reference & Social Justice', 4. *ERCL* 2008, p. (248) 262.

¹³⁵ M. SCHILLING, 'Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms', 33. *European Law Review* (*Eur. Law Rev.*) 2008, pp. 336 et ss.

¹³⁶ H. SCHULTE-NÖLKE, 'No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts', 23. *ERPL* 2015, pp. (195) 210 et ss.

¹³⁷ R. ZIMMERMANN, 'Contract Law Reform: The German Experience', dans S. Vogenauer et S. Weatherill (dir.), *The Harmonisation of European Contract Law* (Oxford-Portland: Hart Publishing 2006), pp. (71) 83 e ss.; H. SCHULTE-NÖLKE, *ERPL* 2015, p. (195) 209; SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law of Contract* (Portland: Hart Publishing, 2^e éd. 2006), p. 167; M. SERIO, 'Profili comparatistici delle clausole vessatorie', 1. *Eur. dir. priv.* 1998, p. (77) 78.

¹³⁸ T.M. WILHELMSSON, 'Varieties of Welfarism in European Contract Law', 10. *Eur. Law Rev.* 2004, pp. (712) 726-728; A. GENTILI, 'Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti', *Rivista di diritto civile* (*Riv. dir. civ.*) 2016, p. (1479) 1489. M. COESTER, *EuCML* 2014, p. (170) 172 afferma che «consumer protection law, thus, turned into "consumer law" as part of market oriented legislation.» La funzione della regolamentazione del mercato delle norme concernenti la protezione del consumatore è messa in evidenza



Occorre sottolineare l'originalità di questo approccio rispetto alla concezione classica del soggetto e del contratto. Il soggetto è preso in considerazione in relazione alla concreta situazione nella quale si trova¹³⁹, all'effettiva possibilità di negoziare l'accordo e alle informazioni di cui dispone al fine di valutare le offerte concorrenti¹⁴⁰. Ne deriva che, se la razionalità del soggetto è sempre data per presupposta, la regolamentazione non è più, tuttavia, unitaria: la categoria del soggetto si frammenta in relazione alla condizione dell'individuo sul mercato e ai problemi strutturali che si ritiene di dover risolvere affinché il consumatore possa effettuare la migliore scelta possibile e, quindi, la più efficiente¹⁴¹. Il controllo sulle clausole vessatorie, invece, non è escluso che dalla effettiva negoziazione del contratto: in tale caso, si ritiene che l'asimmetria informativa non sussista e che il consumatore abbia potuto effettuare una scelta pienamente razionale. La distanza teorica che separa tale norma e l'art. 1341, comma 2 c.c. è notevole: ciò che rende la clausola valida ed efficace non è più la prova del consenso, ma la negoziazione, considerata come garanzia dell'espressione di razionalità.

Tale approccio si è esteso a numerosi settori, in cui le situazioni potenzialmente squilibrate sono state regolate sulla base dello *status* dei contraenti. È il caso, ad esempio, dei contratti bancari e finanziari, dove la regolazione è differente in ragione della tipologia dei professionisti¹⁴² e in relazione ai quali viene introdotta la categoria del cliente¹⁴³.

Inoltre, questa logica non è rimasta confinata a settori in cui la differenza fra le categorie dei contraenti è più evidente, ma è stata adottata anche nei rapporti fra imprese (*b2b*)¹⁴⁴. No-

dal P. SIRENA, 'L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto', *Riv. dir. civ.* 2004, pp. 787 et ss.

¹³⁹ J. ROCHFELD, 'Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible": les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme', dans *Mélanges Viney* (Paris: L.G.D.J. 2008), pp. (835) 837-840; E. GABRIELLI, 'I contraenti', dans P. Sirena (dir.), *Il diritto europeo dei contratti di impresa* (Milano: Giuffrè 2006), pp. 113 et ss.

¹⁴⁰ M. COESTER, *EuCML* 2014, p. (170) 173.

¹⁴¹ Sulle intersezioni fra diritto del consumo e diritto della concorrenza v. G. MONTI, 'The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective', 3. *ERCL* 2007, pp. 295 e ss.; G. AGRIFOGLIO, 'Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti tra imprese (B 2 b)', *Contr. e impr.* 2008, pp. (1333) 1337 et ss.

¹⁴² A. COURET e ALII, *Droit Financier* (Paris: Dalloz, 2° éd. 2012), pp. 94 et ss.; F. DENOZZA, 'Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti', *ODCC* 2012, pp. (5) 10, 35 et ss.; M. KRUIHOF et W. GERVEN, 'A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID', Ghent University Financial Law Institute Working Paper No. 2010-07, 8 juin 2010, ssrn.com/abstract=1622682.

¹⁴³ V. ROPPO, 'From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?', 5. *ERCL* 2009, pp. (304) 314 e ss.; Th. BONNEAU, *Droit bancaire* (Paris: LGDJ, 12° éd. 2017), pp. 343 et ss.; S. PAGLIANTINI, 'I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari', *I Contratti* 2018, pp. 253 e ss.

¹⁴⁴ V. ROPPO, *ERCL* 2009, pp. (304) 309 et ss.



nostante le divisioni della dottrina sulla necessità di una protezione generalizzata dell'impresa debole e sull'opportunità di estendere anche a questa la protezione del consumatore o dispositivi analoghi¹⁴⁵, sempre più norme mirano specificamente a correggere gli squilibri nei rapporti *b2b*. Infatti, la realtà del commercio mostra che, anche in questi casi, degli squilibri fra i contraenti possono comportare delle distorsioni del dispositivo concorrenziale e, quindi, giustificare l'intervento del giudice. Alcuni esempi testimoniano questa tendenza.

L'art. 4:109 dei Principi di diritto contrattuale europeo (PDEC) prevede la nullità di un accordo dal quale una parte tragga un profitto ingiusto o un vantaggio iniquo sfruttando una situazione di dipendenza, di bisogno o di necessità dell'altra parte. La situazione di dipendenza, di bisogno o di necessità integra l'asimmetria di potere tra i contraenti; il vantaggio eccessivo o l'abuso l'inefficienza del contratto.

Il Libro verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare fra imprese in Europa¹⁴⁶ mette in evidenza la necessità di lottare contro le pratiche commerciali sleali nel mercato unico, in ragione della distorsione della concorrenza che queste potrebbero generare e della perdita di competitività nelle catene di fornitura alimentare. La debolezza di alcune parti rispetto alle altre ed i possibili abusi, realizzati attraverso alcune clausole contrattuali, fondano la necessità del controllo del contenuto contrattuale¹⁴⁷. Questa intenzione è stata confermata da un recente comunicato stampa¹⁴⁸, in cui la Commissione ha riaffermato di volere lottare contro le pratiche commerciali sleali al fine di proteggere i soggetti più deboli della catena, al quale ha fatto seguito l'approvazione della risoluzione del 12 marzo 2019¹⁴⁹.

¹⁴⁵ M. HESSELINK, 18. *ERPL* 2010, pp. (57) 91 e ss.; H. SCHULTE-NÖLKE, 23. *ERPL* 2015, pp. (195) 205 et ss., che argomentano in favore di un controllo dello squilibrio anche nei contratti *b2b* e mettono in luce le differenti funzioni dell'intervento del giudice.

¹⁴⁶ Libro verde 31.1.2013 COM(2013) 37 final, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52013DC0037. Questo Libro verde era stato preceduto dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2011 su un commercio al dettaglio più efficace e più equo [2010/2109(INI)], 5 luglio 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52011IP0307, e dall'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia – «Insieme per una nuova crescita», COM(2011) 206 del 13 aprile 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52011DC0206.

¹⁴⁷ La medesima preoccupazione circa lo squilibrio di potere contrattuale nella filiera agroalimentare e gli effetti negativi per la concorrenza che tale squilibrio può comportare è stata espressa dal *Conseil de la concurrence* francese (avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l'organisation économique de la filière fruits et légumes, spéc. par. 43-44).

¹⁴⁸ Comunicato del 12 aprile 2018, www.europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2702_fr.htm.

¹⁴⁹ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 12 marzo 2019 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle pratiche commerciali sleali nelle relazioni fra imprese nella catena di fornitura alimentare (COM(2018)0173 – C8-0139/2018 – 2018/0082(COD)).



La direttiva concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali¹⁵⁰ può esserne considerata un ulteriore esempio. Anche se la direttiva non prevede esplicitamente una distinzione tra parti forti e deboli, mira a proteggere le piccole e medie imprese, alle quali dei contraenti economicamente più forti potrebbero imporre dei termini di pagamento eccessivamente dilazionati¹⁵¹. In tale caso, si prevedono dei termini di pagamento fissi (art. 3) e un meccanismo volto a lottare contro le clausole ritenute abusive (art. 7).

Questo approccio della regolamentazione, imperniato sulle categorie di contraenti, non è rimasto confinato alle norme aventi una diretta origine comunitaria; al contrario, ha invece ispirato i legislatori nazionali e ha comportato l'adozione di norme che seguono, almeno parzialmente, la stessa razionalità a livello nazionale. In alcuni settori i legislatori hanno deciso di adottare dei dispositivi normativi volti ad inquadrare l'autonomia delle parti e a vietare determinate clausole, ritenute nocive. Due esempi, che concernono i contratti di distribuzione e subfornitura e le situazioni di dipendenza economica che normalmente caratterizzano questi rapporti, possono aiutare a chiarire tali aspetti.

In Francia la *loi de modernisation de l'économie* del 4 agosto 2008 ha modificato l'art. L. 442-6 c. comm.¹⁵², ora ulteriormente modificato dall'art. 2, dell'*ordonnance*, 24 aprile 2019, n. 2019-359 (che ha approfondito e ulteriormente rinforzato il processo analizzato). Il comma 2 della versione antecedente all'ultima riforma di tale articolo disponeva la nullità di determinate clausole molto squilibrate¹⁵³. Inoltre il comma 1, n. 2) prevedeva la responsabilità di colui che sottometta o tenti di sottomettere «un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties».¹⁵⁴ Nonostante si

¹⁵⁰ Direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 concernente la lotta contro il ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali, data.europa.eu/eli/dir/2011/7/oj, che ha abrogato la direttiva 2000/35/CE du 29 juin 2000, data.europa.eu/eli/dir/2000/35/oj. L'art. 1, al. 1 di tale direttiva dichiara il proprio obiettivo: «Le but de la présente directive est la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, en améliorant ainsi la compétitivité des entreprises et en particulier des PME.»

¹⁵¹ V. ROPPO, *ERCL* 2009, pp. (304) 312-313.

¹⁵² Sui rapporti di tale disposizione con il diritto del consumo v. R. SAINT-ESTEBEN, 'L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives: un faux ami du droit de la consommation', *RDC* 2009, pp. (1275) 1278 et ss.

¹⁵³ Tipizzazione oggi eliminata e sostituita con una clausola generale prevista all'art. dall'art. L. 442-1, comma 1, n. 1 *cod. comm.*, il quale dispone: «engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services: 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie».

¹⁵⁴ Sanzione ora prevista dall'art. L. 442-1, comma 1, n. 2 *cod. comm.*



disponesse espressamente, come sanzione, il risarcimento del danno causato, la giurisprudenza ha ritenuto che le clausole abusive potessero altresì essere dichiarate nulle o come non scritte¹⁵⁵. La situazione di dipendenza e, quindi, di debolezza di un contraente rispetto all'altro era determinata attraverso la sottomissione o il tentativo di sottomissione¹⁵⁶. Tale sottomissione, unita allo squilibrio¹⁵⁷, comportava la possibilità di reputare come non scritta la clausola abusiva¹⁵⁸.

La *ratio* della norma è di correggere un contratto che non costituisce il frutto di una negoziazione efficiente¹⁵⁹: la protezione della parte debole¹⁶⁰ è strettamente connessa a quella della concorrenzialità del mercato¹⁶¹. La regola è infatti situata in un capitolo intitolato «pratiques restrictives de concurrence». Inoltre, la dottrina ha affermato che lo squilibrio del contratto, derivante da un'asimmetria informativa o di potere contrattuale¹⁶², da un lato è causa

¹⁵⁵ Tale sanzione è oggi esplicitamente prevista dal nuovo art. L. 442-4, comma 1 *cod. comm.* Antecedentemente all'ultima riforma tale soluzione era stata seguita da molte sentenze, fra cui: Cour d'appel de Paris 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2015/RC640EE8D60458E8A0AAC; Cour d'appel de Paris 7 juin 2013, n° 11/08674, *RTD com. (Revue trimestrielle de droit commercial)* 2013, p. 500, obs. M. Chagny = *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. 208, note N. Mathey; Cour d'appel de Paris 29 octobre 2014, n° 13/11059, *D.* 2015, p. 943, obs. D. Ferrier = *RTD com.* 2014, p. 785, chron. M. Chagny.

¹⁵⁶ Circa i criteri per determinare la sottomissione v. Cour de cassation com. 4 octobre 2016, n° 14-28013, *Carrefour c/ min. Éco*, *RDC* 2017, p. 81, comm. M. Behar-Touchais.

¹⁵⁷ Circa la definizione di squilibrio v. Cour de cassation com. 3 mars 2015, n° 13-27525, *Eurauchan c/ min. Éco*, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030324689; Cour de cassation com., 29 septembre 2015, n° 13-25043; Cour d'appel de Paris 4 octobre 2017, n° 16/06674, *RDC* 2017, 4, p. 53, comm. C. Grimaldi; Cour de cassation com. 25 janvier 2017, n° 15-23547, *RDC* 2017, p. 470, comm. C. Grimaldi.

¹⁵⁸ Sulle sanzioni previste dalla legge e le loro applicazioni v. D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution* (Paris: LexisNexis, 8^e éd. 2017), pp. 183 et ss.

¹⁵⁹ I giudici prendono sovente in considerazione l'assenza di negoziazione al fine di infliggere la sanzione, v. per esempio Cour de cassation com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, *D.* 2015, p. 1204, p. 2530, obs. N. Dorandeu.

¹⁶⁰ D. BOSCO, 'Réforme du droit des obligations et pratiques restrictives: observations sur la question des "clauses abusives"', dans C. Bloch, A. Cerati-Gauthier et V. Perruchot-Triboulet (dir.), *L'influence e la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires* (Paris: Dalloz 2018), p. (16) 17. Sulla differenza tra l'approccio francese e tedesco v. S. GRUNDMANN et S.M. SCHÄFER, *ERCL* 2017, pp. (459) 467-468 n. 21.

¹⁶¹ Il legame intercorrente tra la protezione della parte debole e della concorrenza è stato messo in evidenza da tempo: A. PIROVANO, 'Logique concurrentielle et logique contractuelle', dans J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique* (Paris: L.G.D.J. 1998), p. (293) 295; F. GALGANO, 'Qui suo iure abutitur neminem laedit?', *Contr. e impr.* 2011, p. (311) 315; N. IRTI, *Testo e contesto* (Padova: Cedam 1996), pp. 82-83; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0* (Padova: Cedam 2018), pp. 138 et ss.; A. BIENAYMÉ, 'L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence', *RIDE* 1995, pp. 378 et ss.

¹⁶² Il fatto che si prenda in considerazione anche lo squilibrio di potere contrattuale è reso evidente dal



di inefficienza; dall'altro, il moltiplicarsi di contratti squilibrati potrebbe intaccare la concorrenzialità del mercato ¹⁶³.

Tale norma è stata oggetto di un'applicazione estensiva. È stata infatti applicata anche al di fuori del contesto per il quale era stata concepita: il suo campo di applicazione non è più limitato ai contratti della grande distribuzione ¹⁶⁴; inoltre, la nozione di «partenaire» adottata era ampia: la norma può essere applicata anche ad un singolo contratto, se la sua esecuzione è continuata nel tempo ¹⁶⁵. Infine, i giudici sovente presumevano la sottomissione in ragione dello squilibrio, senza condurre un'analisi più approfondita ¹⁶⁶.

Una concezione analoga è espressa dall'art. 9 della legge italiana 19 giugno 1998, n. 192, che proibisce l'abuso di dipendenza economica e prevede la nullità dei patti tramite i quali si realizza tale abuso ¹⁶⁷. Tale regola, originariamente limitata ai contratti di sub-

fatto che si possano sanzionare anche le clausole relative al prezzo, v. Cour de cassation com. 25 janvier 2017, n° 15-23.547, *JCP G* 2017, p. 255, obs. M. Behar-Touchais.

¹⁶³ Trib. Com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, *RTD com.* 2015, p. 483 note M. Chagny, dove si afferma che l'art. 442-6 *code comm.* che vieta le clausole che creino uno squilibrio significativo è una *loi de police* «nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays». V. aussi O. DESHAYES, TH. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article* (Paris: LexisNexis 2016), pp. 300 et ss.

¹⁶⁴ Tribunal de commerce de Paris 12 décembre 2013, n° 11/18274, *RDC* 2014, p.411, obs. M. Behar-Touchais.

¹⁶⁵ Oggi la nozione di *partenaire* è stata eliminata e le summenzionate sanzioni si applicano in relazione al contesto ed alla tipologia di contratto, così delimitata dall'art. L. 442-1, comma 1 *cod. comm.*: «... dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services...». Per la soluzione antecedente alla riforma cfr. avis CEPC, n° 15-01 du 22 janvier 2015. Per l'applicazione di tale disposizione a contratti che non coinvolgono dei *partenaires commerciaux stricto sensu*, v. Cour d'appel de Paris 21 septembre 2016, n° 14/06802, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R2FF2E080E44F1E4ABED4; Cour d'appel d'Aix-en-Provence 10 mars 2016, n° 15/06564, www.doctrine.fr/d/CA/Aix-en-Provence/2016/R38C120C9A4D2CE74BC04; Cour d'appel de Grenoble 10 mai 2016, n° 13/03121, www.doctrine.fr/d/CA/Grenoble/2016/R38B9E2CF57476350C1C0; Cour d'appel de Paris, 6 mars 2015, n° 13/20879, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030357324 Cour d'appel de Nancy 14 février 2013, n° 12/00378, www.doctrine.fr/d/CA/Nancy/2013/RE1750E731F753402EBD7. *Contra*: Cour d'appel de Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033266800; Cour d'appel d'Orléans 25 février 2016, n° 15/01666, www.doctrine.fr/d/CA/Orleans/2016/R54BA990E109E234656D5; Cour d'appel de Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427, www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R621258B4415E58BAAFAB; Cour d'appel de Paris 7 juin 2013, n° 11/08674, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R5C21349202E210CDA3D2.

¹⁶⁶ *Contra* Cour de cassation com. 27 mai 2015, n° 14-11387, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030653730, dove si afferma che occorre in concreto verificare l'assenza di potere di negoziazione del *partenaire* debole.

¹⁶⁷ S. PAGLIANTINI, 'L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto', dans G. Vettori, *Equilibrio e usura nei contratti* (Padova: Cedam 2002), pp. 455 et ss.; PH. FABBIO,



fornitura, è stata in seguito applicata dalla giurisprudenza in altri settori, in virtù del fatto che essa sarebbe espressione del principio generale di buona fede e di divieto di abuso del diritto¹⁶⁸.

Le due norme introducono un controllo del contratto e delle sue clausole che, in ragione della relazione di dipendenza di un contraente rispetto all'altro (e dunque dell'asimmetria informativa e di potere contrattuale), non costituiscono un equilibrio efficiente fra i diritti e le obbligazioni delle parti¹⁶⁹.

Infine, occorre sottolineare che queste norme non si riducono a dei microsistemi autonomi e chiaramente distinti dal sistema principale¹⁷⁰. Dato che esse concernono direttamente le categorie fondanti del diritto dei contratti e i rapporti tra di esse, queste regole mettono in discussione le basi del sistema e la loro razionalità. Ne è prova la loro *vis* espansiva: pur essendo originariamente applicabili solamente ad alcuni contraenti e ad alcuni settori, hanno una tendenza ad essere applicate a casi, teoricamente esterni al loro campo di applicazione, che presentano tuttavia problematiche simili. Tale applicazione estensiva viene fatta in relazione ad un problema generale che si considera strutturalmente analogo – una situazione di squilibrio fra le parti dalla quale deriva un contratto inefficiente – e ad uno scopo unitario: la repressione di contratti o clausole che si ritiene siano nocive per l'ordine sociale ed economico.

Un criterio determinante sulla base del quale è effettuata tale categorizzazione è la qualità dei contraenti¹⁷¹: di conseguenza, l'unità del soggetto di diritto si frantuma, lasciando posto alle considerazioni dettate dalla realtà dei rapporti mercantili e agli obiet-

L'abuso di dipendenza economica (Milano: Giuffrè 2007); G. AGRIFOGLIO, *Contr. e impr.* 2008, pp. (1333) 1347 et ss.; R. CASO, *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale* (Trento: Università degli Studi di Trento 2012), eprints.biblio.unitn.it/4171/1/Caso_Abuso.pdf; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato* (Napoli: Jovene 2004); M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 141-145 ritiene che la matrice della norma in questione sia di stampo protezionistico e dirigistico. Riconduce invece alla finalità di tutela della struttura concorrenziale del mercato G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 68 ss.

¹⁶⁸ Cass. Sez. Un., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 298 ss., con nota di V.C. Romano; M. FRANZONI, 'Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto', *Contr. e impr.* 1999, p. (83) 88; R. CATERINA, 'Principi generali e strategie neosistematiche nel dibattito sull'autonomia contrattuale', dans S. Mazzamuto et L. Nivarra, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* (Torino: Giappichelli 2017), p. (201) 202.

¹⁶⁹ M. BARCELLONA, *Della causa* (Padova: Cedam 2015), pp. 578-580.

¹⁷⁰ Come nel caso delle norme concernenti il contratto di lavoro o di locazione. V. anche N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat* (Aix-en-Provence: PUAM 2002), pp. 538-540.

¹⁷¹ Sul tema v. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative* (Paris: L.G.D.J. 2002).



tivi che la regolazione persegue. Inoltre, dato che l'approccio alla regolazione del contratto che era il fondamento della *reductio ad unum* del soggetto, era altresì il presupposto dell'unità del consenso e del contratto, il cambiamento di tale approccio e la frammentazione del soggetto comportano ugualmente delle frammentazioni del contratto.

8. – Una volta abbandonati i postulati della naturalità del mercato e dell'uguaglianza astratta del soggetto, ne deriva altresì che l'unità concettuale del contratto può essere rimessa in discussione.

Ne sono un esempio le specifiche regolamentazioni del contratto in relazione alla categoria dei contraenti: le distinzioni relative allo statuto del soggetto implicano altrettante frammentazioni in relazione al contratto. Tale frammentazione emerge anche dal linguaggio giuridico, nel quale penetrano le nozioni di contratto del consumatore e contratti conclusi da un'impresa debole. La dottrina ha creato numerose definizioni, che si basano sull'idea che il contratto non sia più uno solo e, quindi, che la categoria unitaria del contratto non esista più¹⁷². Ad esempio, le nozioni di «secondo contratto», «terzo contratto»¹⁷³ e «contratto asimmetrico»¹⁷⁴, volte a comprendere queste trasformazioni, sono divenute comuni e ha avuto luogo un vivace dibattito concernente gli elementi e le *rationes* di queste distinzioni¹⁷⁵. Si inseriscono nello stesso solco le regolamentazioni di contratti specifici, che stabiliscono numerosi limiti circa il contenuto dell'accordo e mirano

¹⁷²N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile* (Milano: Giuffrè 2013), p. 151; R. SAVATIER, 'Le droit et l'accélération de l'histoire', *D.* 1951, pp. 16 et ss. ha parlato di «éclatement de la notion traditionnelle de contrat».

¹⁷³V. G. GITTI, G. VILLA (dir.), *Il terzo contratto* (Bologna: Il Mulino 2008); P. SIRENA (dir.), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e tecniche di regolazione del mercato* (Milano: Giuffrè 2006); R. NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali* (Napoli: Edizioni scientifiche Italiane 2015); R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche* (Padova: Cedam 2010).

¹⁷⁴V. ROPPO, *ERCL* 2009, pp. 304 et ss.; ID., 'Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma', *Rivista di diritto privato* 2001, pp. 769 et ss.; ID., *Il contratto del duemila*, pp. 65 et ss.; A. M. BENEDETTI, 'Contratto asimmetrico', dans *Enciclopedia del diritto*, Annali V (Milano: Giuffrè 2012), pp. 370 et ss.

¹⁷⁵G. VETTORI, 'Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise', 9. *ERCL* 2013, pp. 221 et ss.; A. ZOPPINI, 'Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza', *Riv. dir. civ.* 2008, pp. 365 et ss.; S. PAGLIANTINI, 'Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa', *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 2010, pp. (409) 414 et ss.; L. NONNE, 'La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto', in *Contr. e impr.* 2016, pp. (979) 986 et ss.



ad eliminare i possibili abusi derivanti da situazioni strutturalmente squilibrate¹⁷⁶.

Inoltre, tale razionalità conduce ad una regolamentazione del contratto frammentata non solamente sulla base dello *status* delle parti, ma anche sulla base della categoria del contratto. In tali casi non sono le qualità dei contraenti che rilevano, ma le condizioni in cui è stato concluso l'accordo e, più specificamente, la negoziazione¹⁷⁷: facciamo riferimento alle norme che prevedono una regolazione dei contratti in serie o delle condizioni generali. Ne sono degli esempi i testi di *soft law*, che prevedono delle regole specifiche volte a lottare contro le clausole vessatorie nei contratti in serie. È il caso, come noto, dell'art. 4:110 PDEC o degli articoli II. – 9:404 e 9:405 *Draft Common Frame of Reference*.

Tuttavia, in questa sede si vuole attirare l'attenzione sul fatto che questa razionalità non è rimasta confinata al diritto comunitario ed ai cosiddetti «diritti settoriali», ma che essa penetra nel diritto comune dei contratti¹⁷⁸, stravolgendo la struttura unitaria sulla quale esso si fondava. Al fine di dimostrarlo, scegliamo due esempi che mettono in luce l'interdipendenza e il fondamento comune dell'unità del soggetto di diritto e del contratto e, di conseguenza, il fondamento comune della loro frammentazione. Il primo, che segue un criterio misto (allo stesso tempo soggettivo e oggettivo), si pone a monte degli sviluppi europei: concerne la regolamentazione delle clausole abusive nel contratto

¹⁷⁶ Si potrebbe menzionare il regolamento (CEE) n° 4087/88 del 30 novembre 1988, concernente l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di franchising, data.europa.eu/eli/reg/1988/4087/oj, ora abrogato, e la direttiva 86/653/CEE del 18 dicembre 1986, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, data.europa.eu/eli/dir/1986/653/oj. Queste disposizioni non sono una semplice regolamentazione di alcuni contratti speciali, ma tendono all'autonomia, alla creazione di sistemi indipendenti che prendono in considerazione le caratteristiche di tali rapporti economici e vi apportano delle soluzioni. V. anche V. ROPPO, *ERCL* 2009, pp. (304) 329 et ss.

¹⁷⁷ L'importanza della negoziazione è messa in evidenza dalle definizioni e le conseguenti differenze di regolamentazione che derivano dall'art. 7 della proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (DCEV). Sui problemi di inefficienza concernenti i *contrats d'adhésions* v. J. KLICK, 'The Microfoundations of Standard Form Contracts: Price Discrimination vs. Behavioural Bias', 32. *Florida State University Law Review* 2005, pp. 555 et ss.; A. N. HATZIS, 'An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts', dans H. Collins (dir.), *Standard Contract Terms in Europe* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008), pp. 43 et ss.

¹⁷⁸ Si è affermato che il diritto interno debba essere interpretato alla luce del diritto europeo, v. M. FRANZONI, 'L'impatto del diritto comunitario sul diritto privato', *Obbligazioni e contratti* 2007, pp. (884) 886 et ss. Circa l'influenza del diritto del consumo e della concorrenza sul diritto generale v. M. CHAGNY, 'L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat', *RDC* 2004, pp. 861 et ss.; J. CALAIS-AULOY, 'L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats', *RTD civ.* 1994, pp. 239 et ss.; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique* (Paris: L.G.D.J. 2000).



d'adesione in Germania, che ha in seguito influenzato la direttiva 93/13/CEE¹⁷⁹. Il secondo concerne la recente introduzione dell'art. 1171 nel codice civile francese.

Alla base delle riflessioni che hanno portato all'adozione della regolamentazione tedesca vi è l'aver preso in considerazione la trasformazione della realtà delle relazioni commerciali e la diffusione dei contratti non negoziati¹⁸⁰. La legge 9 dicembre 1976 (*AGB-Gesetz*), infatti, si inserisce in un solco giurisprudenziale che aveva utilizzato il § 138 *BGB* (nullità per violazione del buon costume), il § 242 *BGB* (clausola generale di buona fede) e il § 315 (carattere necessariamente equo di un termine essenziale determinato unilateralmente da una delle parti e, in caso di violazione, determinazione equitativa del giudice) al fine di sanzionare clausole estremamente squilibrate¹⁸¹. Questa legge approfondisce tale processo e conferisce uno statuto autonomo e generale al controllo delle clausole abusive. I dubbi concernenti i criteri da adottare al fine di delimitare il campo della regolamentazione hanno portato ad un compromesso che prende in considerazione un criterio oggettivo (le condizioni generali) ed un criterio soggettivo (fondato sulle qualità dei contraenti). In particolare, il controllo concernente le clausole abusive è previsto per tutti i contratti in serie (quindi, anche per quelli conclusi da professionisti); al contrario, le norme che stabiliscono presunzioni di invalidità sono limitate ai consumatori.

Al momento della riforma del *BGB* (entrata in vigore nel 2002), tale regolamentazione è stata introdotta nel codice ai §§ 305-310¹⁸². La disposizione fondamentale, concernente le clausole abusive, è prevista dal § 307, che prevede l'inefficacia delle clausole inserite nelle condizioni generali che, contrariamente alla buona fede, comportano uno svantaggio eccessivo per il contraente che non le ha predisposte. Tale protezione non è quindi limitata ai consumatori, ma si applica a tutti i contratti: le condizioni di applicazione sono la mancanza di negoziazione dei termini dell'accordo e il fatto che il contratto sia destinato ad essere utilizzato in più di un rapporto (almeno tre)¹⁸³.

¹⁷⁹ C. CASTRONOVO, 'Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive', 1. *Eur. dir. priv.* 1998, p. (5) 20.

¹⁸⁰ SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, pp. 164 et ss.; D. VON BREITENSTEIN, 'Le droit allemand relatif aux conditions contractuelles générales', *Gaz. Pal. (Gazette du Palais)* 1978, 1, p. 110.

¹⁸¹ SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, p. 164; D. VON BREITENSTEIN, *Gaz. Pal.* 1978, p. 110; E. VON CAEMMERER, 'Standard Contract Provisions and Standard Form Contracts in German Law', 8. *Victoria University Wellington Law Review* 1975, pp. (235) 240 et ss.

¹⁸² Sulle recenti applicazioni di queste disposizioni v. T. NAUDE et CH. KOEP, 'Factors Relevant to the Assessment of the Unfairness or Unreasonableness of Contract Terms: Some Guidance from the German Law on Standard Contract Terms', 26. *Stellenbosch Law Review* 2015, pp. (85) 87 et ss.

¹⁸³ SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, p. 171.



La dottrina è divisa circa la razionalità della norma: in un primo momento, si attirava l'attenzione soprattutto sullo squilibrio che caratterizza le relazioni governate tramite condizioni generali. In seguito è stata invece soprattutto messa in evidenza l'efficienza dell'utilizzazione delle condizioni generali, che si ritiene eliminino i *transaction costs* connessi nella negoziazione; di conseguenza si rende necessario espungere le clausole più nocive per la parte che le ha accettate al fine di proteggere il mercato¹⁸⁴. In generale, l'obiettivo è correggere le clausole che non sono solamente dannose per la parte più debole, ma anche inefficienti e che potrebbero falsare la concorrenzialità del mercato¹⁸⁵.

Il secondo esempio proposto è, invece, il prodotto di una riforma molto recente e mostra la crescente influenza del diritto del consumo e del diritto della concorrenza sul diritto comune dei contratti. Queste influenze si sono in un primo momento espresse nelle applicazioni giurisprudenziali di alcune regole¹⁸⁶; in seguito, sono direttamente penetrate nella legislazione: è questo il caso del nuovo art. 1171 c.c. francese.

La riforma del *code Napoléon* ha introdotto la categoria del *contrat d'adhésion*. Questa nozione, dapprima elaborata dalla dottrina¹⁸⁷, non aveva trovato riconoscimento fino all'*ordonnance* del 2016¹⁸⁸. L'importanza di tale innovazione è stata chiaramente percepita dalla dottrina che, prima della riforma, si chiedeva se ci fosse ancora, in Francia, un diritto comune dei contratti¹⁸⁹ e, dopo la riforma, ha affermato che essa è portatrice di una «philosophie générale»¹⁹⁰ e che, oramai, non c'è più un solo contratto, ma due¹⁹¹.

¹⁸⁴ Su questi differenti approcci teorici v. SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, pp. 165-166.

¹⁸⁵ D. COESTER-WALTJEN, 'Consumer Protection and General Business Terms', 3. *EuCML* 2014, p. (160) 161; W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, p. 281. Sur l'inefficience des clauses déséquilibrées et sur la nécessité de les éliminer v. PH. H. CLARKE, 'Curbing the Abuse of a Dominant Position Through Unfair Contract Terms Legislation: Australian and UK Comparison', dans L. Siliquini-Cinelli et A. Hutchison (dir.), *The Constitutional Dimension of Contract Law* (Cham: Springer 2017), pp. (185) 191 et ss.

¹⁸⁶ CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats* (Paris: L.G.D.J. 2009), pp. 317 et ss.

¹⁸⁷ L'espressione è stata elaborata da R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté* (Paris: Pichon 1901); su questa nozione in prospettiva storica v. F. CHÉNÉDÉ, 'Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion', *RDC* 2012, 1^{re} partie pp. 241 et ss.; 2^e partie pp. 1017 et ss..

¹⁸⁸ La nozione di *contrat d'adhésion* deriva dalle trasformazioni economiche e sociali dovute alla società industrializzata ed alla consumazione di massa, v. PH. MALAURIE, L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, p. 224.

¹⁸⁹ Y. LEQUETTE, 'Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats?', *RDC* 2015, pp. 616 et ss.

¹⁹⁰ T. REVET, 'Une philosophie générale?', *RDC* 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, pp. 5 et ss.



Il *contrat d'adhésion* è definito come «celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties»¹⁹². Ai *contrats d'adhésion* si applica l'art. 1171, che stabilisce che «dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation».

Queste regole sono state oggetto di un vivo dibattito concernente la loro opportunità, il loro campo di applicazione, la loro finalità e il loro rapporto¹⁹³. Per quanto ci interessa in questa sede, occorre segnalare alcuni aspetti: in primo luogo, la loro fonte di ispirazione; in seguito, la razionalità di cui sono portatrici; infine, i loro effetti sulla regolamentazione del contratto.

Circa le fonti di ispirazione, esse possono essere ricondotte agli artt. L. 212-1 *code cons.* e L. 442-6 *code comm.*¹⁹⁴. In ragione della sanzione prevista e del campo di applicazione, che esclude le clausole concernenti il prezzo e l'oggetto principale, è ragionevole affermare che l'influenza del *code de la consommation* abbia prevalso¹⁹⁵. Tuttavia, a

¹⁹¹ Ossia il *contrat de gré à gré* e il *contrat d'adhésion*.

¹⁹² Quella presentata nel testo è la versione applicabile ai contratti conclusi a partire dall'1 ottobre 2018. La versione in vigore per i contratti conclusi dall'1 ottobre 2016 all'1 ottobre 2018 è la seguente: «Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.»

¹⁹³ M. CHAGNY, 'La généralisation des clauses abusives', dans Ph. Stoffel-Munck (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires* (Paris: Dalloz 2015), pp. 47 et ss.; PH. STOFFEL-MUNK, 'Clauses abusives: on attendait Grouchy...', *Droit et patrimoine* octobre 2014, p. 56; N. DISSAUX, 'Clauses abusives: pour une extension du domaine de la lutte', *Droit et patrimoine* octobre 2014, p. 53; J. JÉRÔME, 'Une source d'échec: les clauses abusives entre droit de la consommation et droit commun des contrats', dans G. Lardeux, A. Sériaux et V. Égéa (dir.), *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun* (Aix-en-Provence: PUAM 2017), pp. 95 et ss.; T. REVET, 'L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse', *D.* 2018, pp. 124 et ss.; N. BLANC, 'Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification', *RDC* 2018, hors-série *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, pp. 20 et ss.

¹⁹⁴ D. FENOUILLET, 'Le juge et les clauses abusives', *RDC* 2016, pp. (358) 359 et ss. Sul rapporto fra l'art. 1171 *code civil* e i «diritti settoriali» v. M. CHAGNY, 'Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats', *RTD com.* 2016, pp. 451 et ss.; X. LAGARDE, 'Questions autour de l'article 1171 du Code civil', *D.* 2016, pp. 2174 et ss.

¹⁹⁵ Come afferma anche il *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, sous-section 3: «les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives»; M. CHAGNY, dans *Réforme du droit des contrats*, pp. (47) 49 et ss.; X. LAGARDE, *D.* 2016, p. 2174.



prescindere dalla fonte principale, occorre sottolineare che le due regole hanno come finalità (diretta o indiretta) la protezione della concorrenzialità del mercato. In altri termini, il contenuto del contratto è controllato tramite una «*police des clauses*»¹⁹⁶, volta a eliminare dall'accordo quelle clausole che creano uno squilibrio significativo.

Il legislatore ha preso coscienza dell'inadeguatezza, rispetto alla pratica concreta, del modello regolamentare classico, secondo cui il contenuto del contratto sarebbe il prodotto del consenso libero e informato, dunque espressione di razionalità: questo presupposto non può operare allorché il contratto è imposto da una delle parti. Oramai, è la negoziazione l'elemento che garantisce che il soggetto abbia non solamente preso conoscenza, ma anche determinato attivamente il contenuto del contratto. Allorché ciò non è accaduto, l'intervento del giudice è giustificato, al fine di correggere le distorsioni dell'accordo dovute alle asimmetrie che caratterizzano la relazione tra le parti.

La razionalità e gli obiettivi perseguiti tramite i «diritti settoriali» si riverberano e penetrano nel diritto generale, trasmettendogli (almeno parzialmente) la propria logica. Se i «diritti settoriali» continuano, evidentemente, ad innestarsi sul diritto generale dei contratti, quest'ultimo ne è a sua volta influenzato. Ne deriva che le influenze di questa nuova modalità di concepire la regolamentazione e le sue finalità penetrano non solamente tramite regole provenienti dall'UE, ma anche tramite l'incidenza che queste regole hanno sui sistemi giuridici nazionali e sulla loro applicazione.

Ormai, la fine della concezione del mercato come ordine spontaneo e del consenso come espressione di razionalità si riflette anche nella regolamentazione dei contratti di diritto generale. Il criterio di categorizzazione adottato è differente: non è più la qualità di un contraente, ma l'effettiva negoziazione del contratto che prevale. Il fondamento teorico, invece, è, lo stesso: in alcuni casi, nonostante il consenso non viziato e il rispetto dell'ordine pubblico, il contenuto del contratto deve essere sottomesso al controllo del giudice, affinché questi possa verificarne l'equilibrio e la razionalità dell'impegno¹⁹⁷.

9. – La nuova concezione del soggetto e del mercato implica un approccio differente

¹⁹⁶ M. MEKKI, 'Réforme du droit des obligations: clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170)', *La Semaine Juridique – Notariale et Immobilière* 18 novembre 2016, pp. 5 et ss.; inoltre l'art. 442-6 *code de commerce* è stato definito una «*police des marchés*», v. X. LAGARDE, *D.* 2016, pp. 2174 et ss.

¹⁹⁷ F. ROUVIÈRE, 'Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats', *RDC* 2016, p. 600; U. BRECCIA, 'Tempi e luoghi del diritto dei contratti', *I contratti* 2018, pp. (5) 16-17; R. FORNASARI, 'La meritevolezza della clausola *claims made*', *Responsabilità civile e previdenza* 2017, pp. (1372) 1378 et ss.



alla regolamentazione. L'analisi effettuata ha permesso di inquadrare le trasformazioni che hanno radicalmente modificato il diritto contemporaneo dei contratti in una nuova prospettiva, grazie alla quale sono state messe in evidenza radici e razionalità di queste mutazioni. L'esame delle trasformazioni nella concezione del mercato, del soggetto e del contratto permette di mettere in luce le logiche che danno forma a questa evoluzione e di sottolineare le discontinuità nei processi di cambiamento del diritto europeo dei contratti, evitando le incomprensioni che caratterizzano sovente le analisi del rapporto tra legge e volontà.

L'esame delle radici profonde e delle logiche che determinano questa crisi è ancora più necessario al fine di cogliere i punti focali di una legislazione che diventa sempre più disordinata e di una giurisprudenza variegata e stratificata¹⁹⁸, la cui importanza è sempre più rilevante¹⁹⁹. Esaminare queste mutazioni attraverso la prospettiva di nozioni fondamentali permette da un lato di cogliere il processo generale, dall'altro di sviluppare una griglia d'analisi che può essere applicata a regole specifiche. Questa disamina critica è altresì fondamentale al fine di discernere le caratteristiche connesse alla *path dependence* che caratterizza l'implementazione e l'applicazione di queste norme al livello nazionale²⁰⁰, che aggiunge un'ulteriore complessità a questo quadro multilivello.

La «crisi» del diritto dei contratti è stata ed è talmente profonda che ha implicato che fossero rimesse in discussione due categorie centrali del diritto delle obbligazioni moderno, la cui elaborazione era stata fondamentale per l'affermazione e la consacrazione della società borghese e di un'economia incentrata sulla produzione e lo scambio. Queste due nozioni nella loro elaborazione teorica erano divenute idoli, espressioni della nuova concezione dell'essere umano portata dalla Rivoluzione francese e dal liberismo, che sono rimaste saldamente alla base del diritto dei contratti anche quando il loro carattere

¹⁹⁸ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile* (Torino: Giappichelli 2016).

¹⁹⁹ TH. REVET, 'La légisprudence', dans *Mélanges Ph. Malaurie* (Paris: Défrenois 2005), pp. 377 et ss.; L. AYNES, 'Le juge et le contrat: nouveaux rôles?', *RDC* 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats: quelles innovations ?*, pp. 14 et ss.

²⁰⁰ G. TEUBNER, 'Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies', *Modern Law Review* 1998, pp. 11 et ss.; K. O' REILLY, 'Achieving the Uniform Application of European Private Law', 23. *ERPL* 2015, pp. (1027) 1035 et ss.; SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, p. 168; G. DE CRISTOFARO, 'After Implementing Directive 2011/83/EU in the Member States: Are the National Provisions on Consumer Contracts Really Harmonised? Some Critical Remarks', 3. *EuCML* 2014, pp. 217 et ss.; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms*, pp. 165 et ss.; B. VAN LEEUWEN, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law* (Oxford: Hart Publishing 2017), pp. 12-15; H.-W. MICKLITZ, dans *Towards a European Legal Culture*, pp. (81) 100-109; E. HONDIUS, 'Unfair Contract Terms and the Consumer: ECJ Case Law, Foreign Literature, and Their Impact on Dutch Law', 24. *ERPL* 2016, pp. 457 et ss.



astratto diveniva sempre più evidente. Resistenza e permanenza dimostrate dalla regolazione delle clausole vessatorie nel codice civile italiano, che per ragioni temporali si confronta con un contesto economico differente da quello del XIX secolo: la risposta giuridica, nonostante la coscienza delle nuove esigenze, si iscrive nella tradizione, limitandosi a pretendere una prova rinforzata della volontà.

Idoli, infine, che giungono al crepuscolo quando una nuova razionalità scuote il quadro teorico sul quale essi erano stati costruiti. Una nuova concezione del mercato e delle interazioni contrattuali fra i soggetti, così come le esigenze concernenti la costruzione e lo sviluppo del mercato unico e le limitazioni alla competenza normativa dell'UE nel settore, sono portatori di una nuova concezione della regolazione, non più volta alla costruzione di un sistema, ma fondata sull'obiettivo da raggiungere. L'unità del sistema, che derivava da un approccio formale e dogmatico, basato su categorie fondanti, deve oggi essere invece ricercata nell'identità dell'obiettivo perseguito.

Questo approccio funzionale, limitato in un primo momento alle norme di «diritto settoriale», ha una tendenza espansiva. Innanzitutto, attraverso l'estensione del campo di applicazione di queste regole, grazie ad una loro applicazione estensiva; in seguito, tramite l'influenza che queste norme hanno sul diritto generale; infine, attraverso l'ispirazione che supporta le riforme dei sistemi giuridici nazionali. Questa espansione continua è dovuta al fatto che queste norme non costituiscono dei microsistemi; al contrario, rimettono in questione il rapporto tra la legge, il soggetto di diritto e l'autonomia delle parti, ossia il cuore del diritto dei contratti. Questo nuovo approccio potrebbe estendersi ad innumerevoli situazioni; teoricamente, ad ogni relazione contrattuale che appaia affetta da *market failures* che non permettono ai contraenti di concludere il contratto più efficiente.

È stato sostenuto che queste norme proteggono l'autonomia della volontà, perché proteggono un consenso veramente libero ed informato²⁰¹: la formula, nonostante sia corretta, ci pare riduttiva rispetto all'intensità ed alla *ratio* di questi interventi. Infatti, non si tratta solamente, tramite il dovere di informazione, di rendere informate le parti; si tratta invece di effettuare, nei casi identificati come patologici, un intervento che modelli il contenuto del contratto²⁰² secondo il paradigma che il legislatore si prefigura come corretto.

Tali evoluzioni mettono in costante tensione l'ordine sistematico degli ordinamenti na-

²⁰¹ PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, pp. 89-90; sull'importanza della lucidità del consenso v. N. RZEPECKI, *Droit de la consommation*, p. 569.

²⁰² M. COESTER, *EuCML* 2014, p. (170) 173 afferma: «we should not forget that the EU provides us with normative expectations and guidelines as to how we have to play this role – namely as individuals who make use of available information and who responsibly care for and protect their own interests.» V. anche G. ROUHETTE, dans *Études offertes à René Rodière*, pp. (247) 257-258.



zionali, favorendo interpretazioni ed approcci alla regolamentazione innovativi. Le decisioni ed argomentazioni (del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina) relative a tali evoluzioni inducono l'interprete ad una precisa scelta di politica del diritto, che deve ad esempio decidere se interpretare tutto il diritto privato alla luce dei principi UE, nell'ottica della tutela della costruzione ed implementazione del mercato unico, oppure se proteggere valori differenti, corrispondenti ad altre scelte di politica del diritto, come la realizzazione di una giustizia distributiva che modifichi la distribuzione delle ricchezze stabilita dalle parti. Nonostante si sia sostenuto che la realizzazione di tali obiettivi possa convivere ed essi possano essere anche complementari, a nostro avviso occorre fare le debite distinzioni, poiché – nonostante in alcuni casi possa esservi una possibile convergenza – essi si fondano su criteri di apprezzamento e modalità operative differenti.

Ciò che riteniamo debba essere valorizzato è il fatto che tracciare la genealogia della crisi del diritto contrattuale contemporaneo permette di abbandonare, nel dibattito scientifico, concetti generali che possono avere plurime interpretazioni o, quantomeno, induce l'interprete, nel momento in cui egli utilizza tali concetti, a problematizzarli ed esplicitare come lo stesso li intenda. Inoltre, dato che le soluzioni a tali contraddizioni ed incertezze, oltre che la determinazione dei successivi sviluppi, costituiscono scelte di politica del diritto, tale disamina circa la razionalità delle norme ha il pregio di riaprire il dibattito sul diritto privato come strumento di organizzazione sociale; ciò è ancora più rilevante nel contesto attuale, nel quale si discute di una possibile riforma del codice civile.

Da un punto di vista strettamente operativo, invece, le soluzioni ai possibili contrasti emergenti dai mutamenti analizzati devono essere trovate tramite l'interpretazione della razionalità della disposizione rilevante nel singolo contesto e la sua applicazione coerente con tale razionalità, motivando adeguatamente il percorso logico-argomentativo che porta a proporre una determinata soluzione. Ciò consente non solo di ancorare il contenuto della decisione al dettato normativo, ma anche di sviluppare un dibattito profondo sulle modalità di applicazione delle disposizioni più controverse (come le clausole generali), oltre che di condividere criteri applicativi e modelli di decisione. Infatti, dato che il controllo sul contratto introdotto con le nuove disposizioni richiede che i giudici effettuino una valutazione in concreto di ogni singolo contesto, non si possono fissare dei parametri generali e validi *a priori*; il dibattito deve, invece, necessariamente focalizzarsi sui criteri di giudizio (comuni) per giungere alla decisione.

Si evidenzia infine che queste trasformazioni necessitano di un notevole sistema di rimedi e sanzioni, il che implica un ruolo sempre più importante del giudice²⁰³: è da molto tempo

²⁰³ U. BRECCIA, *I contratti* 2018, p. (5) 23.

JUS CIVILE



ormai che il giudice non è più – sempre che lo sia mai stato – soltanto la *bouche de la loi*. Tuttavia, questo approccio comporta un interventismo giudiziario senza precedenti, che porta a riconsiderare la teoria delle fonti del diritto e il rapporto tra i contraenti e l'autorità giudiziaria²⁰⁴. Inoltre, potrebbe porsi la questione non solo del ruolo, ma anche, più in generale, della funzione del potere giudiziario e delle modalità di formazione dei giudici. Ma questa è un'altra storia.

²⁰⁴ In relazione alla riforma del *code napoléonien* v. F. ROUVIÈRE, *RDC* 2016, p. (600) 601.



ALBERTO MATTIA SERAFIN *

Dottorando di ricerca – Università di Cassino

**INDIGNUS NON POTEST CAPERE?
IL NUOVO ART. 463 BIS C.C. TRA SOSPENSIONE
DALLA SUCCESSIONE E NATURA GIURIDICA DELL'INDEGNITÀ**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il perimetro applicativo dell'art. 463-bis c.c. – 3. Le conseguenze della sospensione: vuoto normativo e ipotesi ricostruttive. – 4. Il curatore dell'eredità giacente (*rectius*, "sospesa"?). – 5. Rilievi finali, tra *vexatae quaestiones* e soluzioni operative.

1. – In ossequio a una tendenza evolutiva emersa al principio di questo millennio, tutta volta a sconfessare quell'inveterata convinzione – vigorosamente revocata in dubbio dalla moderna dottrina¹ – secondo cui la materia successoria sarebbe affidata a dogmi immutabili

* Il presente contributo è stato redatto durante un periodo di ricerca presso il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*; di qui i cenni di diritto tedesco talvolta affioranti in nota.

¹ Pressoché unanimemente condivisa è, oggi, la necessità di un ammodernamento del sistema successorio: cfr., ad es. e solo in tempi più recenti, P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 131 ss. e *spec. pp.* 143-146 (ove ci si augura l'adozione di una «[...] riforma risoluta, che non si limiti alla settoriale modificazione di una o più disposizioni singolarmente considerate, ma [che] aspiri coraggiosamente a rimodellare la materia nel suo complesso [...]»); P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 1941 ss.; da ultimo, A.M. GAROFALO, *A proposito di riforma del diritto successorio*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, pp. 95 ss. ove si profila un'utile tripartizione dei mutamenti – “demografici”, “sociali” ed “economico-tecnologici” – che presiedono a tali esigenze riformatrici. L'avvento di una stagione revisionista è auspicato in modo particolare per la successione necessaria (v., *ex multis*, G. AMADIO, *Le proposte di riforma della successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 1942 ss.; G. BONILINI, *Sulla possibile riforma della successione necessaria*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e delle Donazioni*, diretto da ID., III, Giuffrè, 2009, pp. 729 ss.; M. CINQUE, *Sulle sorti della successione necessaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 493 ss.; L. GATT, *Memento mori. La ragion d'essere della successione necessaria in Italia*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, pp. 540 ss.) e per il divieto dei patti successori (v., *ex multis*, M.V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, ove già osservavasi (p. 3) che «[...] il divieto imposto dall'art. 458 c.c. [...] sembra dar ragione a chi individua nel diritto successorio il settore del diritto civile vincolato, più di ogni altro, ad antichi schemi e refrattario ai rinnovamenti»; V.



e ad istituti scevri (o, quanto meno, non impellentemente investiti) dal bisogno d'adeguarsi alle mutate istanze socio-economiche, quasi ch'essi siano insensibili al fluire del tempo², il legislatore ha nuovamente estratto il Libro II del Codice Civile dalla teca nella quale per lungo tempo³ era stato relegato. Così, nell'ambito delle «Disposizioni generali sulle successioni», il suo Capo III, a poco più d'un decennio da una precedente interpolazione⁴, s'arricchisce oggi d'un corposo art. 463-*bis*⁵, il quale immette nel diritto ereditario l'inedita figura

ROPPO, *Per una riforma del divieto dei patti successori*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, pp. 8 ss.; G. ZANCHI, *Percorsi del diritto ereditario attuale e prospettive di riforma del divieto dei patti successori*, in *Jus civile*, 2013, pp. 700 ss.), ma in relazione al tema più affine a quello che qui ci occupa – l'indegnità – v., in chiave storico-evolutiva, E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di capacità a succedere e di indegnità*, in *Familia*, 2006, pp. 39 ss. (ove, nell'incipit, l'A. rammenta come – sebbene possa apparire «[...] anacronistico all'inizio del terzo millennio occuparsi ancora di questioni così annose, come quelle che attengono alla capacità di succedere e all'indegnità» – il tema rivesta attualità, per essersi il Codificatore del 1942 astenuto dal dipanare le criticità già ampiamente emerse nella vigenza del Codice del 1865) e I. RAPISARDA, *Appunti sull'indegnità a succedere (in attesa dell'auspicata riforma del diritto delle successioni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, pp. 1372 ss. e *spec. pp. 1394-1402* sull'opportunità di un riordino complessivo, *de iure condendo*, dell'istituto. Sul piano comparativo, a fronte di un atteggiamento di chiusura, peraltro non fondatamente motivato, fino a tempi relativamente recenti (come ricorda, nella prefazione di un'opera per il tempo pionieristica, A. ZOPPINI, *Le successioni in diritto comparato*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2002, p. X; ma v. già la breve ricognizione di P. GALLO, *Successioni in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, pp. 187-190), devono registrarsi oggi significative aperture: ne sia, per tutte, tangibile (e pregevole) prova la collana *Comparative Succession Law* ideata da K.G.C. REID, M.J. DE WAAL e R. ZIMMERMANN, ad oggi comprendente i volumi *Testamentary formalities*, a cura di IDD., I, Oxford, 2011 e *Intestate succession*, a cura di IDD., II, Oxford, 2015, cui si rinvia anche per i profili evolutivi di tali segmenti disciplinari (per una trattazione più generale v., invece, A. FUSARO, *Linee evolutive del diritto successorio europeo*, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 514 ss., ora in ID., *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, 2ª ed., Torino, 2017, pp. 305 ss.).

² Di «[...] rocciosa, monumentale, geometrica, solidità [...] per decenni [...] conservata» dal diritto successorio ha parlato, invero, G. BONILINI, *Sulla novellazione delle norme relative alla successione necessaria*, in Traccia della Relazione al Convegno internazionale di Studi “Trasmissione intergenerazionale della ricchezza tra famiglia e mercato” (<https://edizionicafoscarini.unive.it/media/pdf/article/ricerche-giuridiche/2013/1supplemento/art-10.14277-2281-6100-1049.pdf>).

³ Sporadici e asistemati, infatti, sono stati gli interventi legislativi sul versante successorio dal 1942 alla fine del secolo scorso, e per lo più occasionati da circostanze estrinseche: dalla caduta del regime fascista (r.d.l. n. 25/1944 e d. lgs. lgt. n. 287/1944) alla riforma del diritto di famiglia (legge n. 151/1975).

⁴ Ci si riferisce alla nota integrazione del catalogo delle ipotesi d'indegnità, recata dall'art. 1, comma 1º, lett. c) della legge n. 137/2005, il quale ha aggiunto la fattispecie di cui all'art. 463 n. 3-*bis* c.c., relativa a chi sia decaduto dalla responsabilità genitoriale nei confronti della persona della cui successione si tratta, a' sensi dell'art. 330 c.c., senza esservi stato reintegrato alla data di apertura della successione (v. su tale novella A. ALBANESE, *L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137*, in *Contratto e impr.*, 2006, pp. 854 ss.; G. BONILINI, *L'ampliamento del catalogo dei casi di indegnità a succedere*, in *Fam. pers. succ.*, 2005, pp. 296 ss.; R. OMODEI SALÈ, *La decadenza dalla potestà genitoriale quale nuova causa di indegnità a succedere*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, pp. 735 ss.; A. ZACCARIA, *Modificato l'art. 463 cod. civ.: introdotta una nuova causa di indegnità*, in *Studium iuris*, 2005, pp. 1150 ss.).

⁵ Inserito dall'art. 5 della legge n. 4/2018, in vigore dal 16 febbraio 2018, il quale ha altresì introdotto un



della “sospensione dalla successione” – in cui in primo luogo⁶ incorre il coniuge (o la parte dell’unione civile) indagato per l’omicidio volontario o tentato nei confronti del *partner* – potenzialmente destinata a trasfigurarsi in una “esclusione dalla successione”, «[...] ai sensi dell’articolo 463 del presente codice», nell’eventualità in cui tali indagini culminino nella condanna o nell’applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art.* 444 c.p.p.

La nuova disposizione riposa indubbiamente sulla commendevole scelta assiologica di prevenire e reprimere, mediante la “sterilizzazione” dei diritti successorî, sì biasimevoli condotte; essa, tuttavia, rimette all’interprete un delicato e, inutile negarlo, insidioso ruolo di coordinamento sistematico con la disciplina dell’indegnità⁷, imposto tanto dalla precisa op-

nuovo art. 537-*bis* c.p.p. e conseguentemente modificato il comma 2° dell’art. 444 c.p.p. (sulla rilevanza dei quali cfr., *amplius*, *par.* 5). Per i primi commenti cfr. F. OLIVIERO, “Sospensione dalla successione” e indegnità: a proposito dell’art. 5, legge 11 gennaio 2018, n. 4, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2019, pp. 310 ss.; M. RAMUSCHI, *La sospensione dalla successione ereditaria*, in *Vita not.*, 2018, pp. 965 ss.; M. VASCCELLARI, sub art. 463-*bis* c.c., in *Commentario breve al Codice Civile*, a cura di G. Cian e A. Trabucchi, 13^a ed., Milano, 2018, pp. 575-576; sub art. 463-*bis* c.c., in *Codice Civile Commentato*, a cura di F. Di Marzio, 3^a ed., Milano, 2019, pp. 453-454.

⁶ L’ambito soggettivo di applicazione è poi ampliato mediante la tecnica del rinvio, come si vedrà *infra*, sub 2.

⁷ Sull’indegnità a succedere la letteratura è, ovviamente, copiosissima: vedansi, almeno, A. ALBANESE, *Dell’indegnità*, in *Codice della Famiglia*, a cura di M. Sesta, I, Milano, 2009, pp. 1898 ss.; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, pp. 53 ss.; D. BARBERO, *Natura giuridica dell’indegnità a succedere*, in *Foro Padano*, 1950, I, pp. 843 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, Le successioni*, 2.2, 5^a ed., Milano, 2015, pp. 22 ss.; M. BONAVITA, sub art. 463 c.c., in *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, 3^a ed., Napoli, 2010, pp. 31 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, 9^a ed., Milano, 2018, pp. 59 ss.; A. BURDESE, *Le Successioni. Parte generale*, di G. Grosso e A. Burdese, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1977, pp. 120 ss.; R. CALVO, *L’indegnità*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, a cura di ID. e G. Perlingieri, 2^a ed., Napoli, 2013, pp. 119 ss.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 2015, pp. 177 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, I, *Le specie. I soggetti*, II, Napoli, 1959, pp. 158 ss.; ID., *op. ult. cit.*, *L’eredità. Il legato. Acquisto. Perdita*, III, Napoli, 1961, pp. 72 ss.; A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, pp. 83 ss.; N. COVIELLO, *Delle Successioni. Parte generale*, Napoli, 1935, pp. 50 ss.; L. COVIELLO JR, *Diritto successorio. Corso di lezioni*, Bari, 1962, pp. 158 ss.; L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, sub artt. 456-511 c.c., in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, 3^a ed., Bologna-Roma, 1997, pp. 175 ss.; R. GIAMPETRAGLIA, sub art. 463 c.c., in *Comm. Cod. Civ.*, *Delle successioni*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2009, pp. 102 ss.; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, in *Commentario del Codice Civile*, 2^a ed., Torino, 1971, pp. 55 ss.; S. MONOSI, *L’indegnità a succedere*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, diretto da P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, I, Milano, 2010, pp. 195 ss.; E. MOSCATI, *L’indegnità*, in *Trattato di Dir. Priv.*, diretto da P. Rescigno, V, 2^a ed., Torino, 1997, pp. 83 ss.; R. MUSOLINO, *L’indegnità a succedere*, in *Riv. Notariato*, 2003, pp. 1296 ss.; A. NATALE, *L’indegnità a succedere*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, I, *La successione ereditaria*, *op. cit.*, pp. 937 ss.; ID., *L’indegnità a succedere: natura e casi*, sub art. 463 c.c., in *Codice delle Successioni e Donazioni*, a cura di G. Bonilini, M. Confortini e G. Mariconda, Milano, 2015, pp. 190 ss.; R. OMODEI SALÈ, voce *Indegnità a succedere*, in



zione topografica di accomunare i due istituti (legati l'un l'altro a mezzo d'un ormai consueta tecnica normativa per “-bis”), quanto dalle strutturali affinità e dalle reciproche interferenze che, già *prima facie*, l'indegnità e la sospensione dalla successione presentano.

2. – Volendocisi avvalere di una scolastica tripartizione, l'attivazione del meccanismo sospensivo risulta subordinata al ricorrere di requisiti di carattere *oggettivo, soggettivo e temporale*.

Con riguardo ai primi, il nuovo istituto s'impenna sulla fattispecie dell'omicidio volontario o tentato, per tale via evidenziando un primo profilo di sovrapposizione con l'ipotesi d'indegnità scolpita nell'art. 463 n. 1 c.c.⁸, il quale, come noto, vuole «escluso dalla successione come indegno chi ha *volontariamente ucciso o tentato di uccidere* la persona della cui successione si tratta, o il coniuge, o un discendente, o un ascendente della medesima [...]»⁹.

Non sono invece presi in considerazione, ai fini della sospensione, quei fatti cui la leg-

Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. II, Torino, 2007, pp. 681 ss.; A. PALAZZO, *Successioni (parte generale)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1999, pp. 138 ss.; C. RUPERTO, voce *Indegnità a succedere*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI ed., Roma 1989; L. SALIS, *Indegnità a succedere*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, pp. 928 ss.; G. SALITO, sub art. 463 c.c., in *Commentario al Cod. Civ.*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, pp. 118 ss.; P. SCHLESINGER, *Successioni (diritto civile), Parte generale*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 755; U. SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità a succedere*, Padova, 1970; ID., *Della capacità di succedere. Dell'indegnità. Artt. 462-466 c.c.*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, pp. 35 ss.

⁸ Ipotesi ascritta – assieme a quelle di cui ai successivi nn. 2 e 3 dell'art. 463 c.c. – nella categoria dei fatti integranti un attentato alla personalità fisica o morale dell'ereditando, secondo la notissima classificazione dottrinale recepita, ad es., da L. BARASSI, *cit.*, p. 55; C.M. BIANCA, *cit.*, p. 22; M. BONAVITA, *cit.*, p. 33; G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 63; R. CALVO, *cit.*, pp. 119-121; G. CAPOZZI, *cit.*, p. 187; L. CARIOTA FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 73; L. COVIELLO JR, *cit.*, p. 205; S. MONOSI, *cit.*, p. 205; E. MOSCATI, *op. ult. cit.*, p. 99; A. NATALE, *L'indegnità a succedere*, *op. cit.*, p. 956; A. PALAZZO, *cit.*, p. 139; C. RUPERTO, *cit.*, p. 4; G. SALITO, *cit.*, p. 126; P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.*; già N. COVIELLO, *cit.*, p. 53, d'altronde, affermava che «[...] l'articolo 725 [del Codice Civile del 1865] distingue quattro casi d'indegnità, i quali si possono raggruppare in due categorie: a) fatti che costituiscono attentato alla personalità fisica o morale (onore) del *de cuius*; b) fatti che costituiscono attentato non già alla persona del *de cuius*, ma alla libertà di testare». La fattispecie è contemplata anche dal § 2339, comma 1°, BGB, che recita: «Erbunwürdig ist [...] wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet [...] hat [...]».

⁹ *Mutatis mutandis*, varranno anche nel caso della “sospensione” le considerazioni attestatesi da tempo nella dottrina sul punto, tra le quali, in particolare, l'esaltazione del requisito di “volontarietà” della condotta, il quale si riverbera, sul versante psicologico, nella necessaria presenza del dolo del soggetto agente (art. 43, comma 1°, c.p.): non darà luogo a sospensione, pertanto, né l'omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.), né – *a fortiori* – quello colposo (art. 589 c.p.), giacché in entrambe le fattispecie difetta la volontà di uccidere. Quest'ultima deve poi indirizzarsi verso uno dei soggetti contemplati dall'art. 463-bis c.c., con la conseguenza che l'effetto sospensivo risulterà precluso dall'errore sulla persona dell'offeso (art. 60 c.p.) e dall'*aberratio ictus* (art. 82 c.p.). Sul punto v., per tutti, A. NATALE, *op. ult. cit.*, p. 957.



ge¹⁰ dichiara applicabili le disposizioni sull'omicidio, i quali integrano un'autonoma causa d'indegnità *ex art. 463 n. 2 c.c.*¹¹. L'interpretazione analogica, oltretutto *in malam partem*, di quest'ultima norma, così come una correlativa lettura estensiva dell'art. 463-*bis*, comma 1°, primo inciso, c.c., la quale sortirebbe *ictu oculi* il medesimo effetto, appaiono ostacolate dal principio, consolidato sia in dottrina¹² che in giurisprudenza¹³, di tassatività dei casi d'indegnità; principio che, stante il comune effetto afflittivo, dall'indegnità (può e) dev'essere esteso alla "sospensione", trovando questa, in quella, il proprio ideale punto d'approdo.

Neppure sono richiamate le «[...] cause che escludono la punibilità a norma della legge penale», come l'aver commesso il fatto per caso fortuito o forza maggiore (art. 45 c.p.), per esservi stato costretto da altri mediante violenza fisica (art. 46 c.p.), nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere (artt. 51-53 c.p.), per legittima difesa (art. 52 c.p.) o in stato di necessità (art. 54 c.p.)¹⁴; omissione, quella in parola, a tutta prima giudicata «curiosa»¹⁵,

¹⁰ L'aggettivo «penale» immediatamente susseguente è stato espunto dall'art. 1, lett. a), della legge n. 137/2005 e l'eliminazione è stata giustamente giudicata «maldestra» da G. BONILINI, *L'ampliamento del catalogo dei casi di indegnità a succedere*, op. cit., p. 301, «[...] ché, se la stessa sia meramente formale, avrebbe dovuto riguardare anche il n. 1 dell'art. 463 c.c.».

¹¹ Si è ritenuto che si trattasse delle ipotesi di cui agli artt. 397, 401, comma 2° e 580, comma 2°, c.p., con plausibile esclusione, invece, dell'omicidio del consenziente *ex art. 579, comma 3°, c.p.*, dacché – a dispetto del richiamo, *ivi* operato, alle «disposizioni relative all'omicidio» – il consenso della vittima non vale comunque ad escludere il carattere volontario della condotta, con conseguente integrazione non già del n. 2, bensì dell'art. 463 n. 1 c.c.; in esito all'abrogazione dell'anacronistica disciplina del duello (artt. 394-401 c.p., a cagion della quale l'ipotesi era stata congegnata: v. la *Relazione al prog. definitivo*, nn. 15-18 e quella della *Commissione Parlamentare*, n. 627), recata dall'art. 18 della legge n. 205/1999, a residuare, dunque, è la sola fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio di cui all'art. 580, comma 2°, c.p., ossia nei confronti di persona infra-quattordicenne o comunque priva della capacità d'intendere e di volere (per questi rilievi v., per tutti, R. OMODEI SALÈ, *op. ult. cit.*, pp. 686-687).

¹² Cfr., ad es., A. ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 1908; L. BARASSI, *op. loc. cit.*; M. BONAVITA, *op. loc. cit.*; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, op. cit., p. 63; A. BURDESE, *cit.*, p. 139; R. CALVO, *cit.*, p. 119; G. CAPOZZI, *cit.*, p. 186; A. CICU, *cit.*, p. 91; L. FERRI, *cit.*, p. 202; C. GIANNATTASIO, *cit.*, p. 58; S. MONOSI, *cit.*, p. 206; E. MOSCATI, *op. loc. ult. cit. e spec. nt.* 48; R. MUSOLINO, *cit.*, p. 1299; A. NATALE, *op. ult. cit.*, p. 955, nt. 79; R. OMODEI SALÈ, *op. ult. cit.*, p. 685; A. PALAZZO, *cit.*, p. 138; C. RUPERTO, *cit.*, pp. 3-4; G. SALITO, *cit.*, p. 125; P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.* Nella dottrina tedesca v., per tutti, H. LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, Monaco, 1995, p. 143.

¹³ Cfr. Cass. civ. 25 marzo 1946 n. 314, in *Giur. it.*, 1947, I, pp. 66 ss. (con la quale si è infatti escluso che sia causa d'indegnità la sottrazione di attività patrimoniali o l'usurpazione di beni in danno del *de cuius* durante la sua vita); ma già, anteriormente alla nuova codificazione, ID., 29 luglio 1938 n. 3021 in *Mass. Foro it.*, 1938 (ove si è parimenti negata rilevanza sia al tentativo di valorizzare l'unico testamento dell'ereditando, oggetto di revoca mediante lacerazione, che al fatto che sulla scheda così revocata si fossero poi operate falsificazioni).

¹⁴ V., per tutti, A. CICU, *cit.*, p. 93, il quale notava come in tal modo fossero stati «[...] eliminati i dubbi che potevano sussistere sotto la legge precedente».

¹⁵ Sub *art. 463-bis c.c.*, in *Codice Civile Commentato*, op. cit., p. 454, ricavandosene il corollario per cui



ma – a più meditata, e condivisibile, lettura – reputata invece «non priva di ragionevolezza»¹⁶, essendo, almeno di regola, la sola *notitia criminis* strumento insufficiente per un accertamento univoco e definitivo in ordine alla ricorrenza di siffatte cause.

Sul versante soggettivo, l'individuazione dei successori passibili di sospensione emerge dal combinato disposto dei commi 1° e 2° dell'art. 463-*bis* c.c.

Il primo comma si rivolge al «[...] coniuge, anche legalmente separato, nonché [al]la parte dell'unione civile indagati per l'omicidio volontario o tentato nei confronti dell'altro coniuge o dell'altra parte dell'unione civile». A stretto rigore, la prima specificazione è probabilmente ultronea, essendo *ius receptum* che la separazione legale non scalfisce la persistenza del vincolo matrimoniale (e, di riflesso, la permanenza della qualità di “coniuge”)¹⁷; la seconda non pare men superflua¹⁸, stante la sufficienza dell'art. 1 comma 21° della legge n. 76/2016¹⁹ a dischiudere l'applicazione del nuovo istituto alla coppia unita civilmente²⁰. Più benevolmente, può trattarsi, nell'uno come nell'altro caso, di precisazioni opportune al fine di circoscrivere con maggior esattezza e, per così dire, a scanso di equivoci, la sfera di operatività della nuova disciplina, dalla quale – stante il carattere tassativo dell'elenco – restano *de plano* esclusi tanto il convivente *more uxorio*²¹ quanto il coniuge divorziato²².

«[...] la sospensione opera anche nei riguardi di chi abbia commesso il fatto in presenza di una causa di esclusione della punibilità».

¹⁶ F. OLIVIERO, *cit.*, pp. 336-337.

¹⁷ E con riferimento all'ipotesi d'indegnità di cui all'art. 463 n. 1 c.c. v., infatti, *ex multis*, A. ALBANESE, *op. loc. ult. cit.*; C.M. BIANCA, *cit.*, p. 22, nt. 37; A. BURDESE, *cit.*, p. 134; L. COVIELLO JR, *cit.*, p. 213, nt. 13; L. FERRI, *cit.*, p. 194; S. MONOSI, *cit.*, p. 208; E. MOSCATI, *op. ult. cit.*, p. 105, nt. 56; R. OMODEI SALÈ, *op. loc. ult. cit.*; C. RUPERTO, *cit.*, p. 4.

¹⁸ Ritiene trattarsi di superfetazione M. RAMUSCHI, *cit.*, p. 977, nt. 61.

¹⁹ «Alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano le disposizioni previste dal capo III [...] del titolo I [...] del libro secondo del codice civile», tra le quali figura (oggi) l'art. 463-*bis* c.c.

²⁰ In argomento v. ora G. BONILINI, *La successione mortis causa della parte superstite dell'unione civile. L'applicabilità delle norme sull'indegnità a succedere alle persone unite civilmente*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, V, Utet, Torino, pp. 470-473, per il quale «[...] le considerazioni attestatesi sulla *ratio* e sulla operatività delle regole, racchiuse negli artt. 463-466 cod. civ., poste a disciplina dell'indegnità a succedere [...] varranno pienamente, altresì, con riguardo alle parti dell'unione civile»; più in generale v., invece, ID., *La successione mortis causa della persona “unita civilmente”, e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, pp. 890 ss.; F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 1817 ss.; per un confronto con la Germania v. M.C. VENUTI, *I diritti successori della persona unita civilmente e del convivente di fatto: un confronto con il sistema tedesco*, in *Europa e Dir. priv.*, 2017, pp. 1241 ss.

²¹ Conformemente a quanto ritenuto in relazione alla corrispondente ipotesi d'indegnità di cui all'art. 463 n. 1 c.c. (cfr., ad es., A. NATALE, *op. ult. cit.*, pp. 956-957: «Stante la tassatività della previsione normativa, deve escludersi che l'indegnità a succedere colpisca colui il quale si sia macchiato di tale reato nei confronti del convivente *more uxorio* della persona della cui eredità si tratta: da questo punto di vista, la



Ad alcune perplessità dà luogo, invece, il secondo comma dell'articolo, a tenor del quale «[...] le disposizioni di cui al primo comma si applicano anche nei casi di persona indagata per l'omicidio volontario o tentato nei confronti di uno o entrambi i genitori, del fratello o della sorella».

In primis, appare singolare, sul piano redazionale, che la fattispecie “generale” (persona indagata per omicidio nei confronti di un qualsiasi membro della famiglia nucleare, ad eccezione del coniuge e, come si vedrà, del figlio) trovi la propria regolamentazione *per relationem* rispetto ad un'ipotesi “speciale” (soggetto indagato per omicidio nei confronti del solo coniuge o parte dell'unione civile), quasi ad invertire l'ovvia constatazione per cui è l'uxoricidio a rappresentare la *species* del *genus* omicidio, e non viceversa. *In secundis*, vistosissima è la pretermissione del figlio (quale discendente di grado speculare rispetto al genitore, unico ascendente testualmente previsto) dal novero delle potenziali vittime dell'omicidio: che il *conditor legis* si sia astenuto intenzionalmente dal menzionare il libericidio, esulando questo, almeno di regola²³, dalle “disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici”²⁴, suonerebbe quale spiegazione plausibile all'orecchio dell'interprete, ma non del tutto peregrina si profila l'opposta conclusione secondo cui la *lex*, nell'omettere il figlio, *minus dixit quam voluit*; obbligata, in ogni caso, appare la strada di una lettura rigorosamente testuale della norma, insuscettibile d'interpretazioni ampliative, in omaggio ai canoni esegetici poco sopra descritti²⁵.

Quanto, infine, alla scansione temporale dell'istituto, l'*iter* procedimentale prende abbrivio (comma 3°) da una “comunicazione di avvenuta iscrizione nel registro delle notizie di reato” (art. 335 c.p.p.) indirizzata dal Pubblico Ministero alla cancelleria del Tribunale del circondario in cui s'è aperta la successione²⁶ (il quale ben potrà non coincidere con quello in

recente novella (l. 8 luglio 2005 n. 137) ha perduta una occasione per cancellare questa disparità di trattamento»).

²² Mutuando le conclusioni raggiunte in sede d'indegnità da, *ex multis*, A. ALBANESE, *op. loc. ult. cit.*; L. FERRI, *op. loc. cit.*; S. MONOSI, *op. loc. cit.*; E. MOSCATI, *op. loc. ult. cit.*; R. OMODEI SALÈ, *op. loc. ult. cit.*

²³ È certamente orfano anche il discendente del figlio/a ucciso dal genitore, ma il caso è probabilmente di scuola, poiché il crimine – nel filo del *telos* perseguito dalla legge – risulterebbe “domestico” solo ove i predetti soggetti coabitino la medesima *domus*, a tacer del fatto che in tal caso l'ascendente potrebbe venir in rilievo solo in quanto erede testamentario, non qualificandosi – in presenza di figli dell'offeso – come successore né legittimo né necessario.

²⁴ Cfr. la rubrica della legge n. 4/2018, introduttiva dell'art. 463-*bis* c.c., la quale recita: «Modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici».

²⁵ V. nt. 12. Al rapporto parentale, *per incidens*, resta dedicata la già citata ipotesi d'indegnità di cui all'art. 463 n. 3-*bis* c.c.

²⁶ Si sarebbe in presenza, complessivamente, di «[...] meccanismi ed effetti non [...] chiari» a parere di M. VASCELLARI, *cit.*, p. 576.



cui è in corso l'attività investigativa). Certamente ampia, ma senz'altro necessitata, si palesa la discrezionalità del P.M. nell'effettuare la predetta comunicazione, per come emergente dal *caveat* «[...] compatibilmente con le esigenze di segretezza delle indagini»; inciso, quest'ultimo, di assoluta rilevanza, dacché la preminenza dell'istanza penalistica di riservatezza²⁷, nell'esentare l'organo competente dall'onere comunicativo, impedisce la genesi della fattispecie, ammettendo a succedere (*rectius*, non sospendendo) il soggetto indagato.

Può, invece, discutersi se l'effetto sospensivo consegua: *a)* alla mera iscrizione nel Registro di cui all'art. 335 c.p.p.²⁸; *b)* all'avvenuta comunicazione, da parte del P.M., alla cancelleria del Tribunale del luogo in cui s'è aperta la successione²⁹; *c)* all'emissione, da parte del Tribunale medesimo, del provvedimento dichiarativo della sospensione (il quale conterrà altresì la nomina del curatore, v. *infra*)³⁰.

L'opzione sub *c)* si lascia probabilmente preferire, non solo per ragioni d'ordine testuale³¹, ma anche di tipo sistematico, poiché, a voler opinare diversamente, la sospensione, idealmente già verificatasi, risulterebbe meramente “virtuale” e, come tale, non solo inconoscibile da parte di terzi/chiamati in subordine, ma soprattutto inidonea – stante l'assenza del curatore, alla cui designazione è preposto il Tribunale – a privare il successibile indagato del possesso dei beni ereditari e della possibilità di compiere atti d'amministrazione³².

La sospensione è, poi, destinata a cessare con la chiusura delle indagini preliminari («[...] fino al decreto di archiviazione») o del giudizio vero e proprio («[...] [fino] alla sentenza definitiva di proscioglimento»); incontrovertibile, dunque, appare l'identificazione del *dies ad quem*³³.

²⁷ La quale può manifestarsi sia a' sensi dell'art. 335, comma 3-*bis*, c.p.p. («se sussistono specifiche esigenze attinenti all'attività di indagine, il pubblico ministero, nel decidere sulla richiesta, può disporre, con decreto motivato, il segreto sulle iscrizioni per un periodo non superiore a tre mesi e non rinnovabile»), sia a mente del precedente comma 3° del medesimo articolo, il quale fa salvi i casi in cui si proceda a norma dell'art. 407, comma 2°, lett. a), c.p.p. V. sul punto F. OLIVIERO, *cit.*, pp. 328-329, il quale evidenzia come, pur contemperando tale ordito normativo con il generico obbligo di provvedere «senza ritardo» alla comunicazione (art. 463-*bis*, comma 3°, c.c.), quest'ultima ben possa avvenire a un non esiguo lasso di tempo dall'iscrizione *ex art.* 335 c.p.p.

²⁸ Sub *art.* 463-*bis* c.c., in *Codice Civile Commentato*, op. cit., p. 453.

²⁹ M. RAMUSCHI, *cit.*, p. 974.

³⁰ F. OLIVIERO, *cit.*, p. 328.

³¹ L'art. 463, comma 3-*bis*, c.c. dispone che la comunicazione del P.M. alla cancelleria del Tribunale è effettuata «[...] ai fini della sospensione di cui al presente articolo», di guisa che non sembra possa concretare l'effetto sospensivo ciò che, nella *mens legis*, è funzionalmente preordinato alla sua attivazione.

³² Secondo quanto condivisibilmente osservato da F. OLIVIERO, *cit.*, pp. 327-328.

³³ Sub *art.* 463-*bis* c.c., in *Codice Civile Commentato*, op. loc. cit.; F. OLIVIERO, *cit.*, pp. 316-317.



Una chiosa sui profili di diritto intertemporale emergenti dal nuovo istituto, stante l'assenza di una disciplina transitoria in seno alla legge n. 4/2018: mutuando le conclusioni raggiunte dalla dottrina in occasione dell'introduzione dell'ipotesi d'indegnità di cui all'art. 463 n. 3-*bis* c.c.³⁴, deve ritenersi che la nuova normativa – anche senza scomodare l'art. 2 c.p., pur astrattamente invocabile «[...] per una certa qual assonanza della materia in esame con la fattispecie penale»³⁵ – non possa che disporre per l'avvenire, con esclusione di ogni retroattività (art. 11 disp. prel. c.c.), ed abbia, quindi, efficacia dal giorno della sua entrata in vigore, ossia dal 16 febbraio 2018.

3. – Con l'introduzione della “sospensione dalla successione”, il dizionario del linguaggio ereditario guadagna un nuovo vocabolo³⁶, senza che tuttavia sia esplicitato il contenuto della relativa voce³⁷.

Fuor di metafora, il legislatore del 2018 – per vero non discostandosi da un più volte denunciato atteggiamento di silenzio nella predeterminazione delle modalità operative dell'indegnità³⁸ – ha ritenuto di non individuare gli effetti del nuovo istituto, consegnando inevitabilmente all'ermeneuta il ruolo di precisarne, in un'ottica di un coordinamento con i principî generali, la portata e i limiti.

Di là dal diritto *mortis causa*, la locuzione “sospensione” non rappresenta certo un neologismo, figurando incidentalmente nella normativa divisionale (art. 717 c.c.) e costituendo, come noto, istituto-cardine della fattispecie prescrizione (artt. 2941 ss. c.c.); ambiti disciplinari, questi, tuttavia troppo distanti da quello successorio per auspicare di scorgere qualche utile spunto interpretativo.

³⁴ V., ad es., A. ALBANESE, *L'indegnità a succedere dopo la l. 8 luglio 2005, n. 137*, op. cit., p. 855; G. BONILINI, *L'ampliamento del catalogo dei casi di indegnità a succedere*, op. cit., p. 301. Più in generale, sul tema v. M. SESTA, *Il problema della retroattività della disciplina successoria*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1291 ss.

³⁵ Così G. BONILINI, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ Assai, e forse oltremodo, critico il rilievo per cui si tratterebbe di formula «[...] espressa in un italiano approssimativo mutuato dal linguaggio burocratico, “Sono sospesi dalla successione”, la quale richiama piuttosto l'idea delle fatture e pratiche in sospeso, se non dei carichi sospesi» (sub *art. 463-bis c.c.*, in *Codice Civile Commentato*, op. loc. cit.).

³⁷ V. in punto il Dossier n. 462 del 22 febbraio 2016, predisposto dal Servizio Studi della Camera dei Deputati (<https://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/GI0500.Pdf>), ove invero s'invitava a valutare «[...] se l'introduzione del nuovo istituto della sospensione della successione necessiti di una più specifica disciplina sostanziale» (p. 4).

³⁸ V., da ultimo, I. RAPISARDA, *passim*, ma già pp. 1375 ss.



Senz'altro la sospensione rinvia all'idea di una "parentesi" e, in questa declinazione, il sintagma può dirsi coerente, giacché le latitudini di quella – dal provvedimento del Tribunale sino alla consunzione della vicenda penale³⁹ – trovano nitida definizione nel disposto dell'art. 463-*bis* c.c.

Assai più complesso è, però, stabilire in che termini essa possa trovar spazio nella dinamica successoria, articolata, in chiave diacronica, nelle fasi di *apertura della successione, vocazione, delazione e acquisto dell'eredità*⁴⁰.

Con riguardo alla prima, va da sé che la "sospensione" la presupponga, e ciò sia nel

³⁹ Per le ragioni di una siffatta delimitazione temporale v. il precedente *par. 2*.

⁴⁰ Questa la limpida tassonomia proposta da G. CAPOZZI, *cit.*, p. 22. Tralasciando in questa sede l'approfondimento delle prime due evenienze, val la pena, tuttavia, rammentare come, in sede dogmatica, sia stato ampiamente dibattuto se *vocazione e delazione* (o *devoluzione*) coincidano o se, invece, debba loro riconoscersi una reciproca autonomia concettuale. È invero corrente, ma risalente convinzione quella per cui la vocazione designerebbe l'aspetto "soggettivo" del fenomeno successorio, mentre la delazione il suo versante "oggettivo" (così, *ex multis*, A. BURDESE, *cit.*, p. 69; G. CAPOZZI, *cit.*, pp. 22 e 101; A. CICU, *cit.*, p. 48; FERRI, *cit.*, p. 82; R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, in ID., *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1980, p. 32; A. PALAZZO, *cit.*, p. 133), ma non mancano Autori (L. BARASSI, *cit.*, p. 32; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale, I, Principii. Problemi fondamentali*, I, op. cit., pp. 79-80; L. COVIELLO JR, *cit.*, p. 238) che, invece, reputano che la dicotomia riposi non già, o comunque non tanto, su un parametro di carattere obiettivo/subiettivo, bensì cronologico, dovendo la delazione necessariamente susseguire la vocazione (con L. COVIELLO JR, *op. loc. cit.*: «[...] la vocazione è il *prius*, la delazione invece il *posterius*»). Nella dottrina più moderna a quanti, pur non negando le differenze correnti tra i due istituti, sembrano disconoscere alla distinzione una reale utilità pratica (v. ad es., C.M. BIANCA, *cit.*, p. 61, il quale rileva che essa «[...] porta in definitiva a duplicare lo stesso concetto»; C. CICALA, *Il concetto di delazione. L'unicità della delazione*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e delle Donazioni*, op. cit., pp. 1051-1052, per il quale, sulla stessa scia, è possibile sul piano linguistico «[...] usare i due termini come sinonimi, sia nel linguaggio degli interpreti, sia in quello del legislatore»), si contrappongono coloro che, al contrario, tendono a conservarne una qualche utilità, quanto meno a fini descrittivi (v., ad es., V. BARBA, *La rinuncia all'eredità*, Milano, 2008, pp. 25-26, il quale – sia pure al più limitato fine d'illustrare la posizione del chiamato in subordine, come puntualizzato in ID., *Contenuto del testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2018, p. 165, nt. 335 – ha ritenuto di distinguere il «[...] "chiamato", ossia colui che, per effetto di una *vocazione immediata e diretta*, concentra sopra di sé alcune posizioni giuridiche soggettive, potendo, tra l'altro, immediatamente accettare e acquistare l'eredità e il "mero vocato", il quale, in difetto dell'attualità e concretezza della vocazione, ha soltanto una pretesa mediata e indiretta, che, in via di approssimazione, possiamo provvisoriamente definire in termini di aspettativa»; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, op. cit., p. 78: «[...] a stretto rigore, i termini "vocazione" e "delazione" individuano due situazioni differenti, o, se si preferisca, due diversi profili del medesimo procedimento successorio, anche se, spesso, essi risultino impiegati indifferentemente»; G. PERLINGIERI, *Atti dispositivi "nulli" e acquisto dell'eredità. Contributo allo studio della gestione conservativa*, Napoli, 2002, pp. 15-16; ID., *L'accettazione dell'eredità dei cc.dd. chiamati non delati*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, p. 499, per il quale «[...] la vocazione coincide, di regola, con il momento d'apertura della successione e rappresenta una sua conseguenza [...] essa attribuisce al chiamato il titolo per acquistare l'eredità, nonché il diritto di accettare [...] la delazione invece è l'effetto della vocazione, poiché determina la devoluzione, la messa a disposizione del patrimonio ad un soggetto determinato, o determinabile, attribuendo così il diritto di acquistare e di succedere nell'eredità»).



caso dell'omicidio volontario che in quello tentato, atteso che anche quest'ultimo postula che la morte si sia poi verificata per altra causa, non aprendosi, in caso contrario, la successione (art. 456 c.c.)⁴¹; parimenti irrefutabile è che sul piano spaziale (*ex comb. disp. artt. 456, 463-bis e 528 c.c.*) il Tribunale competente sarà quello del circondario in cui essa s'è aperta, vale a dire ove situavasi l'ultimo domicilio del *de cuius*.

In relazione alla *vocazione*, il “sospeso”, quand'anche non designato per testamento, è indubbiamente ascrivibile alla categoria dei chiamati *ex lege*, nonché dei legittimarî, purché, *ça va sans dire*, non fratello o sorella della vittima, dovendosi certamente escludere che alla sospensione consegua un'alterazione del naturale ordine dei successibili⁴².

Quanto agli effetti della sospensione sulla *delazione*, essa – in coerenza con la finalità “paralizzatrice” che inequivocabilmente presiede al nuovo istituto⁴³ – verrà *crystallizzata* per l'intera fase investigativa e sarà quindi destinata, alternativamente, a “riattivarsi” in caso di archiviazione o proscioglimento, oppure a definitivamente estinguersi in ipotesi di condanna o patteggiamento⁴⁴.

Durante questa fase di “pendenza” (locuzione non casuale, essendosi da più parti prospettata un'analogia con l'istituzione ereditaria sotto condizione sospensiva⁴⁵) il sospetto

⁴¹ F. OLIVIERO, *cit.*, p. 336; M. RAMUSCHI, *cit.*, p. 978; M. VASCELLARI, *cit.*, p. 575.

⁴² F. OLIVIERO, *cit.*, p. 316.

⁴³ Si legge, infatti, nella Relazione illustrativa alla proposta di legge Atti Camera n. 3772/2016 (v. <https://www.camera.it/leg17/126?tab=1&leg=17&idDocumento=3772&sede=&tipo=>) che «il problema di questa disciplina risiede nel fatto che l'indegnità a succedere non impedisce la chiamata all'eredità [la *delazione*], ma comporta la rimozione dell'acquisto successorio su domanda di parte e per sentenza, costitutiva, del giudice» (p. 2; così anche il Dossier n. 462 del 22 febbraio 2016, *ibid.*).

⁴⁴ Conforme F. OLIVIERO, *cit.*, pp. 316-317. *Contra*, invece, sub *art. 463-bis c.c.*, in *Codice Civile Commentato*, op. loc. cit., ove s'afferma che la “sospensione” «[...] certo non incide sulla delazione ereditaria, per l'ovvia ragione che l'offerta del patrimonio al chiamato si verifica al momento stesso dell'apertura della successione: sicché, quando il pubblico ministero interviene, la delazione ereditaria ha già avuto luogo. Parrebbe dunque da credere che la norma intenda impedire l'accettazione dell'eredità da parte del chiamato». Per una condivisibile critica a tali rilievi v. F. OLIVIERO, *cit.*, p. 316, nt. 10, il quale osserva come risultino destituiti di fondamento tanto l'assunto per cui non possano darsi casi di *inattualità* della delazione (in difformità rispetto a quanto ritiene la dottrina prevalente, v. nt. seguente), quanto, e soprattutto, quello in forza del quale si predica – pur nell'asserita pendenza della delazione – un'apodittica “impossibilità di accettare l'eredità”, trascurando ch'essa ben può discendere dall'assenza di una delazione attuale (v. *ibid.*).

⁴⁵ Di «[...] effetti sostanzialmente assimilabili a quelli che connotano la fase di pendenza della condizione nell'istituzione di erede sospensivamente condizionata», ove «[...] l'evento condizionale previsto *ex lege* è rappresentato dall'archiviazione dell'indagine o dal proscioglimento», discorre F. OLIVIERO, *cit.*, pp. 317-318; direttamente di «delazione sospensivamente condizionata» parla M. RAMUSCHI, *cit.*, p. 975, il quale rileva altresì, conseguentemente, come la *rubrica legis* «sospensione dalla successione» debba, in verità, essere, più tecnicamente letta come sospensione dalla *delazione*. In proposito, giova ricordare come la



indignus non sarà (più)⁴⁶ delato, e gli saranno conseguentemente preclusi tanto il diritto

dottrina maggioritaria ritenga che non si dia delazione *attuale* in favore dell'istituto *sub condicione* (v., ad es., L. BARASSI, *op. loc. cit.*; C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*, il quale soggiunge che frattempo «[...] l'eredità o il legato rimangono vincolati a favore del beneficiario»; G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 79, per il quale infatti «[...] si dovrebbe impiegare la più neutra espressione “vocazione ereditaria”, la quale muterà in delazione, solo allorquando si sia verificato l'avvenimento futuro [...]»; A. BURDESE, *cit.*, pp. 162-167; G. CAPOZZI, *cit.*, pp. 103-104; L. COVIELLO JR, *cit.*, p. 264, secondo la cui ricostruzione «[...] finché non si sarà verificata la condizione, non potrà operarsi l'effetto tipico della vocazione: vale a dire la *delazione* [...] questa seguirà solo nel momento in cui si verificherà la condizione, anche se, giuridicamente, per la retroattività di questa (art. 646), dovrà la delazione ritenersi come attuata fin dall'apertura della successione»; U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, I, Milano, 1968, p. 315; V.M. TRIMARCHI, *L'eredità giacente*, Milano, 1950, pp. 27-29 e *spec. nt.* 34, ove ampia e dotta ricostruzione dell'ipotesi, che l'A. pone sullo stesso piano dell'istituzione ereditaria a favore di nascituro o di ente non riconosciuto, proseguendo l'intuizione di U. RADAELLI, *L'eredità giacente*, Milano, 1948, p. 166 secondo il quale le tre fattispecie predette sarebbero, invero, suscettibili di “parificazione” «[...] quanto al modo di svolgimento del fenomeno successorio», pur negando l'A. «[...] che in tutti questi casi vi sia un'istituzione sotto condizione sospensiva, poiché la nascita del non concepito o l'erezione dell'ente morale sono, caso mai, *condiciones juris*, consistenti nell'esistenza del soggetto su cui ricadrà l'effetto giuridico», con conseguente impossibilità, per costui, sia di esercitare il diritto d'accettare che di compiere gli atti cui all'art. 460 c.c.: quanto al primo, infatti, si osserva che *ex art.* 480, comma 2°, c.c. il termine prescrizione decorre non già dall'apertura della successione, bensì «[...] dal giorno in cui si verifica la condizione»; con riguardo ai secondi, si richiamano gli artt. 642 e 643 c.c., i quali, in caso d'istituzione condizionale, assegnano l'amministrazione dell'*hereditas* ai sostituiti ordinari, al/i coerede/i con diritto d'accrescimento ovvero agli eredi legittimi. La tesi è però avversata da altra parte della dottrina (A. CICU, *cit.*, p. 56; L. FERRI, *cit.*, p. 241) e della giurisprudenza (v. la risalente Cass. civ. 28 febbraio 1969, n. 663, in *Giust. civ.*, 1969, I, pp. 1915 ss.), in coerenza, d'altronde, al principio generale per cui il titolare di un diritto subordinato ad una condizione ben può disporre in pendenza di questa, sebbene gli effetti di tale atto dispositivo restino subordinati all'avverarsi della condizione stessa (art. 1357 c.c.). Sul punto v. ora la raffinata ricostruzione proposta da G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, pp. 497 ss. e *spec. pp.* 503-504, ove l'A. reputa «[...] non condivisibile né la dottrina che sostiene che una qualsiasi forma di accettazione del chiamato sia valida, ma inefficace (dipendendo dall'avverarsi della *condicio iuris* dell'effettiva delazione al chiamato del diritto di accettare), né la dottrina che considera qualsiasi accettazione nulla, nel senso che non sarebbe consentita non soltanto l'accettazione espressa (art. 475 c.c.) o tacita (art. 476 c.c.), ma neanche potrebbero verificarsi le ipotesi di acquisto senza accettazione o di c.d. accettazione legalmente determinata (artt. 485, 2° e 3° co., 527, 586 c.c.)» e conclude nel senso che «[...] in presenza di una vocazione che subordina la delazione ad un evento futuro o incerto una accettazione espressa (art. 475 c.c.) è valida, ma inefficace, viceversa le *aditiones* tacite, presunte o legalmente determinate (artt. 476, 477, 478, 527 c.c.) come accettazioni sono nulle [...]».

⁴⁶ Si tratterebbe dunque di un'ipotesi di sopravvenuta inefficacia della delazione, la quale (stante il lasso di tempo verosimilmente corrente tra l'omicidio, specialmente se consumato, e la dichiarazione di sospensione) consentirebbe – tanto più ove si aderisca alla tesi dell'esclusione dalla successione, anziché dell'incapacità a succedere (v. *par.* 5) – al sospetto *indignus*, almeno inizialmente, di *capere*, fermo restando che la pronuncia d'indegnità gl'impedirebbe di *retinere*. In relazione alla successione a titolo particolare, non è poi chiaro come ciò si concili con la dinamica acquisitiva automatica prospettata dall'art. 649 c.c. (sulla figura del legatario indegno, in verità piuttosto negletta nella dogmatica, v., ad es., C.M. BIANCA, *cit.*, p. 27, per il quale i legati «[...] si estinguono in favore dell'onerato o del sostituito; L. COVIELLO JR, *cit.*, p. 179, nt. 34, a detta del quale l'indegnità travolgerebbe anche il legato a favore del creditore (art. 658 c.c.) e il *legatum liberationis* (art. 658 c.c.); L. FERRI, *cit.*, p. 187; in giurisprudenza v. Cass. 5 novembre 1992, n. 11979, in *Mass. Giur. it.*, 1992, ove si precisa che l'indegnità investe anche il legato disposto per ricono-



di accettare l'eredità⁴⁷, quanto l'esercizio dei poteri di cui all'art. 460 c.c.⁴⁸; l'uno e l'altro riprenderanno vigore⁴⁹ quando – cessata anche la gestione del curatore (v. *infra*) – la vicenda penale si sarà conclusa in senso favorevole all'indagato/imputato.

In ordine al quesito se al “sospeso” competano quei poteri – espressione di una “tutela minore”⁵⁰ – che la dottrina suole accordare al titolare dell'«aspettativa di delazione»⁵¹, ci si può interrogare se il medesimo abbia facoltà di richiedere l'apposizione dei sigilli a norma dell'art. 753 n. 2 c.p.c. (invero domandabile da tutti «[...] coloro che possono avere diritto alla successione») o la rimozione dei medesimi (art. 763, comma 1°, c.p.c., il quale prevede identica *legitimatio activa*)⁵², mentre non v'è dubbio ch'egli non possa sollecitare la nomina del curatore dell'eredità (art. 528 c.c.), né chiedere la formazione dell'inventario (art. 769 c.p.c.), giacché alla prima avrà già provveduto il Tribunale *ex art. 463-bis c.c.*, mentre la seconda costituirà obbligo del curatore giusta l'art. 529 c.c.

Tutto ciò è a dirsi nell'eventualità in cui il soggetto poi incorso nella sospensione non avesse accettato l'eredità; nel caso in cui, invece, questa fosse già stata adita, potrebbe sostenersi che sia la stessa qualità ereditaria a essere per così dire “congelata” e, daccapo, destina-

scenza o per remunerazione, stante l'inapplicabilità del principio d'irrevocabilità dettato per le donazioni remuneratorie dall'art. 805 c.c.; di adamantina chiarezza, invece, è il § 2345, comma 1°, BGB, a' sensi del quale «Hat sich ein Vermächtnisnehmer einer der in § 2339 Abs. 1 bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht, so ist der Anspruch aus dem Vermächtnis anfechtbar».

⁴⁷ In adesione alla tesi – come detto prevalente (v. nt. precedente), sebbene non incontrovertita – per cui esso postula l'*attualità* della delazione in favore del chiamato (*delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi*).

⁴⁸ Su tale profilo non sembra possa esservi dubbio alcuno, atteso: *i*) che anche i fautori della tesi minoritaria – in ossequio alla quale vi sarebbe *attualità* di delazione in favore dei chiamati in subordine e sotto condizione sospensiva – riconoscono che l'esercizio di tali poteri resterebbe nondimeno loro interdetto (v., per tutti, G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 501); *ii*) che la gestione della quota ereditaria in relazione alla quale la delazione è “sospesa” compete al curatore all'uopo nominato *ex art. 463-bis*, comma 1°, c.c. (per quest'ultimo rilievo F. OLIVIERO, *cit.*, p. 318, nt. 13). *Contra*, invece, sub *art. 463-bis c.c.*, in *Codice Civile Commentato*, op. loc. cit., ove s'afferma che «[...] se è vero che la sospensione dalla successione non incide sulla delazione ereditaria, ma impedisce soltanto l'accettazione da parte del chiamato» (v. nt. 44) «[...] resta salva la possibilità che questi eserciti i poteri di cui all'art. 460 c.c., fino al momento in cui non intervenga la nomina del curatore di cui all'art. 528 c.c.».

⁴⁹ In ordine ai riflessi prescrizionali di tale “riattivazione” della delazione – specialmente ove si reputi fondato l'accostamento al fenomeno condizionale – si dovrebbe leggere l'art. 480, comma 2°, c.c. come segue: «il termine decorre dal giorno dell'apertura della successione e, in caso d'istituzione condizionale, [*ri-decorre*] dal giorno in cui si verifica la condizione» *ex lege*, rappresentata dall'archiviazione o dal proscioglimento. Per ulteriori spunti v. F. OLIVIERO, *cit.*, p. 320 e *spec.* nt. 20, ove l'A. precisa che si avrebbe un'inedita ipotesi di sospensione della prescrizione *ex art. 2942 c.c.*

⁵⁰ Così G. CAPOZZI, *cit.*, p. 23.

⁵¹ Per usare la nota formula di A. BURDESE, *cit.*, p. 72.

⁵² In senso positivo F. OLIVIERO, *cit.*, p. 319.



ta al ripristino o alla definitiva caducazione nelle ipotesi, rispettivamente, di archiviazione/proscioglimento o condanna/patteggiamento.

Verso un'opposta conclusione, indubbiamente più garantista, militerebbe forse il dato testuale, laddove riferisce, *claris verbis*, l'effetto sospensivo alla "successione"⁵³, incontestabile essendo che quest'ultima s'esaurisca, fisiologicamente, con l'*hereditatis aditio*⁵⁴; nondimeno, in favore della soluzione poc'anzi additata si può rilevare: *i)* che la *ratio legis* – in assenza, d'altronde, di un'espressa limitazione o esclusione risultante dall'art. 463-bis c.c. – ricorre non solo in confronto di chi, ancora delato, non abbia fatto proprio il patrimonio ereditario, ma anche di colui che, nello *spatium temporis* corrente fra l'apertura della successione e l'attivazione del meccanismo sospensivo, ne abbia già conseguito la titolarità⁵⁵; *ii)* che si sortirebbe, in caso contrario, un'irragionevole disparità di trattamento tra chiamato ed erede (*arg. ex art. 3 Cost.*); *iii)* che, sebbene l'art. 463 c.c. parimenti escluda l'*indignus*, letteralmente, dalla "successione", mai s'è dubitato che la relativa dichiarazione possa intervenire *post aditionem hereditatis*; *iv)* che la "sospensione" reclama un trattamento simmetrico rispetto all'indegnità, culminandovi in caso di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti a mente dell'art. 444 c.p.p.⁵⁶

Ove s'acceda alla tesi positiva, però, non risibili perplessità s'addensano attorno alle modalità con cui debba, in tal caso, operare la sospensione, essendosi invocata, per un canto, la "retroattività" degli effetti della relativa dichiarazione⁵⁷, con conseguente (sopravvenuta)

⁵³ Così la rubrica dell'art. 463-bis c.c., nonché l'*incipit* del suo primo comma.

⁵⁴ In questo senso v. sub *art. 463-bis c.c.*, in *Codice Civile Commentato*, op. loc. cit.: «[...] così stando le cose, sovente la norma non produrrà alcun effetto. È difatti agevole rammentare che l'eredità si acquista sia espressamente, con atto pubblico o scrittura privata ai sensi dell'art. 475 c[~~p~~]c., sia tacitamente, a seguito del compimento di atti di erede, secondo la previsione dell'art. 476 c.c., sia a mezzo del meccanismo del possesso di beni ereditari protrattosi per tre mesi, secondo quanto prescrive l'art. 485 c.c. Va da sé che nulla impedisce l'accettazione pura e semplice dell'eredità da parte dell'ipotetico indegno prima ancora che il pubblico ministero abbia effettuato l'iscrizione nel registro degli indagati, evidente essendo che, a tal punto, la sospensione dalla successione di cui la norma discorre non ha alcun senso, giacché il procedimento di sospensione, con l'accettazione pura e semplice, si è ormai concluso con la confusione del patrimonio del *de cuius* con quello dell'erede».

⁵⁵ Conforme F. OLIVIERO, *cit.*, p. 321, il quale invero si appella ai canoni «[...] dell'interpretazione sistematica e teleologica».

⁵⁶ Inequivoco, in tal senso, l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 463-bis c.c.: «[...] in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, il responsabile è escluso dalla successione ai sensi dell'articolo 463 del presente codice».

⁵⁷ M. RAMUSCHI, *cit.*, p. 976, il quale – non prima di aver rilevato che, obiettivamente, «[...] il dettato normativo, così come formulato, non aiuta certo a risolvere la questione» – sostiene che «[...] dal momento di avvio degli indagini (*alias*: dal momento in cui il pubblico ministero ha provveduto ad informare dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato la cancelleria del tribunale) la sospensione produrrà, al pari della sentenza di indegnità (della quale, come detto, ne anticipa gli effetti), effetti "retroattivi"».



inefficacia dell'atto di adizione *medio tempore* compiuto; per l'altro, invece, l'inammissibilità di quella reviviscenza del procedimento successorio che – v'è da osservare – dell'opposta tesi costituisce ineludibile corollario⁵⁸.

Alla luce della continuità strutturale tra “sospensione” e indegnità, nulla sembra, infine, ostare a una speciale forma di riabilitazione⁵⁹ dell'indagato da parte del *de cuius*⁶⁰, sebbene il suo ambito applicativo debba essere circoscritto all'omicidio tentato, con esclusione, invece, di quello consumato, il quale, determinando l'apertura della successione, priverebbe la vittima, con meridiana evidenza, del relativo potere; né, d'altronde, potendosi riconoscere cittadinanza alla (alquanto bizzarra) volontà⁶¹ riabilitativa manifestata nel funesto presagio della propria futura uccisione – peraltro perpetrata per mano d'un preciso familiare⁶² – stante la pacifica inammissibilità di un esercizio “anticipato”⁶³ della facoltà apprestata dall'art. 466 c.c.

⁵⁸ Prende in considerazione tale soluzione, per poi tuttavia evidenziarne le criticità, F. OLIVIERO, *cit.*, pp. 321-322: «[...] in tale ipotesi, potrebbe immaginarsi che essa si declini non già alla stregua di una paralisi della delazione, essendosi ormai esaurito il procedimento successorio [...] bensì quale privazione del potere di godimento e di disposizione dell'erede sui beni acquistati in forza della successione», proponendosi poi, nel caso della sospensione così intesa, una suggestiva affinità con il sequestro giudiziario *ex art. 670 c.p.c.*

⁵⁹ Sulla morfologia dell'istituto cfr., *ex multis*, L. BARASSI, *cit.*, pp. 57-58; C.M. BIANCA, *cit.*, p. 28; G. BONILINI, *op. ult. cit.*, pp. 68-70; A. BURDESE, *cit.*, pp. 130-131; R. CALVO, *cit.*, pp. 128-130; G. CAPOZZI, *cit.*, pp. 192-196; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, I, *L'eredità. Il legato. Acquisto. Perdita*, III, *op. cit.*, pp. 78-81; A. CICU, *cit.*, pp. 104-108; L. COVIELLO JR, *cit.*, pp. 190-202; L. FERRI, *cit.*, pp. 206-212; R. GIAMPETRAGLIA, *cit.*, pp. 110-111; C. GIANNATTASIO, *cit.*, pp. 73-75; S. MONOSI, *cit.*, pp. 223-229; G. MUSOLINO, *cit.*, p. 1302; A. NATALE, *op. ult. cit.*, pp. 977-983; R. OMODEI SALÈ, *op. ult. cit.*, pp. 710-714; A. PALAZZO, *cit.*, p. 140; C. RUPERTO, *cit.*, p. 6; G. SALITO, *op. ult. cit.*, pp. 139-143; U. SALVESTRONI, *op. ult. cit.*, pp. 115-120; P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.*; nell'ordinamento tedesco v. il § 2343, BGB, il quale – dietro la pregnante rubrica «Verzeihung» – dispone che «Die Anfechtung [des Erbschaftserwerbs] ist ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Erbunwürdigen verziehen hat».

⁶⁰ L'art. 466, comma 1°, c.c. ammette a succedere «chi è incorso nell'indegnità [...] quando la persona, della cui successione si tratta, ve lo ha espressamente abilitato con atto pubblico o con testamento», cosicché non appare irragionevole che al testatore sia consentito ostacolare l'effetto sospensivo, essendo il reo semplicemente *sospettato* d'esservi incorso; in tale limitata prospettiva, la sospensione rappresenta, rispetto all'indegnità, non solo un *prius*, ma anche un *minus*.

⁶¹ Per la qualificazione negoziale della riabilitazione v., per tutti, G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 69, il quale afferma che essa «[...] non è mera dichiarazione di sentimento, ma, altresì, di volontà, essendo diretta a consentire un acquisto ereditario [...] in altri termini, essa è negozio giuridico; rispetto al quale, il perdono è soltanto il normale movente psicologico, e la sua funzione è quella di consentire la successione del soggetto indegno»; *contra*, però, probabilmente C.M. BIANCA, *op. loc. cit.*, il quale discorre di «[...] atto giuridico di perdono privato col quale l'offeso rimette l'offesa ricevuta» e sicuramente G. MUSOLINO, *op. loc. cit.*, per il quale si tratterebbe di atto giuridico in senso stretto, «[...] poiché il disponente può decidere di effettuare la riabilitazione, ma non può regolarne gli effetti, che discendono in maniera automatica dalla legge».

⁶² Dovendosi escludere «[...] la validità di un atto di riabilitazione fatto genericamente dal *de cuius* senza indicazione delle persone da riabilitare» (così, *ex multis*, G. CAPOZZI, *cit.*, pp. 193-194).

⁶³ Risolvendosi esso, col Coviello, in un «[...] incentivo a mal fare [...] in aperto contrasto con la ragio-



4. – Verificatisi i presupposti descritti al *par.* precedente, la persona indagata viene sospesa dalla successione e «[...] si fa luogo alla nomina di un curatore ai sensi dell'articolo 528»⁶⁴.

Direttamente proporzionale alla sinteticità della disposizione è l'oscurità della sua reale portata precettiva: tutt'altro che agevole, infatti, risulta discernere se il rinvio all'art. 528 c.c. valga, in ordine d'ampiezza per così dire "crescente": *a)* ad individuare esclusivamente una sequenza procedurale funzionale alla nomina; *b)* a delineare i presupposti sostanziali dell'istituto; *c)* a postulare, a mo' di *sineddoche*, un richiamo all'intero Capo VIII.

Con riguardo al primo aspetto, è fuor di dubbio che la nomina spetti – stante la coincidenza competenziale – a quel Tribunale del circondario in cui s'è aperta la successione, presso la cui cancelleria il P.M. avrà già effettuato la comunicazione prescritta dall'art. 463-*bis*, comma 3°, c.c.; nessuna esigenza di segretezza osterà, poi, al compimento delle formalità pubblicitarie richieste dall'art. 528, comma 2°, c.c., essendo il bilanciamento stato effettuato *ex ante* da parte del pubblico ministero. S'insinua, però, il dubbio ermeneutico se il Tribunale sia in ogni caso tenuto alla nomina, ovvero si applichi l'art. 528,

ne che giustifica la norma» (L. COVIELLO JR, *cit.*, p. 196); e l'opinione è condivisa da G. BONILINI, *op. loc. ult. cit.*; A. BURDESE, *cit.*, p. 130, nt. 22; A. CICU, *cit.*, p. 105, nt. 79; R. GIAMPETRAGLIA, *cit.*, p. 111; C. GIANNATTASIO, *cit.*, p. 73; S. MONOSI, *cit.*, p. 225; R. OMODEI SALÈ, *op. ult. cit.*, p. 711; G. SALITO, *cit.*, p. 141.

⁶⁴ Sulla giacenza ereditaria *v.*, *ex multis*, G. AZZARITI, *L'eredità giacente*, in *Trattato di Dir. Priv.*, *op. cit.*, pp. 207 ss.; L. BARASSI, *cit.*, pp. 85 ss.; M. BERNARDINI, *sub artt. 528-532 c.c.*, in *Commentario al Cod. Civ.*, *op. cit.*, pp. 467 ss.; C.M. BIANCA, *cit.*, pp. 67 ss.; G. BONILINI, *op. ult. cit.*, pp. 101 ss.; A. BURDESE, *cit.*, pp. 189 ss.; G. CAPOZZI, *cit.*, pp. 133 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale*, I, *op. cit.*, *Effetti. Momento costitutivo*, IV, Napoli, 1974, pp. 16 ss.; C. CECERE, *sub artt. 528-532 c.c.*, in *Comm. Cod. Civ. Delle successioni*, *op. cit.*, pp. 398 ss.; A. CICU, *cit.*, pp. 146 ss.; N. COVIELLO, *cit.*, pp. 217 ss.; G. DI LORENZO, *L'eredità giacente*, in *Trattato di Diritto delle Successioni e delle Donazioni*, *op. cit.*, pp. 1177 ss.; L. FERRI, *Successioni in generale*, *sub artt. 512-535 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1968, pp. 139 ss.; C. GIANNATTASIO, *cit.*, pp. 246 ss.; G. INGINO, *sub artt. 528-532 c.c.*, in *Codice delle successioni e delle donazioni*, *op. cit.*, pp. 430 ss.; M. LIPARI, *L'eredità giacente*, in *Trattato breve delle Successioni e Donazioni*, *op. cit.*, pp. 431 ss.; U. NATOLI, *cit.*, pp. 245 ss.; R. NICOLÒ, *Eredità giacente*, in *Riv. dir. civ.*, 1941, pp. 287 ss.; A. PALAZZO, *cit.*, pp. 169 ss.; U. RADAELLI, *passim*; C. ROMANO, *L'amministrazione cautelare del patrimonio ereditario*, in *Diritto delle successioni e delle donazioni*, *op. cit.*, pp. 95 ss.; P. SCHLESINGER, *cit.*, pp. 757 ss.; V.M. TRIMARCHI, *passim*; e, più di recente, E. SIMONETTO, *Visione moderna dell'eredità giacente nel nuovo sistema privatistico*, in *Vita not.*, 1990, pp. 5 ss. e A. ZANNI, *L'eredità giacente: classicità dell'istituto e attualità delle problematiche*, in *Riv. Notariato*, 2003, pp. 925 ss. Nel diritto tedesco il fenomeno della *c.d. liegende Erbschaft* è, invece, scongiurato dall'acquisto automatico dell'eredità (*Vonselbsterwerb*: *v.* §§ 1922, comma 1°; 1942, comma 1°, BGB), come noto sconosciuto al nostro ordinamento, giusta l'opposta regola dettata dall'art. 459 c.c.: ciò in quanto la giacenza ereditaria avrebbe dato vita a una «[...] situazione di incertezza non auspicabile» (così, da ultimo, P. KINDLER, *Le successioni a causa di morte nel diritto tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 364).



comma 1º, c.c., nella parte in cui prevede l'alternatività tra l'istanza delle persone interessate e l'iniziativa *ex officio*; ambiguità da sciogliersi probabilmente nella prima direzione, dacché non si profilano indizi testuali⁶⁵ o sistematici per non configurare la nomina quale atto "dovuto", tale da escludere margini di discrezionalità in capo all'organo competente a provvedervi⁶⁶.

Venendo ora ai presupposti della curatela, per come incastonati nell'art. 528 c.c., essi risiedono, come noto, nella mancata accettazione dell'eredità da parte del chiamato⁶⁷ e nell'assenza del possesso, da parte di costui, dei beni relitti.

Entrambi i requisiti non sembrano dispiegare un'efficacia dirimente ai fini della sospensione.

Qualora, infatti, si fosse realmente voluto subordinare quest'ultima all'omessa *aditio* oppure alla mancata instaurazione, da parte del chiamato, di una relazione materiale con i beni del compendio ereditario, è da credere che tali condizioni sarebbero state previste non già ai fini della nomina del curatore (per mezzo d'un troppo debole connettivo «[...] ai sensi»), bensì, più a monte, quale *condiciones sine quibus non* si sarebbe dovuto azionare il fenomeno sospensivo. E poiché l'art. 463-*bis* c.c. non contiene alcun riferimento né (alquanto immotivatamente⁶⁸) nell'un senso, né (assai più ragionevolmente⁶⁹) nell'altro, deve convenirsi che – a parte l'intervenuta accettazione dell'*hereditas*, ove si reputi ch'essa esuli comunque dallo spettro operativo del nuovo istituto – quanto meno il possesso dei beni risulti *irrilevante* ai fini dell'apertura della curatela, salvo, con argomentazioni che, nel loro vago retrogusto aporetico, paiono provare troppo, a voler concludere: a) che possano configurarsi inedite e, probabilmente, inimmaginate ipotesi di

⁶⁵ Deporrebbe, anzi, in senso opposto l'impersonalità del «si fa luogo» figurante nel secondo periodo del comma 1º dell'art. 463-*bis* c.c.

⁶⁶ Conforme F. OLIVIERO, *cit.*, pp. 329-330, il quale fa peraltro salva la possibilità che la legittimazione delle "persone interessate" ex art. 528 c.c. rilevi in caso d'inerzia del Tribunale. In senso opposto – deve rammentarsi – s'era invece orientata la dottrina dominante con riferimento alla giacenza "comune": v., per tutti, G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 101, il quale rileva che il Tribunale «[...] addiverrà alla nomina del curatore [solo] ove sussistano concrete esigenze gestorie, non rinviabili al tempo in cui cesserà la "vacanza"».

⁶⁷ Per acute osservazioni sull'utilizzo di tale locuzione v. V.M. TRIMARCHI, *cit.*, p. 38, nt. 1, il quale aveva a notare come «[...] si potrebbe dubitare se veramente col termine "chiamato" si indichi l'attuale destinatario della delazione o semplicemente il soggetto a cui favore è sorta la vocazione. Ma il problema, tenendo per fermo che l'art. 528 contempla l'ipotesi normale di delazione coeva all'apertura della successione, manca di rilievo pratico appunto perché nell'ipotesi prevista la vocazione e la delazione temporalmente coincidono».

⁶⁸ Quanto meno al fine di chiarire se l'art. 463-*bis* c.c. operi, o meno, in confronto di chi abbia già accettato l'eredità (v. *par. precedente*).

⁶⁹ Acconcia, in tal senso, l'osservazione per cui, [...] qualora [il] possesso sussista, si realizz[a] al massimo grado la situazione di fatto che il legislatore ha inteso "sterilizzare" a mezzo dell'instaurazione della giacenza» (F. OLIVIERO, *cit.*, p. 334).



“sospensione senza curatela”, i cui confini sarebbero tutti d’accertare; b) che l’impossibilità di nominare il curatore, per carenza dei rituali presupposti *ex art.* 528 c.c., osti addirittura alla stessa sospensione; soluzione, quest’ultima, la cui paradossalità evincesi dal fatto che l’indagato, con un facile *escamotage*, potrebbe sottrarsi all’effetto sospensivo limitandosi ad apprendere anche un solo⁷⁰ bene ereditario.

D’altronde, volendo opinare non più con *reductio ad absurdum*, ma sulla scorta delle acquisizioni dogmatiche maturate in tema di giacenza “tradizionale”, è stato perspicacemente rilevato⁷¹ che l’assenza del possesso assurge ad elemento coesenziale ai fini della nomina del curatore *ex art.* 528 c.c. in quanto, se il vocato avesse la materiale disponibilità dei beni ereditari, sarebbe posto dinanzi all’alternativa tra accettare l’eredità o rinunziarvi entro un termine assai breve, pena l’acquisto, in caso d’inerzia, della qualità di erede puro e semplice (art. 485 c.c.), indi risultandone depotenziata la necessità di una gestione sostitutiva. Ebbene, tale *ratio* non potrà mai ricorrere in confronto dell’indagato, poiché delle due l’una: se questi ha accettato, sarà già divenuto *heres; manente suspensione*, invece, l’inibizione dei diritti successorî impedirà che all’infruttuoso decorso del termine per il compimento dell’inventario consegua l’investitura ereditaria *ipso iure*⁷².

Nella medesima prospettiva teleologica, si è adusi affermare che la curatela debba aprirsi *ante aditionem hereditatis* poiché, ascritta la gestione dell’asse all’interesse esclusivo dell’accettante, recederebbero le istanze conservative che presiedono alla giacenza⁷³; ma anche tale considerazione mal si attaglia alla curatela *ex art.* 463-*bis* c.c., nella quale predomina, invece, l’esigenza “pubblicistica” di privare il “sospeso”, seppur temporaneamente, di qualsivoglia diritto o prerogativa ch’egli abbia a vantare sul *relictum*.

Alla stregua delle considerazioni ora prospettate, pare ragionevole asserire che il richiamo all’art. 528 c.c. non s’estenda ai presupposti sostanziali dell’istituto⁷⁴, il quale dunque addi-

⁷⁰ Se è vero che ciò è sufficiente – purché la *res* non sia di trascurabile valore – ad impedire la nomina del curatore *ex art.* 528 c.c. (v., per tutti, G. DI LORENZO, *cit.*, pp. 1181-1182).

⁷¹ Tra i molti, G. AZZARITI, *cit.*, p. 219; L. BARASSI, *cit.*, p. 86; M. BERNARDINI, *cit.*, pp. 471-472; A. BURDESE, *cit.*, p. 199; G. CAPOZZI, *cit.*, p. 136, nota 258; C. CECERE, *cit.*, p. 413; A. CICU, *cit.*, p. 148; L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 151; M. LIPARI, *cit.*, p. 444; R. NICOLÒ, *cit.*, p. 288.

⁷² V. sul punto anche G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 503, ove invero, come già visto, si predica – in caso di delazione condizionale – la nullità delle *aditiones* tacite, presunte o legalmente determinate.

⁷³ Di esemplare chiarezza, in proposito, è il Ferri, laddove afferma che «[...] se vi è stata accettazione, la conservazione ed amministrazione del patrimonio ereditario è ormai esclusivamente affare dell’erede» (L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 148; la medesima constatazione ricorre, d’altronde, in L. BARASSI, *cit.*, p. 85; G. CAPOZZI, *cit.*, p. 136; A. CICU, *cit.*, p. 147; G. DI LORENZO, *cit.*, p. 1179; A. ZANNI, *cit.*, p. 944).

⁷⁴ In questi termini, d’altronde, sia pure con varia gradazione di densità argomentativa, F. OLIVIERO, *cit.*, p. 329; M. RAMUSCHI, *cit.*, p. 982; M. VASCELLARI, *op. loc. cit.*



viene a colorarsi, nella peculiare declinazione *de qua*, di elementi di specialità rispetto alla configurazione consegnataci dalla tradizione; restando, nondimeno, attualissimo il rovello, che da quella annosamente ci riviene, se la giacenza debba investire – come ammoniscono i giudici di legittimità⁷⁵ – l'intera eredità, oppure se – al suono dell'opinione oggidi prevalente⁷⁶, e qui vieppiù preferibile⁷⁷ – essa possa darsi *pro quota*.

⁷⁵ Cass. 22 febbraio 2001, n. 2611, in *Giur. it.*, 2002, I, pp. 61 ss., ove affermasi che «[...] nel concorso di più chiamati all'eredità, alcuni soltanto accettanti l'eredità stessa, non è legittimamente configurabile con riguardo agli altri chiamati non accettanti, la fattispecie dell'eredità giacente *pro quota* (che giustifichi la nomina di un curatore *ex artt.* 528-532 cod. civ.), atteso che la funzione dell'istituto *de quo* è quella della conservazione e amministrazione del patrimonio ereditario nel suo complesso, e non in una sola sua parte, in attesa della definitiva devoluzione a chi ne abbia titolo»; sia pure *a contrario* Cass. 19 aprile 2000, n. 5113, in *Mass giur. it.*, 2000 («le disposizioni di cui all'art. 528 e 529 c.c. in tema di nomina e di attività del curatore dell'eredità giacente presuppongono la mancata accettazione da parte dell'unico chiamato alla successione ovvero di tutti i destinatari della delazione ereditaria»). Adesiva rispetto a tale posizione è, in realtà, una corrente minoritaria della dottrina (cfr., ad es., C. GIANNATTASIO, *cit.*, p. 250, per il quale «[...] se ciascun chiamato ha diritto di prendere possesso, di esercitare le azioni possessorie a tutela dei beni ereditari e di compiere gli atti conservativi di vigilanza e di amministrazione temporanea (art. 460 cod. civ.); se egli è investito per effetto della delazione del compossesso dell'eredità, viene a mancare uno dei requisiti che devono concorrere perché si abbia eredità giacente (assoluta esclusione del chiamato dal possesso dei beni dell'eredità)», anche più moderna (M. BERNARDINI, *cit.*, pp. 474-475, il quale in particolare esprime un *favor* per la «[...] tendenza giurisprudenziale (di legittimità) che è contraria, *tout court*, alla giacenza *pro quota*», dal momento che, tra l'altro, «[...] non può mettersi in piedi una costosa e complessa amministrazione giudiziaria, quando è possibile una alternativa privata, sia pure imperfetta»; nello stesso senso M. LIPARI, *cit.*, p. 447). Nella trattatistica, si astengono da una posizione netta tanto G. DI LORENZO, *cit.*, pp. 1186-1187, quanto G. INGINO, *cit.*, p. 433.

⁷⁶ Già G. CARRARO, *Eredità giacente pro quota*, in *Giur. it.*, 1947, I, pp. 527 ss., segnalava (una del)le ragioni del possibile fraintendimento: «[...] il dubbio può sorgere in relazione alla formula usata nell'art. 528 cod. civ., dove si parla del “chiamato che ha accettato l'eredità” e della nomina di un “curatore dell'eredità”: deve intendersi il chiamato (o tutti i chiamati) nell'intero patrimonio del defunto, ovvero anche il solo chiamato a succedere in una quota?»; ma esso – unitamente ad altre, e più sostanziali, ragioni – non ha evidentemente impedito alla dottrina maggioritaria di aderire alla soluzione positiva. E, infatti, cfr., *ex multis*, A. BURDESE, *op. loc. cit.*, il quale però soggiunge che in caso di «[...] identificazione *ex art.* 588 comma 2 codice civile dei beni rientranti nelle rispettive quote, si dovrebbe considerare rilevante, ai fini di escludere la giacenza dell'eredità ritenuta ammissibile per la singola quota, solo il possesso, da parte del singolo chiamato, di beni rientranti nella sua quota [...]» (e nello stesso senso v. U. NATOLI, *cit.*, p. 248, nt. 426-*bis*, ma *contra* L. CARIOTA FERRARA, *op. ult. cit.*, pp. 20-21, nonché P. SCHLESINGER, *cit.*, p. 758); A. CICU, *cit.*, p. 152, il quale però ha a precisare che «[...] nel caso in cui, nominato il curatore, alcuno dei chiamati accetti, possa farsi dichiarare cessata la giacenza su consenso degli altri chiamati che ritenga sufficiente loro garanzia l'amministrazione del chiamato accettante»; G. CAPOZZI, *cit.*, pp. 148-149, ove esauriente sintesi degli argomenti a favore; L. CARIOTA FERRARA, *op. loc. ult. cit.*, il quale chiaramente afferma che il «[...] possesso, anche se di fatto esclusivo e pieno in uno o in più dei chiamati, non implica il possesso dell'altro o degli altri; sicché vi sono chiamati non possessori, onde la giacenza dell'eredità [...] e lo stesso si dica riguardo all'accettazione di eredità di uno di più fra i chiamati»; C. CECERE, *cit.*, p. 434, la quale, dopo ampia ricostruzione delle posizioni in punto, ritiene «[...] preferibile ammettere che la giacenza possa iniziare e/o continuare anche come giacenza *pro quota* [essendo] evidente, tuttavia, che laddove uno dei chiamati abbia compiuto l'accettazione e/o sia in possesso dei beni ereditari egli possa sempre ottenere



Infine, può osservarsi come l'estensione delle altre previsioni concernenti l'*hereditas iacens* (artt. 529-532 c.c.) non possa avvenire in modo acritico: se, a dispetto dell'omesso richiamo, sono plausibilmente destinati ad operare gli artt. 529-531 c.c., delineanti gli obblighi e i compiti del curatore, altrimenti diseredato del proprio statuto disciplinare, certamente inconferente risulta il disposto dell'art. 532 c.c., laddove subordina (peraltro non del tutto propriamente⁷⁸) la cessazione delle funzioni gestorie all'avvenuta accettazione dell'eredità. Nell'economia dell'istituto, infatti, alla norma in parola deve disconoscersi *vis* precettiva tanto nel caso in cui l'eredità sia già stata adita (allorché, beninteso, si reputi che tale circostanza non precluda l'effetto sospensivo⁷⁹), quanto nell'ipotesi in

che cessi questa situazione di incertezza attraverso l'*actio interrogatoria*, esercitando cioè quella particolare prerogativa da alcuna definita come abbiamo visto "diritto al diritto"; U. RADAELLI, *cit.*, p. 179, poiché, tra l'altro, l'art. 528 c.c. «[...] non distingue fra i casi di eredità individua o di coeredità»; C. ROMANO, *cit.*, p. 105, il quale così compendia le ragioni a favore della tesi più permissiva: «[...] [in primo luogo] il chiamato possessore o l'erede *pro quota* non ha alcun dovere di amministrare l'intero asse ereditario, e dunque potrebbe anche rimanere inerte. In secondo luogo, l'amministrazione dello stesso risponderebbe al suo esclusivo interesse: non vi è, pertanto, alcuna garanzia che la gestione del patrimonio ereditario sia obiettivamente finalizzata a perseguire l'intera congerie di interessi sottesi alla vicenda successoria, e come tale si attenga a principi di neutralità»; P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.*, per il quale «[...] il dubbio non sembra aver fondamento, dato che l'erede *pro quota* acquista solo la sua parte, ed anche nel caso di mancata individuazione dei beni che costituiscono la sua quota egli acquista solamente il *compossesso* dell'intero, e quindi appare logico che la cura degli interessi inerenti al resto dell'eredità sia affidata in modo imparziale ad altra persona»; probabilmente favorevole è V.M. TRIMARCHI, *cit.*, p. 43, nt. 5, che parla di possibilità «[...] ammessa in dottrina»; A. ZANNI, *cit.*, pp. 946 ss. e *spec.* pp. 949-950, ove l'A., nell'aderire alla tesi positiva, offre *ad adiuvandum*, tra gli altri, il seguente esempio: «Tizio, vedovo, [...] muore *ab intestato* lasciando a sé sopravvivere i figli Primo e Secondo. Qualora Primo accetti la sua quota di eredità immediatamente dopo la morte del genitore e Secondo (all'estero da molti anni) non sia nel possesso di beni ereditari, *quid iuris* dell'amministrazione della sua quota? Perché rischiare che si produca un danno economico alle ragioni successorie attribuite a Secondo (ma non ancora acquisite al suo patrimonio), a causa dell'incuria del fratello? [...] Perché non pensare alla nomina, ai sensi dell'art. 528 c.c., di un curatore *ad hoc*?». Per così dire "intermedia" sul punto è, invece, la posizione di L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 162, che ammette la giacenza *pro quota*, ma limitatamente all'ipotesi in cui non sussista diritto d'accrescimento tra i chiamati, ché, altrimenti, in ragione del carattere solidale della chiamata, il diritto del coerede accettante sarebbe potenzialmente esteso *ope legis* all'intera eredità; ma per una critica – condivisa da G. CAPOZZI, *cit.*, p. 147 – a questa posizione v. P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.*, per il quale «[...] tale astratta eventualità [...] [non] parrebbe sufficiente ad escludere l'esigenza che, fino a quando i presupposti per il perfezionamento di una di quelle fattispecie non si siano verificati integralmente, possa farsi luogo alla nomina di un curatore per la parte di eredità ancora priva di titolare e di possessore».

⁷⁷ Altrimenti incorrendosi, a tacer d'altro, negli esiti illuminati, nel testo, sub *a*) e *b*).

⁷⁸ Non solo per l'«improprietà lessicale» ravvisabile nella locuzione "cessazione dalla curatela", anziché "cessazione della giacenza" (così, recentemente, C. ROMANO, *cit.*, p. 106), ma soprattutto perché la disposizione considera solo la più frequente causa cessativa, ma non altre (ad es., ma non senza contrasti, l'esaurimento dell'attivo ereditario o la rinuncia da parte di tutti chiamati – testamentari o legittimi – con devoluzione dell'eredità allo Stato, giusta l'art. 586 c.c.).

⁷⁹ V. *par.* precedente.



cui la sospensione s'inverni nei confronti del mero chiamato, appunto impossibilitato, per difetto di attualità della delazione⁸⁰, a perfezionare l'*aditio*. È, allora, giocoforza a concludersi che la decadenza del curatore dal proprio *munus* si verificherà, più semplicemente, al venir meno della sospensione, in conseguenza dell'archiviazione, del proscioglimento, della condanna o del patteggiamento⁸¹.

Un appunto, *in extremis*, sull'art. 460, comma 3°, c.c., a mente del quale il compimento degli atti indicati nei commi precedenti è precluso al chiamato «[...] quando si è provveduto alla nomina di un curatore dell'eredità a norma dell'articolo 528»; lineare ne apparirebbe l'applicazione al “sospeso”, sempreché non si reputi – con alternativa forse tacciabile, *quoad effectum*, di speculativismo – che quelle disposizioni non vengano in rilievo *tout court*, aderendo alla diffusa opinione⁸² per cui esse, pur riferendosi al chiamato, alludano, in verità, al delato e, quindi, a una qualità che, come visto *supra*, fa difetto al “sospeso”.

5. – Nell'eventualità in cui le indagini sfocino nella condanna o nell'applicazione della pena su richiesta delle parti, giusta l'art. 444 c.p.p., «[...] il responsabile è escluso dalla successione ai sensi dell'articolo 463 del presente codice» (art. 463-*bis*, comma 1°, ultimo inciso, c.c.), cosicché l'intervenuto accertamento della responsabilità penale trova la sua appendice civilistica nella trasfigurazione della sospensione, cautelativamente disposta, in vera e propria indegnità.

Secolarmente discussa è la natura giuridica di quest'ultimo istituto, identificabile, con definizione neutra, in una causa di rimozione dalla successione giustificata da una condotta particolarmente riprovevole tenuta nei confronti dell'ereditando⁸³.

Per un primo orientamento, probabilmente minoritario⁸⁴, l'indegnità rappresentereb-

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Concorda sull'inoperatività, nel caso di specie, dell'art. 532 c.c. F. OLIVIERO, *cit.*, pp. 326, nt. 30; 334.

⁸² Per tutti, G. CAPOZZI, *cit.*, pp. 28-29.

⁸³ Agli albori del secolo scorso la si era definita anche come «[...] giuridica qualità in forza della quale alcuno non merita di godere i vantaggi di una successione *caussa mortis*: essa significa ancora quell'istituto giuridico inteso a sancire l'esclusione dell'erede, in forza di quella qualità di cui si è rivestito» (G. PIGNOTTI, *Il fondamento dell'indegnità a succedere nel diritto civile italiano*, Siena, 1911, p. 14).

⁸⁴ O addirittura «dissidente» (R. CALVO, *cit.*, p. 125), stante la discrasia – pur autorevolissimamente predicata – con la *communis opinio*: cfr. D. BARBERO, *passim*, per il quale in particolare (p. 847) l'indegnità «[...] incid[e] proprio all'origine della vocazione ereditaria, nel senso che *la esclude*, sebbene, in caso di contestazione, occorra la dichiarazione giurisdizionale delle circostanze a sanzione delle quali l'indegnità è comminata»; C.M. BIANCA, *cit.*, pp. 24-28; A. BURDESE, *cit.*, pp. 120-132; A. CICU, *cit.*, pp. 85-87, il quale



be, in spregio alla sua autonoma collocazione⁸⁵, una forma d'incapacità a succedere, atteggiandosi a circostanza impeditiva della delazione; per una seconda impostazione, forse prevalente⁸⁶ e consolidata in numerose pronunce di legittimità⁸⁷, essa si configurerebbe,

assimila l'ipotesi all'erede istituito sotto condizione risolutiva, salvo poi a rilevare che, mentre l'art. 646 c.c., derogando al principio di retroattività proprio del meccanismo condizionale, attribuisce il diritto ai frutti fino al giorno in cui si verifica la condizione, l'art. 464 obbliga invece l'indegno a restituire i frutti pervenutigli dopo l'apertura della successione (in coerenza al suo possesso di mala fede); L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, sub artt. 456-511 c.c., op. cit., pp. 175-182, per il quale «[...] l'indegnità oper[a] nel diritto materiale come fatto che impedisce la delazione» (p. 177): essa, in particolare, si qualificherebbe, nella visione dell'illustre A., come una forma d'incapacità di succedere "relativa" (escludendo solo dalla successione di colui che è stato offeso, in ciò distinguendosi da quella per così dire "irrelata", che invece opera in confronto di qualsiasi defunto), ma nondimeno del tutto peculiare, tollerando la riabilitazione giusta l'art. 466 c.c.; R. MUSOLINO, *cit.*, pp. 1297-1298; R. OMODEI SALÈ, *op. ult. cit.*, pp. 704-705, in quanto «[...] la preoccupazione di garantire la certezza del diritto, cui la tesi contrapposta riconosce tanta importanza, non pare [...] da sola in grado di orientare in modo decisivo l'interprete, solo che si consideri come l'eventuale sacrificio della certezza delle relazioni giuridiche ben possa apparire, nel caso in esame, giustificato dalla (ritenute prevalente) "esigenza di non consentire comunque all'indegno di approfittare dell'eredità dell'offeso"».

⁸⁵ Le disposizioni in tema d'indegnità sono collocate, nell'ambito del Titolo I del Libro II, in un Capo autonomo, il terzo, rispetto a quello, precedente, regolante la capacità di succedere ed esaurentesi nell'art. 462 c.c. Viceversa, il Codice abrogato aveva contribuito ad ingenerare il dubbio qualificatorio, poiché l'art. 725 esordiva affermando «Sono *incapaci*, come indegni, di succedere [...]» (coerentemente, d'altronde, alla sezione rubricata «Della capacità di succedere»), ma il successivo art. 727 «[...] forse perché troppa luce fa male, aveva provveduto a riportare un po' di nebbia» (con l'immagine di D. BARBERO, *cit.*, p. 843), discorrendo di «chi fu *escluso* come indegno», e dunque «[...] vi era dissenso nella dottrina sul punto se, per la natura giuridica dell'indegnità, fosse decisivo l'articolo 725 oppure il 727 (A. CICU, *cit.*, p. 83).

⁸⁶ V. L. BARASSI, *cit.*, p. 59, al quale devesi l'accostamento all'azione di annullamento, in quanto «[...] l'erede diventa effettivamente erede e rimane tale: ma gli interessati possono esperire un'azione, con la quale, allegando l'indegnità dell'erede, domandare che sia rimosso ed escluso dall'eredità [...] nel frattempo però egli sarebbe rede e come tale avrebbe il possesso dei beni ereditari»; G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 61, in quanto «[...] la gravità della sanzione, costituita dall'indegnità a succedere, postula l'accertamento giudiziale della causa d'indegnità»; G. CAPOZZI, *cit.*, pp. 179-180; L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte. Parte generale, I, L'eredità. Il legato. Acquisto. Perdita*, III, op. cit., pp. 72-73, ove leggesi che l'indegnità «[...] dà luogo ad una possibilità di risoluzione *ope judicis* della situazione giuridica [...]»; L. COVIELLO JR, *cit.*, pp. 162-173, per il quale «[...] poiché non si tratta di *incapacità*, si ha che a favore dell'indegno si opera la delazione ed egli può divenire erede; è solo con la sopravvenuta pronuncia giudiziale di indegnità che egli viene estromesso dalla successione e resa inoperante nei suoi riguardi la vocazione ereditaria, cadendo *ex tunc* l'acquisto eventualmente già verificatosi» (p. 165): l'A. esprime poi riserve sulla già ricordata posizione del Cicu (v. nt. 84) secondo cui la posizione dell'indegno sarebbe assimilabile a quella dell'erede sotto condizione risolutiva, in quanto «[...] la eventualità che il suo acquisto possa essere invalidato mercè l'esperimento della relativa azione e con efficacia *ex tunc*, a ciò non autorizza; altrimenti ogni acquisto che per qualunque causa possa essere invalidato con efficacia retroattiva, dovrebbe ritenersi come sottoposto a condizione risolutiva, epperò soggetto alla disciplina propria di questa!» (p. 170); C. GIANNATTASIO, *cit.*, pp. 56-58, secondo il quale «[...] la legge non considera l'indegnità ostativa all'acquisto dell'eredità: l'azione soddisfa l'interesse circoscritto dei chiamati all'eredità in luogo dell'indegno [...]» (p. 57); S. MONOSI, *cit.*, pp. 205-206, la quale – pur riconoscendo come sia [...] estremamente difficoltoso



invece, quale causa di esclusione dalla successione, in aderenza al chiaro tenore testuale dell'art. 463 c.c. («È escluso dalla successione come indegno [...]»⁸⁸), alla diversa *sedes materiae*⁸⁹, nonché alla volontà, espressa nella Relazione⁹⁰, di ossequiare la tradizione

prendere posizione circa il problema della natura giuridica da attribuire all'indegnità, essendo le opposte soluzioni entrambe sorrette da motivazioni tutte corrette sotto il profilo logico-giuridico [...] [con] contraddizione causata, purtroppo, dalla imprecisione che caratterizza le disposizioni di legge in esame, non suscettibili, pertanto, di univoche interpretazioni» – asseconda l'orientamento prevalente per ragioni di certezza del diritto, altrimenti incorrendosi nella conseguenza dell'imprescrittibilità dell'azione diretta a far valere l'indegnità (e la preoccupazione era già di P. SCHLESINGER, *cit.*, p. 755); C. RUPERTO, *cit.*, p. 2, poiché [...] appare coesistente alla qualità dei fatti previsti nell'art. 463 la esigenza di uno specifico accertamento da parte del giudice (anche in relazione al punto se in concreto l'atto illecito commesso, ancorché acclarato in sede penale, costituisca civilisticamente causa d'indegnità) e perché nuocerebbe alla certezza giuridica il considerare esclusa la successione prima d'un tale accertamento»; L. SALIS, *passim*, il quale parimenti sottolineava la necessità di un'indagine giudiziale, sostenendo che «[...] non può affermarsi che l'art. 463 c.c. sia “norma di ordine pubblico”, e contemporaneamente ritenere che essa operi, facendo escludere l'indegno dalla successione, solo su iniziativa di un interessato [...] ove si ammetta la necessità di una tale iniziativa, si deve logicamente ammettere che l'indegno non venga escluso solo perché tale, ma solo in quanto chi abbia interesse a tale esclusione la domandi giudizialmente» (p. 931), e in ciò stava, per il giurista di Sassari, la differenza con l'incapacità a succedere, poiché quest'ultima è legata dalla legge a premesse fattuali facilmente accertabili (esistenza, concepimento, qualità di figlio e così via).

⁸⁷ Cfr. già la risalente Cass. 23 novembre 1962, n. 3171, in *Mass. Giur. it.*, 1962; più recentemente ID., 16 febbraio 2005, n. 3096 in *Fam. Pers. Succ.*, 2005, pp. 141 ss. con nota di A. NATALE; ID., 29 marzo 2006, n. 7266, in *Mass. Giur. it.*, 2006; ID., 5 marzo 2009, n. 5402, in *Fam. Pers. Succ.*, 2009, pp. 973 ss., con nota di A. ALBANESE; da ultimo – per inciso, *post* legge n. 4/2018 – ID., 25 febbraio 2019, n. 5411, in *CED Cassazione 2019*, ove si legge che «[...] secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, l'indegnità a succedere, di cui all'art. 463 c.c., pur essendo operativa *ipso iure*, deve essere dichiarata con sentenza costitutiva su domanda del soggetto interessato, atteso che essa non costituisce un'ipotesi di incapacità all'acquisto dell'eredità, ma solo una causa di esclusione dalla successione. L'indegnità, infatti, non è uno status connotato al soggetto che si assume essere indegno a succedere, ma una qualificazione di un comportamento del soggetto medesimo, che deve essere data dal giudice a seguito dell'accertamento del fatto che integra quella determinata ipotesi di indegnità dedotta in giudizio, e che si sostanzia in una vera e propria sanzione civile di carattere patrimoniale avente un fondamento pubblicistico (Cass. Sez. 2, 05/03/2009, n. 5402; Cass. Sez. 2, 29/03/2006, n. 7266; Cass. Sez. 2, 23/11/1962, n. 3171)».

⁸⁸ Dalla *littera legis* si sono tuttavia tratti argomenti a favore della tesi opposta: «[...] si dice infatti nell'art. 463 che l'indegno è *escluso* dalla successione, non che *può essere escluso*; e nell'art. 466 si attribuisce alla riabilitazione l'effetto di *ammettere* alla successione (A. CICU, *cit.*, p. 87; nello stesso senso C.M. BIANCA, *cit.*, p. 26; L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 181); per L. BARASSI, *cit.*, p. 59 sarebbe, invece, la stessa parola “escluso” ad essere «[...] per sé equivoca: escluso in virtù di legge (di diritto), oppure per opera di un'azione promossa da chi succederebbe in mancanza dell'indegno?» (anche a mente di G. BONILINI, *op. loc. ult. cit.*, «[...] l'art. 463, a ben vedere, non consente di ricavare, indiscutibilmente, una delle soluzioni prospettate»). Più esplicito, e non suscettibile d'interpretazioni polisense, il § 2340, comma 1°, BGB («Die Erbwürdigkeit wird durch Anfechtung des Erbschaftserwerbs geltend gemacht»), il quale lascia senza equivoci ad intendere come l'azione rivesta carattere “costitutivo” (c.d. «Gestaltungsklage»).

⁸⁹ Esaltano la significatività sistematica del profilo topografico, ad es., G. CAPOZZI, *cit.*, p. 179; L. COVIELLO JR, *cit.*, p. 164; C. GIANNATTASIO, *cit.*, p. 56; S. MONOSI, *cit.*, p. 199; A. PALAZZO, *cit.*, p. 138; C. RUPERTO, *op. loc. cit.*



romanistica⁹¹, compendiata nel noto brocardo “*indignus potest capere sed non potest retinere*”.

Com'è agevole intuire, non poche le conseguenze⁹² derivanti dall'adesione all'una o all'altra ricostruzione⁹³.

Coloro che qualificano l'indegno come incapace a succedere predicano la natura meramente dichiarativa della sentenza accertativa di una delle cause d'indegnità, emessa su azione esperibile imprescrittibilmente⁹⁴ e coincidente con la *petitio hereditatis*. Quanti, invece, v'intravedono un soggetto escludibile dalla successione, coerentemente attribuiscono alla pronuncia del giudice carattere costitutivo, di guisa che – anteriormente al *dictum* – vi sareb-

⁹⁰ «Il criterio informatore del progetto che l'indegnità non determina una vera e propria incapacità ostativa all'acquisto ereditario, ma è una causa di esclusione operativa in virtù di una sentenza del giudice, secondo il principio per cui *indignus potest capere sed non potest retinere*, è stato generalmente approvato» (Relazione al Codice, n. 230). Il richiamo a tale principio, per un fautore della tesi dell'incapacità, sarebbe stato tuttavia fatto «[...] a sproposito [...] è vero che nel diritto romano l'indegnità era causa di esclusione dall'eredità: ma essa vi aveva un significato ed effetto che non ha nel diritto moderno [...] sanzione dell'indegnità era infatti la devoluzione dei beni al Fisco (*bona erepticia*) [...] ciò presupponeva logicamente che l'indegno divenisse erede o legatario: perciò si diceva “*potest capere, sed non potest retinere*” [...] se fosse stato considerato come incapace a succedere, l'eredità si sarebbe devoluta agli eredi chiamati in subordine, come appunto avviene nel diritto nostro» (così A. CICU, *cit.*, p. 84 e nello stesso senso D. BARBERO, *op. loc. cit.*, per il quale l'adagio «[...] resta un suon di parole»; A. BURDESE, *cit.*, p. 121; L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 176; E. MOSCATI, *op. ult. cit.*, p. 93).

⁹¹ Sulle origini dell'istituto, v. B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, pp. 155-170, nonché, *funditus*, E. NARDI, *I casi d'indegnità nel diritto successorio romano*, Milano, 1937, pp. XVI-380 e, più recentemente, ID., voce *Indegnità* (diritto romano) in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, pp. 592 ss. ove l'A. rammenta (p. 593) come «[...] il diritto romano non pervenne a formare un istituto organico ed unitario della indegnità, ma conobbe soltanto singoli casi, che, sorti a distanza di tempo gli uni dagli altri ad opera di legislatori diversi ed in circostanze assai varie, rimasero in sostanza indipendenti e slegati».

⁹² Che non si tratti di sterili teoresi è avvertito da E. MOSCATI, *op. ult. cit.*, p. 88: «[...] la questione non meriterebbe di essere approfondita più di tanto, trattandosi in fondo soltanto di una più corretta sistemazione della materia, se dalla soluzione prescelta non derivassero rilevantisime conseguenze pratiche».

⁹³ Non è mancata, in verità, una ricostruzione per così dire “intermedia” (o, secondo la qualificazione di P. SCHLESINGER, *op. loc. cit.*, «[...] di compromesso») rispetto alle due richiamate nel testo: essa è stata proposta da U. SALVESTRONI, *Il problema dell'indegnità a succedere*, *op. cit.* e poi riproposta in ID., *Della capacità di succedere. Dell'indegnità. Artt. 462-466 c.c.*, *op. cit.*, *passim*; per l'A. l'indegnità darebbe, infatti, luogo all'obliterazione della legittimazione “ricettiva” dell'acquisto a causa di morte, la quale richiederebbe un previo accertamento giurisdizionale, che determinerebbe tuttavia l'effetto esclusivo *ab initio* e *ipso iure*, privando d'effetti la disposizione legale o testamentaria in virtù della quale l'indegno risultava vocato (per alcuni rilievi critici rispetto a tale posizione v. E. MOSCATI, *op. ult. cit.*, pp. 109-113, il quale però rileva come essa, in linea generale, rappresenti «[...] il tentativo più apprezzabile di risolvere i problemi di fondo dell'indegnità» (p. 109); decisamente contrario, invece, è C. RUPERTO, *op. loc. cit.*, per il quale tale tesi è «[...] priva d'utilità pratica, se non intrinsecamente contraddittoria»).

⁹⁴ Nel diritto tedesco l'azione si prescrive, invece, in un termine annuale (v. il rinvio al § 2082 BGB recato dal § 2340, comma 3°, BGB).



be, in favore del chiamato, piena “attualità” di delazione, con conseguente possibilità, per costui, di avvalersi di ogni prerogativa successoria: dai poteri di cui all’art. 460 c.c. fino allo *ius adeundae hereditatis*. L’esclusione dalla successione scaturirebbe (sia pur retroattivamente) solo dall’accoglimento della relativa azione, sempreché questa sia proposta da parte di chi vi è legittimato ed entro l’ordinario termine di prescrizione decennale⁹⁵.

Almeno sino ad oggi, di là dall’assentimento dato a questa o quella linea di pensiero, è stata poi convinzione unanime – con facile argomento *a contrario* offerto dall’art. 463 n. 3 c.c. – che la pronuncia d’indegnità prescindesse dall’intervenuto accertamento in sede penale della relativa fattispecie generatrice⁹⁶, potendo il giudice civile procedervi autonomamente⁹⁷.

Rispetto a questi capisaldi dell’istituto, testé sommariamente delineati, v’è da domandarsi se le previsioni recate dall’art. 5 della legge n. 4/2018 risultino sistematicamente “indifferenti”, se esse convalidino – rinvigorendoli – principî tralatizi, oppure ancora se esse non impongano, invece, una rimediazione complessiva dell’indegnità, della quale la novella avrebbe alterato non profili marginali, ma la stessa consistenza ontologica.

La risposta a tali interrogativi può essere sviluppata in una duplice direzione: quanto alla regola generale della (tendenziale) autonomia della competenza del giudice civile, il perno del suo tanto epocale quanto inaspettato capovolgimento è da ricercarsi nel nuovo art. 537-*bis* c.p.p., a’ sensi del quale «quando pronuncia sentenza di condanna per uno dei fatti previsti dall’articolo 463 del codice civile, il giudice dichiara l’indegnità

⁹⁵ Sulle caratteristiche di tale azione v., per tutti, R. OMODEI SALÈ, *op. ult. cit.*, pp. 705-707.

⁹⁶ *Ex multis*, L. BARASSI, *cit.*, p. 55; C.M. BIANCA, *cit.*, p. 23; G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 64; A. BURDESE, *cit.*, p. 135; R. CALVO, *cit.*, p. 120; G. CAPOZZI, *cit.*, p. 188; L. CARIOTA FERRARA, *op. ult. cit.*, p. 73; A. CICU, *cit.*, p. 92, per il quale è da ritenersi oltretutto «[...] che anche per la qualificazione giuridica del fatto non siano senz’altro da applicare le norme della legge penale, che non siano espressamente richiamate, e che esse valgano soltanto di sussidio all’interprete per la qualificazione civilistica del fatto»; L. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 191; R. GIAMPETRAGLIA, *cit.*, p. 104; C. GIANNATTASIO, *cit.*, p. 61; A. S. MONOSI, *cit.*, p. 210; E. MOSCATI, *op. ult. cit.*, p. 108; G. MUSOLINO, *cit.*, p. 1299; NATALE, *op. ult. cit.*, p. 958, nt. 89; A. PALAZZO, *cit.*, p. 139; C. RUPERTO, *cit.*, p. 4; G. SALITO, *cit.*, p. 127.

⁹⁷ Se ne era altresì dedotto che, qualora il giudizio penale si fosse estinto in esito a prescrizione, amnistia o morte del reo (cfr. artt. 150 ss. c.p.), l’accertamento del fatto sarebbe comunque potuto avvenire in sede di giudizio civile (per tutti, R. OMODEI SALÈ, *op. ult. cit.*, p. 686); *contra*, però, U. SALVESTRONI, *Il problema dell’indegnità a succedere*, *op. cit.*, p. 176 e ID., *Della capacità di succedere. Dell’indegnità. Artt. 462-466 c.c.*, *op. cit.*, p. 85, per il quale, invece, «[...] la mancanza di ogni limitazione nella generica formula dell’art. 463 n. 1 c.c., il quale appunto dispone che l’indegnità non sussiste quando ricorre alcuna delle cause che escludono la punibilità, potrebbe autorizzare a ritenere che, ove per qualunque ragione non sussista il reato, anche in seguito ad amnistia, prescrizione etc., e conseguentemente non possa farsi luogo all’accertamento del giudice penale, non possa nemmeno sussistere la causa di indegnità prevista dallo stesso n. 1 dell’art. 463 c.c., con preclusione perciò ad ogni autonomo accertamento in sede civile».



dell'imputato a succedere»⁹⁸; in ordine alla natura giuridica dell'indegnità – ove non si ritenga a priori, con animo rassegnato, ch'essa sia condannata a restare *insoluta quaestio*⁹⁹ – il congegno sospensivo codificato dall'art. 463-*bis* c.c. non parrebbe confortare la tesi dell'incapacità a succedere¹⁰⁰, ma, al più, quella dell'esclusione *ex post*¹⁰¹, arduamente spiegandosi, altrimenti, la *voluntas legis* di “neutralizzare” la delazione in favore dell'indagato¹⁰².

Ove, però, al congetturale pessimismo della ragione si sostituisca per un attimo l'ottimismo della volontà e, assecondandola, ci si proponga di ricostruire in chiave orga-

⁹⁸ Previsione estesa all'applicazione della pena su richiesta delle parti, giusta l'inciso «si applica l'art. 537 bis» aggiunto – dall'art. 5, comma 3°, della legge n. 4/2018 – a chiusura del secondo comma dell'art. 444 c.p.p.

⁹⁹ Per un siffatto atteggiamento agnostico v., ante legge n. 4/2018, E. MOSCATI, *op. ult. cit.*, p. 98: «[...] di fronte ad una normativa che si rifiuta di parlare con chiarezza, la propensione per l'una o per l'altra soluzione finisce inevitabilmente per diventare una scelta di campo del tutto irrazionale, essendo rimessa agli umori ed ai personali convincimenti dell'interprete».

¹⁰⁰ Per M. VASCELLARI, *cit.*, pp. 575-576 si tratterebbe, in realtà, di una nuova ipotesi di esclusione *ex lege*: «[...] la situazione di sospensione è destinata o a cessare per proscioglimento o archiviazione oppure ad evolvere in esclusione dalla successione ai sensi dell'art. 463 c.c. È dubbia la valenza di tale testuale richiamo all'art. 463: nell'opinione ormai prevalente in dottrina e giurisprudenza, infatti, l'indegno *ex art. 463 potest capere sed non potest retinere*. Quindi l'indegno è un soggetto che ha capacità di succedere, può accettare l'eredità, ma può essere escluso dalla successione. Nell'ipotesi prevista dall'art. 463 *bis*, viceversa, far seguire al “congelamento” dei diritti successori operante *ex lege* (a prescindere da una sentenza costitutiva) nella fase della vicenda penale non ancora definita, una situazione di “*escludibilità*” ai sensi del richiamato art. 463 c.c., ma non di esclusione *ex lege* dalla successione del soggetto condannato in via definitiva (cui è equiparata l'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.*) non appare rimedio adeguato e conforme alla *ratio legis*. Appare pertanto preferibile una interpretazione che legga il richiamo all'esclusione *ex art. 463 bis* quale *causa di esclusione ex lege* del condannato in via definitiva per i crimini ivi indicati (*non potest capere, alla stregua di una incapacità a succedere come già accade ai sensi dell'art. 609 novies c.p.*)». In verità al “congelamento” dei diritti successori, scaturente dalla sospensione, seguirebbe comunque – in caso di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti – non già una mera “*escludibilità*” ad opera del giudice civile, bensì la definitiva dichiarazione d'indegnità da parte del giudice penale, giusta l'art. 537-*bis* c.p.p.; in tale prospettiva, il richiamo all'esclusione *ex art. 463 c.c.*, contenuto nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 463-*bis* c.c., potrebbe essere letto quale mera applicazione della neointrodotta disposizione del Codice di procedura penale.

¹⁰¹ In questo senso la Relazione illustrativa alla proposta di legge Atti Camera n. 3772/2016, *cit.*, pp. 2-3, ove leggesi che «[...] l'indegnità a succedere di cui all'articolo 463 del codice civile, pur essendo operativa *ipso iure*, deve essere dichiarata con sentenza costitutiva su domanda del soggetto interessato, atteso che essa non costituisce un'ipotesi di incapacità all'acquisto dell'eredità, ma solo una causa di esclusione dalla successione [...] la presente proposta di legge mira, quindi, a sospendere dalla successione l'indagato per il delitto di omicidio ai danni del coniuge e ad escluderlo dalla successione in caso di condanna».

¹⁰² V. anche F. OLIVIERO, *cit.*, p. 343, il quale rileva che qualora «[...] alla commissione del fatto integrante la causa di indegnità conseguisse *ipso iure* il venir meno della vocazione nei confronti del successibile, nelle more fra iscrizione della *notitia criminis* e definizione del giudizio egli sarebbe già sprovvisto del potere di adire l'eredità, sicché non vi sarebbe spazio alcuno per una “sospensione dalla successione» [...].»

JUS CIVILE



nica (alla luce del combinato disposto degli artt. 463 e 463-*bis* c.c., nonché 537-*bis* e 444 c.p.p.) il microsistema dell'indegnità, ci si avvedrà che, in realtà, potrebbero profilarsi non più delle tre seguenti opzioni:

i) nei casi contemplati dall'art. 463-*bis* c.c. si avrà dapprima l'effetto sospensivo e, successivamente, nell'eventualità della condanna o dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, la dichiarazione d'indegnità pronunciata *ex officio* dal giudice penale, in applicazione delle nuove norme del codice di rito criminale;

ii) nelle altre ipotesi d'indegnità (*i.e.* non menzionate dalla disposizione di nuova introduzione) integranti reato non si concreterà la sospensione, ma l'*indignus* sarà comunque – come sub *i)* – dichiarato tale dal magistrato penale *ex artt.* 537-*bis* o 444 c.p.p.;

iii) nelle restanti fattispecie d'indegnità che non si prestano, indefettibilmente, ad una qualificazione criminosa (si pensi alla decadenza del genitore dalla responsabilità a mente dell'art. 463 n. 3-*bis* c.c.), ovvero in tutte le evenienze in cui, per qualsivoglia ragione, non possa addivenirsi alla condanna penale¹⁰³, permarrà la *cognitio* – originariamente pressoché esclusiva, oggi invece sostanzialmente residuale – del giudice civile.

Non può, tuttavia, e in ultimo, sottacersi come alla lodevolissima *intentio* sottesa al nuovo istituto d'impedire, sia pur interinalmente, che il reo di crimini di tal fatta conseguiva (peraltro a detrimento delle istanze dei chiamati ulteriori) indebite locupletazioni dalla sua vittima, abbia fatto da contraltare una «formulazione tecnica non impeccabile»¹⁰⁴ della normativa, i cui silenzi e le cui ambiguità troppo nuocciono alla fluidità degli ingranaggi del meccanismo sospensivo.

¹⁰³ Per un esempio v. nt. 97.

¹⁰⁴ Questa la litote, e probabilmente l'eufemismo, di G. BONILINI, *op. ult. cit.*, p. 67.



DANIELA MARIA FRENDÀ

Ricercatore di diritto privato – Università Cattolica di Milano

LA PROVA LIBERATORIA DEI GENITORI PER IL FATTO ILLECITO DEI FIGLI MINORI TRA COLPA E RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

SOMMARIO: 1. La prova liberatoria dei genitori in dottrina. – 2. ... e in giurisprudenza. – 3. L'imponderabilità delle decisioni giurisprudenziali: l'orientamento minoritario. – 4. L'assenza di colpa in educando al vaglio della prova liberatoria. – 5. Verso una lettura "oggettivistica" della responsabilità dei genitori.

1. – Centrale, nel dibattito sulla responsabilità dei genitori per il fatto illecito dei figli minori, è, ad oggi ancora, il tema del contenuto della prova liberatoria di cui al 3° comma dell'art. 2048 c.c., che consente ai primi di superare la presunzione di responsabilità stabilita a loro carico – e sottrarsi così all'obbligo risarcitorio nei confronti dei terzi – (soltanto) a fronte della dimostrazione di *“non avere potuto impedire il fatto”* dannoso posto in essere dal figlio.

Sulla portata applicativa di tale ultima espressione, e dunque sui limiti della responsabilità dei genitori a fronte degli illeciti commessi dai figli minori con essi conviventi, molto si è detto; e, nei termini in cui le diverse tesi sono state formulate, il divario tra esse può apparire incolmabile.

In particolare, un'idea piuttosto condivisa in dottrina è che la prova liberatoria del 3° comma dell'art. 2048, per essere costruita in termini negativi, consista nella dimostrazione, (nel nostro caso) da parte dei genitori¹, della «inevitabilità del fatto (per la sua stessa natura o per le circostanze in cui si è verificato)», ovvero dell'«esistenza di tutte le precauzioni volte ad impedire che il fatto potesse accadere»².

Tale tesi, che slega i presupposti per l'esclusione del criterio di responsabilità dalla

¹ Esula dall'oggetto della presente indagine, invece, la responsabilità dei “precettori e maestri d'arte”, di cui si occupa il 2° comma dell'art. 2048 c.c.

² S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 157.



condotta (per lo più omissiva, nei termini dell'omissione di vigilanza o di educazione) eventualmente tenuta dai genitori, ha come premessa che anche la condizione per l'estensione di tale responsabilità prescinda dal comportamento da essi tenuto, e che tragga, invece, partito soltanto dalla posizione ricoperta nei confronti del minore che ha commesso l'illecito; e, perciò, dalla relazione che intercorre tra genitori e figlio minore con questi convivente.

In tali termini, l'estensione ai genitori dell'obbligo risarcitorio per gli illeciti dannosi posti in essere dai figli minori assume i toni di un vero e proprio "obbligo di garanzia"³, che la legge pone in capo ai primi, in funzione della loro qualifica, a maggiore tutela dei danneggiati dai fatti illeciti dei secondi. In questo contesto, perciò, come la condotta tenuta dai genitori non è ragione per l'estensione ad essi della responsabilità per il fatto dei figli, allo stesso modo altrove, che non in loro presunte mancanze, vanno ricercate le condizioni per il loro esonero.

Anche in seno a questo stesso orientamento, l'espressione "non avere potuto impedire il fatto" si presta, comunque, a più sfumature interpretative. Pur assecondando l'idea di un obbligo legale di garanzia in capo ai genitori, invero, i limiti da apporre a tale garanzia possono essere stabiliti con diverso rigore.

L'"impossibilità" di impedire il fatto dannoso del figlio minore potrebbe essere in particolare ravvisata, secondo una prima interpretazione, nelle circostanze concrete che hanno impedito ai genitori, a dispetto del loro ruolo, di prevenire e impedire tale fatto⁴. In questo senso, la garanzia istituita per legge in funzione della qualifica di genitori conviventi con i figli minori troverebbe dei limiti, di volta in volta, nella valutazione del caso di specie, sicché i primi sarebbero liberati dall'obbligo risarcitorio quando (e solo se) siano stati in grado di dimostrare che il fatto del minore fuoriuscisse dal loro ambito di controllo (si pensi, ad esempio, a molti degli illeciti compiuti dai cd. "grandi minori"); e, ciò, a prescindere dalla condotta da essi tenuta, e finanche in presenza delle prove di una condotta non rispettosa dell'obbligo di vigilanza o di educazione⁵.

³ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, 1989, 20; e C. SALVI, *La responsabilità civile*, in Iudica e Zatti (a cura di), *Trattato di Diritto privato*, 3° ed., Milano, 2019, 194 s.

⁴ V. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. it.*, 1968, 693 s.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 158 s. In questo senso la dottrina si è espressa anche più di recente: tra gli altri, v. R. PARDOLESI, *Danni cagionati dai minori: pagano sempre i genitori?*, in *Fam. dir.*, 1997, 225.

⁵ V. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 158 s. In quest'ottica non si parlerebbe però, secondo l'Autore, di una responsabilità «in termini rigorosamente oggettivi»; invero, egli afferma che quello «dell'art. 2048 è proprio uno di quei casi in cui si fa palese l'inconsistenza della distinzione tra responsa-



Ovvero, con maggiore severità, l'impossibilità dei genitori di impedire il fatto del figlio potrebbe essere riscontrata, sulla scia della giurisprudenza francese attuale, soltanto in presenza di un caso fortuito che abbia interrotto il nesso causale tra la condotta del minore e il danno – senza alcuna differenza, perciò, in ragione dell'età e dell'autonomia del minore – secondo i canoni propri della responsabilità oggettiva⁶.

2. – Le interpretazioni della dottrina non trovano però grandi riscontri nelle pronunce giurisprudenziali, di merito come di legittimità.

La giurisprudenza dominante, rileggendo in positivo il disposto del 3° comma dell'art. 2048 c.c., imposta la prova liberatoria richiesta ai genitori non già sulla dimostrazione, da parte loro, di non avere potuto impedire il verificarsi del fatto dannoso per mano del minore (nelle varie accezioni in cui, abbiamo visto, tale espressione può essere intesa), bensì sulla dimostrazione di avere impartito al figlio un'educazione adeguata, e di averlo idoneamente sorvegliato⁷.

La prova di “avere bene educato e vigilato”, se sulle prime può apparire per i genitori più agevole rispetto a quella – letteralmente prevista dal 3° comma dell'art. 2048 – di “non avere potuto impedire il fatto”, dall'analisi di molte delle pronunce giurisprudenziali rese al riguardo disegna, invece, uno scenario di maggior severità.

È vero, infatti, che tale lettura è coerente con l'idea, privilegiata in giurisprudenza, del fondamento colposo della responsabilità dei genitori, che ha senz'altro il pregio di mette-

bilità oggettiva e soggettiva, e che permettono il dispiegarsi del più discutibile eclettismo». V. anche *infra*, par. 5.

⁶La giurisprudenza francese ravvisa in capo ai genitori una responsabilità “*de plein droit*” per i fatti dannosi dei figli minori: così *Cour de Cassation*, 19 febbraio 1997, n. 94-21, in *Danno e resp.*, 1997, 692 ss., nt. A. PALMIERI, *Responsabilità dei genitori: adieu (senza rimpianti) alle presunzioni di colpa*; *Cour de Cassation*, 2 dicembre 1998, n. 96-22; *Cour de Cassation, Ass. Pl.* 13 dicembre 2002, che non limita la garanzia legale ad essi imposta per legge neppure quando i figli siano *grand adolescent presque majeur*; *Cour de Cassation*, 18 maggio 2000, in *Code civil annoté*, Dalloz, 119° ed., 2020, sub. art. 1242, 1648 s. Un'analisi sull'evoluzione della giurisprudenza francese si rinviene in A. VENCHIARUTTI, *Il minore e il danno. Riflessioni sulla responsabilità dei genitori in Francia e in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 219 ss. Favorevole ad una interpretazione dell'art. 2048 in termini di una responsabilità oggettiva sembrano G.M.D. ARNONE, *Responsabilità civile dei genitori per fatto illecito del figlio quasi maggiorenne*, in *Danno e resp.*, 2010, 367 s. e VENCHIARUTTI, *Il minore e il danno*, cit., 239 s.

⁷Anche se, in questi termini, anziché porre le condizioni per l'esclusione del debito risarcitorio in capo ai genitori, nel 3° comma dell'art. 2048 c.c. vengono riversati gli stessi presupposti del giudizio di responsabilità: v. Cass., 20 ottobre 2005, n. 20322, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 991 ss., nt. P. QUARTICELLI, *La prova liberatoria dei genitori responsabili per colpa in educando ed in vigilando del fatto illecito compiuto dal figlio minore imputabile, ex art. 2048 cod. civ.*

JUS CIVILE



re in luce i compiti educativi e di guida ad essi propri, i quali, insieme alle ragioni di garanzia, il legislatore ha di certo considerato nello scrivere la norma di cui all'art. 2048 c.c.⁸; tuttavia, nel dare (forse eccessivo) peso agli obblighi di diligenza nell'educazione e nella vigilanza, la giurisprudenza ha così finito per aggiungere contenuti alla prova liberatoria, riscrivendo la norma che la contiene sulla scorta di una sua interpretazione "creativa"⁹, che ruota intorno al modello astratto del *bonus paterfamilias*, mentre non considera le effettive possibilità dei genitori di impedire che il fatto illecito del minore venga in concreto posto in essere¹⁰.

Il combinarsi di *culpa in educando* e *in vigilando*, invero, viene spesso utilizzato dai giudici per rendere la presunzione di responsabilità gravante sui genitori (pressoché) incontestabile, poiché, anche laddove questi possano dimostrare di essere stati legittimamente assenti al momento dell'illecito del figlio – ad esempio perché questi era sotto la sorveglianza di altri, o per via dell'autonomia e libertà normalmente concesse gli in virtù della sua età – e di essere completamente estranei al fatto da questi commesso, l'illecito del minore viene ai primi ugualmente ricondotto come conseguenza di un'educazione non idonea, quantomeno, a mettere un freno alle sue esuberanze ed ai suoi impulsi giovanili.

Su questa scia breve è il passo, che la giurisprudenza infatti compie, a trarre elementi, a riprova della cattiva educazione del minore, finanche dalle stesse modalità in cui l'illecito si è verificato: diviene persino inutile, così, il tentativo del genitore di scagionarsi, poiché il fatto illecito stesso, per le sue caratteristiche, è in sé la dimostrazione della scarsa interiorizzazione, da parte del figlio, dei valori del rispetto altrui e dell'ossequio alle regole del convivere civile, e basta perciò a fare emergere le mancanze del genitore, che tali valori non gli ha trasmesso; o di cui, comunque, ha trascurato di verificare l'assimilazione da parte del figlio¹¹.

⁸ Detta posizione è infatti condivisa, anche in dottrina, da quanti sostengono la responsabilità per fatto proprio colposo di genitori e insegnanti: M. COMPORTI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte. Artt. 2044-2048*, 2° ed., Milano, 2012, 243 ss.

⁹ V. U. MAJELLO, *Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e valutazione del comportamento del danneggiato ai fini della determinazione del contenuto della prova liberatoria*, in *Dir. giust.*, 1960, 44 ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 153 ss.; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 270 ss.

¹⁰ Cfr. E. CARBONE, *La responsabilità aquiliana del genitore tra rischio tipico e colpa fittizia*, *Riv. dir. civ.*, 2008, 4.

¹¹ Così in particolare Cass., 21 settembre 2000, n. 12501, in *Danno e resp.*, 2001, 257 ss. Riportano, in modo critico, l'orientamento della giurisprudenza dominante: M. FRANZONI, *L'illecito*, vol. I, in Franzoni (diretto da), *Trattato della Responsabilità civile*, 2° ed., Milano, 2010, 727; e S. PATTI, *L'illecito del «quasi*



A questa stregua, la responsabilità dei genitori assume però più i toni di una responsabilità oggettiva, che di una responsabilità per colpa presunta¹²; e, per di più, di una «responsabilità praticamente senza limiti»¹³.

Le pronunce in linea con tale severo indirizzo della giurisprudenza sono molte. Ad esempio, i giudici hanno desunto la scarsa educazione del minore da una sua superficialità nel considerare il pericolo per l'incolumità altrui, in casi di danni procurati dal lancio di oggetti in direzione di terzi¹⁴; o hanno ritenuto segni di scarsa educazione relazionale le reazioni aggressive del minore in ambito sportivo¹⁵; o ancora segni di scarsa attenzione per la sicurezza altrui, le leggerezze commesse alla guida di ciclomotori¹⁶.

maggiorenne» e la responsabilità dei genitori: il recente indirizzo del Bundesgerichtshof, in *Riv. dir. comm.*, 1984, 31.

¹² Lo rilevano in molti: cfr. A. SOLINAS, *Responsabilità dei genitori per culpa in educando ed in vigilando. Criteri di determinazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 330; M. COCUCCHIO, *Sulla responsabilità civile dei genitori per il fatto illecito commesso dal figlio minore*, in *Giust. civ.*, 2010, 970; G. MASTRANGELLO, *Violenza sessuale di gruppo e responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.: il risarcimento del danno non patrimoniale come «internalizzazione del rischio educativo»?*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1620; R. BARBANERA, *L'allontanamento del minore dalla casa familiare: sono ancora responsabili i genitori per il fatto illecito del figlio?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1218; R. PARDOLESI, *Danni cagionati dai minori*, cit., 224.

¹³ BUSNELLI, *Illecito civile*, cit., 20; v. anche FRANZONI, *L'illecito*, cit., 729 e 735, che osserva che, in tal modo, i genitori diventano una sorta di "compagnia assicurativa" verso i terzi. In questo senso altresì VENCHIARUTTI, *Il minore e il danno*, cit., 235.

¹⁴ Cfr. Cass., 29 ottobre 1965, n. 2302, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1281 ss.; Cass., 16 maggio 1984, n. 2995; Cass., 18 giugno 1985, n. 3664, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1525 ss., nt. A. CHIANALE, *In tema di responsabilità dei genitori per i danni causati dai figli minori*; App. Potenza 21 settembre 1993; Trib. Genova 13 gennaio 1995, n. 199 e Trib. Genova 29 aprile 1994, n. 1445, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 554 ss., nt. A. PINORI, *Sulla responsabilità dei genitori per culpa educando ed in vigilando*; Cass., 7 agosto 2000, n. 10357 e Cass., 21 settembre 2000, n. 12501, in *Danno e resp.*, 2001, 257 ss., nt. F. DI CIOMMO, *Figli, discepoli e discoli in una giurisprudenza «bacchettona»?*; Trib. Arezzo 23 gennaio 2017, n. 77, in *De Jure on line*.

¹⁵ Cfr. Cass., 6 dicembre 2011, n. 26200, in *Giur. it.*, 2012, 1529 ss., nt. A. TAVAN, *La responsabilità dei genitori di cui all'art. 2048 c.c. e il dovere di educazione dei figli*; e in *Danno e resp.*, 2012, 257 ss., nt. V. CARBONE, *Responsabilità dei genitori per carenze educative: danni provocati dal figlio minore in una sosta dalla partita di calcio*; e in *Fam. e dir.*, 2012, 722 ss., nt. G. TOSCANO, *Culpa in educando e responsabilità genitoriale*, in una vicenda di violenza – una testata ad un giocatore della squadra avversaria – in occasione di una partita di calcio, ma in modo deliberato, in assenza di provocazione, e a gioco fermo.

¹⁶ Per di più se il minore guidava sprovvisto di adeguato patentino abilitante, o di casco, o se teneva una guida spericolata ai fini di esibizione, o se aveva modificato la potenza del motore del suo veicolo per aumentarne la velocità: Cass., 21 ottobre 1976, n. 3725; Cass., 18 dicembre 1992, n. 13424; Cass., 26 novembre 1998, n. 11984; Cass., 10 agosto 2004, n. 15419; Cass., 8 febbraio 2005, n. 2518; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20322, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 991 ss., nt. QUARTICELLI, *La prova liberatoria dei genitori*, cit.; Cass., 22 aprile 2009, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2010, 965 ss., nt. COCUCCHIO, *Sulla responsabilità civile dei genitori*, cit.; Cass., 21 marzo 2007, n. 6685, in *Foro it.*, 2008, I, 235 s. Similmente, se la violazione del codice della strada è avvenuta alla guida di biciclette: Cass., 18 settembre 2015, n. 18327, in *Resp. civ.*



A maggior ragione, in quest’ottica, sono “senza scampo” i genitori nei casi in cui, soprattutto a fronte di un danno grave per la vittima, l’illecito del figlio sia l’esito di contegni non soltanto impulsivi o leggeri, ma proprio riprovevoli, in quanto ad esempio spia di un’indole violenta o di uno scarso autocontrollo, e, perciò, prova della disattenzione dei genitori per la sua sfera emotiva. In questa classe di eventi rientrano senz’altro le reazioni violente e inconsulte del minore alle provocazioni ricevute¹⁷, i giochi pericolosi¹⁸, le liti cruenti¹⁹, la violenza sessuale²⁰, la condivisione *on line* di foto oscene ritraenti altri minori²¹, e infine l’omicidio, in particolare se commesso per futili motivi²² o per gioco²³.

In tale quadro, e tanto più al crescere della gravità e riprovevolezza del fatto del minore, la *culpa in educando* dei genitori è considerata “*in re ipsa*”²⁴, e finisce per fungere da “variabile indipendente” del giudizio di responsabilità, poiché è usata dai giudici a

prev., 2016, 540 ss., nt. C. MURGO, *La responsabilità dei genitori per fatto illecito dei figli minori: una conferma che invita alla riflessione*; o finanche nell’attraversamento pedonale: Cass., 19 febbraio 2014, n. 3964, in *Danno e resp.*, 2014, 1052 ss., nt. S. MONTI, *Responsabilità dei genitori: alcune riflessioni*.

¹⁷ Cfr. Cass., 4 giugno 1997, n. 4971 e Cass., 3 giugno 1997, n. 4945, in *Danno e resp.*, 1998, 252 ss., nt. F. MONTAGUTI, *Genitori sempre responsabili per le condotte illecite dei figli minori*; Trib. Trani, 28 maggio 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 379 ss., nt. COCUCCHIO, *Responsabilità genitoriale e prova liberatoria*; Cass., 28 agosto 2009, n. 18804, in *Danno e resp.*, 2010, 358 ss., nt. ARNONE, *Responsabilità civile dei genitori*, cit., e P. PARDOLESI, *Genitori e illecito dei minori: una responsabilità da risultato?*

¹⁸ Come l’incendio appiccato per gioco: Cass., 10 luglio 1998, n. 6741, in *Danno e resp.*, 1998, 1087 ss., nt. DI CIOMMO, *Minore “maleducato” e responsabilità dei genitori*, e *Resp. civ. prev.*, 1999, 111 ss.; nt. A. SBRIGHI SCOTTO, *Ancora sulla vexata quaestio della responsabilità dei genitori per fatto illecito del minore*.

¹⁹ Trib. Benevento, 5 gennaio 2009 e Trib. Benevento, 20 maggio 2019.

²⁰ Anche di gruppo, e aggravata da riprese video e dall’invio dei filmati a gruppi di amici: Trib. Milano, 16 dicembre 2009, in *Danno e resp.*, 2010, 360 ss.; Cass., 11 agosto 1997, n. 7459, in *Danno e resp.*, 1998, 251 ss., nt. MONTAGUTI, *Genitori sempre responsabili per le condotte illecite dei figli minori*, cit.; Trib. Como, 7 dicembre 2012, in *Danno e resp.*, 2014, 65 ss., nt. M. DIMATTIA, *La responsabilità dei genitori passa attraverso il racconto asettico dei figli minori*.

²¹ Trib. Sulmona, 9 aprile 2018, n. 103, in *Danno e resp.*, 2018, 793 ss., nt. G. CASSANO e C. MARVASI, *La responsabilità educativa dei genitori per minori cyberbulli*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1625 ss.; A. THIENE, *Ragazzi perduti online: illeciti dei minori e responsabilità dei genitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1618 ss.

²² Cass., 4 giugno 2018, n. 14216 e Cass., 29 maggio 2001, n. 7270, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 326 ss., nt. SOLINAS, *Responsabilità dei genitori per culpa in educando ed in vigilando*, cit.

²³ Cass., 20 marzo 2012, n. 4395, in *Danno e resp.*, 2012, 1218 ss., nt. DIMATTIA, “*Cocco di mamma*” anche se ammazza. *Figli minori e responsabilità dei genitori*, come nel caso dell’uccisione di un giovane carabiniere per un colpo accidentalmente esplosivo dalla sua pistola d’ordinanza, manovrata dalla fidanzata minorenni.

²⁴ Cfr. FRANZONI, *L’illecito*, cit., 727 s.; E. CARBONE, *La responsabilità aquiliana del genitore*, cit., 4 s.; MASTRANGELO, *Violenza sessuale di gruppo e responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, cit., 1623.



copertura di considerazioni anche di carattere equitativo: ad esempio la gravità del fatto, le condizioni economiche della vittima, l'esistenza di una assicurazione per gli illeciti del minore, e via dicendo²⁵.

3. – Oltre ad essere severo, però, tale indirizzo appare a tratti anche arbitrario: in tali modalità, esso si presta a sottrarre al controllo delle parti le motivazioni che hanno guidato la decisione del giudice; infatti, attesa l'estrema impalpabilità del concetto di “adeguata educazione”, specie se riferito all'intera vita e personalità del minore, estremamente soggettivo diviene anche il giudizio, speculare, sull'esistenza di una *culpa in educando* in capo ai genitori²⁶.

L'imprevedibilità di tali giudizi si misura, inoltre, sull'esistenza di un certo numero di decisioni che, in contro corrente con quelle già evocate, ma in casi analoghi e sempre facendo perno sul criterio dell'educazione del minore autore dell'illecito, si trovano a sorpresa a scagionare i genitori, non ritenendo il fatto compiuto dal minore come indicativo delle mancanze di questi ultimi nel ruolo di educatori.

Così è stato, ad esempio, in un caso in cui un bambino spingeva involontariamente, correndo durante la ricreazione, un compagno, che rovinava a terra sbattendo il fianco contro una barra di ferro²⁷; o, ancora, in un caso in cui un ragazzo urtava inavvertitamente, ma violentemente, una donna in spiaggia, lussandole una spalla²⁸; o, ancora, in cui un giovane, alla guida di un motociclo, investiva un passante²⁹. Ma così è stato, anche, in vicende più dubbie sotto il profilo dell'educazione ricevuta, come ad esempio in quella in cui, durante una festa di carnevale organizzata dall'oratorio parrocchiale, un ragazzo aveva percosso un altro, per scherzo, con un manganello di plastica cementato al suo interno, cagionandogli delle lesioni³⁰; o in un'altra, in cui, a seguito di un bisticcio, un bambino aveva lanciato un sasso ad un compagno, provocandogli una frattura denta-

²⁵ Così SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 186; v. anche V. CARBONE, *Non rispondono i genitori per gli incidenti causati dal minore in motorino*, cit., 503.

²⁶ Cfr. anche VENCHIARUTTI, *Il minore e il danno*, cit., 226.

²⁷ Trib. Bologna 24 aprile 2001, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 996 ss., nt. G. FACCI, *La prova liberatoria dei genitori per l'illecito del figlio minore dipende dalle modalità con cui è avvenuto il fatto*.

²⁸ Cass., 24 ottobre 1988, n. 5751.

²⁹ Cass., 28 marzo 2001, n. 4481, in *Danno e resp.*, 2001, 498 ss., nt. V. CARBONE, *Non rispondono i genitori*, cit.

³⁰ Cass., 18 gennaio 2006, n. 831, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1071 ss., nt. L. GAVAZZI, *Più leggero l'onere della prova per i genitori, nell'ipotesi di danni cagionati dai figli minori*.



ria³¹: in queste due ultime situazioni, in particolare, è difficile non vedere quella stessa imprudenza, superficialità nel considerare il pericolo e mancanza di autocontrollo, che ha spinto altri giudici a pronunciarsi per la cattiva educazione del minore autore dell'illecito³².

Similmente, a perplessità inducono altresì quei casi, pur anch'essi decisi nel senso dell'esonero della responsabilità dei genitori, in cui il minore, fallendo nel controllo dei propri impulsi, abbia reagito con violenza a torti subiti³³ o sferrato pugni ad altri senza apparente ragione³⁴.

Se, invero, mentre nelle vicende di danni causati in modo accidentale si può convenire circa la non influenza, sull'autore, dell'educazione ricevuta dai genitori, vuoi perché tali episodi sono in realtà espressione di vivacità e leggerezza normali per un ragazzo giovane (pensiamo alle spinte durante la ricreazione scolastica o in spiaggia), vuoi perché potevano accadere a chiunque, anche se maggiore di età (pensiamo al caso dell'investimento del passante), in altre vicende è invece obiettivamente più difficile trovare una ragione per discriminare rispetto ai casi che la giurisprudenza maggioritaria riconduce alla cattiva educazione impartita, e giungere alla conclusione, opposta, che l'esempio dei genitori non abbia influito sul comportamento del minore.

Non è immediatamente comprensibile, ad esempio, la ragione per cui un genitore debba essere accusato di non avere impartito un'educazione adeguata al figlio che abbia colpito in un occhio un compagno di scuola con una gomma, ed essere scagionato invece – per non avere influito sulla sua formazione – quando questi abbia percosso un terzo per gioco con un manganello cementato³⁵; per non parlare, poi, di quelle pronunce che decidono in modo simmetricamente opposto casi del tutto analoghi: il lancio di un oggetto a terzi³⁶, l'incidente stradale³⁷.

³¹ Cass., 28 luglio 2015 n. 15862.

³² V. *supra*, nt. 14.

³³ Cass., 9 aprile 1997, n. 3088, in *Fam. dir.*, 1997, 223 ss., nt. R. PARDOLESI, *Danni cagionati dai minori*, cit.

³⁴ Trib. Verona, 18 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1409, nt. F. FERRI, *La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*

³⁵ V. *supra*, rispettivamente, note 14 e 30.

³⁶ Mentre, infatti, Cass., 7 agosto 2000, n. 10357 ritiene che il lancio di una tegola riveli «l'inadeguatezza dell'educazione impartita e della vigilanza esercitata su un minore», Cass., 28 luglio 2015 n. 15862 scagiona i genitori affermando che «anche un fanciullo ben educato, se provocato, può reagire in modo istintivo».

³⁷ Mentre Cass., 20 ottobre 2005, n. 20322 desume l'inadeguatezza della educazione impartita dai genitori al minore dall'aver questi provocato un incidente stradale alla guida di un motociclo, Cass., 28 marzo



Il contrasto che si nasconde sotto l'apparente consonanza di motivazioni – tutte richiamanti la *culpa in educando* dei genitori – è il risvolto dell'intrecciarsi di preoccupazioni di segno opposto.

Invero, anche in seno alla tesi della natura colposa della responsabilità dei genitori, che potrebbe consentire loro un maggior margine nell'apprezzamento del contenuto della prova liberatoria (rispetto alla tesi che predica l'assunzione di un vero e proprio obbligo di garanzia), è piuttosto viva, si è visto, anche l'attenzione verso le vittime degli illeciti dei minori; talché non è affatto peregrina, neppure in questo contesto, l'idea che a sostenere i costi dei danni provocati dai minori siano *normalmente* coloro che, per la relazione con essi, si presentino come i meglio indicati per “internalizzare”, se non già per prevenire, i rischi da cui tali costi scaturiscono³⁸.

La tensione tra spinte contrapposte – quelle solidaristiche verso la vittima, e quelle più attente a non creare un sistema “senza via d'uscita” per i destinatari dell'obbligo risarcitorio – riaffiora così, nelle pronunce giurisprudenziali, sotto le mentite spoglie della adeguatezza, o meno, dell'educazione che i genitori avrebbero impartito ai figli (e, in essa inclusa, della vigilanza ritenuta opportuna), cavalcando l'ambiguità che il concetto di educazione evoca, anche in virtù delle profonde modificazioni sociali che hanno investito il campo dei rapporti endo-familiari.

4. – Da diverso tempo, ormai, il rapporto tra genitori e figli ha abbandonato lo schema “autorità-soggezione”, che lo caratterizzava nel passato, per arricchirsi di tutti quegli aspetti che, avendo come cardini l'educazione, l'istruzione, il mantenimento e l'assistenza morale del figlio, ruotano intorno ai concetti di affetto e solidarietà familiare³⁹.

È perciò coerente che, insieme al mutamento di percezione del rapporto tra genitori e figli, si sia modificato, negli anni, anche il modo di leggere la disposizione del 1° comma

2001, n. 4481, a fronte di un fatto del tutto analogo (l'investimento di un passante con un motociclo), esonera invece i genitori «quando per l'educazione impartita, per l'età del figlio e per l'ambiente in cui egli viene lasciato libero di muoversi, risultino correttamente impostati i rapporti del minore con l'ambiente extrafamiliare».

³⁸ Trib. Milano, 16 dicembre 2009, in *Danno e resp.*, 2010, 361, nt. ARNONE, *Responsabilità civile dei genitori*, cit. V. anche *infra*, par. 5.

³⁹ Di educazione, istruzione, mantenimento e assistenza morale, in relazione alle capacità ed alle inclinazioni dei figli, parlano – rispettivamente dal lato dei doveri genitoriali e da quello dei diritti dei figli – gli artt. 147 e 315-bis c.c., sotto l'egida dell'art. 30 Cost. Al riguardo, v. A. BELLELLI, *I doveri dei genitori e i doveri dei figli alla luce della riforma della filiazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 151 ss.



dell'art. 2048 c.c. circa l'attribuzione, ai primi, della responsabilità per gli illeciti posti in essere, nei confronti di terzi, dai secondi: l'assunzione, da parte dei genitori, del debito risarcitorio per i danni provocati a terzi dai figli minori non è più, così, il portato della visione autoritaria della potestà genitoriale, ché, all'esito delle varie riforme che nel tempo hanno interessato il diritto di famiglia, il "potere" dei genitori sui figli minori si è molto ridotto, oltre ad avere mutato profondamente le sue sembianze.

Invero, una volta allentato il binomio "autorità-soggezione", anche il tema del "potere-dovere di correzione" dei genitori verso i figli è uscito completamente rinnovato: benché la correzione rientri nei compiti educativi, e dunque ne permanga il dovere, insieme a quello di sorveglianza, in capo ai genitori, il superamento della concezione autoritaria del rapporto con i figli porta con sé, inevitabilmente, un radicale cambiamento dei metodi educativi, che si concentrano oggi per lo più sul dialogo, sulla reciproca comprensione e sull'esempio offerto, anziché svolgersi sul terreno del comando e della pretesa di un'obbedienza incondizionata. In questo nuovo scenario, un esercizio affievolito dei poteri di controllo dei genitori comporta, così, anche la diminuzione, per i primi, delle possibilità concrete di prevenzione degli illeciti dei figli, e soprattutto di quelli di coloro, tra questi, che, per l'età raggiunta, hanno una certa autonomia di movimento e svariate interazioni con il mondo esterno.

Diviene perciò sempre meno sostenibile, in questo contesto (e con queste motivazioni), l'atteggiamento di grande severità assunto dalla giurisprudenza dominante; e ciò tanto più in considerazione del fatto che, secondo la tesi della natura colposa della responsabilità dei genitori, essi – a fronte dell'illecito del figlio – rispondono per *fatto proprio*: per non avere tenuto, cioè, un comportamento idoneo (sul fronte dell'educazione impartita e del controllo esercitato) a impedire il fatto dannoso del figlio minore⁴⁰.

Non che la spinta contraria, cui danno voce le pronunce che ridimensionano il ruolo dei genitori, si fondi sempre su motivazioni solide. Se è vero, infatti, che la maggiore indulgenza adoperata nei confronti dei genitori rivela una maggiore aderenza alla realtà dei rapporti familiari rispetto all'orientamento più severo, è anche vero però che, alla stessa stregua di quello, anche l'orientamento più mite sembra talvolta ricorrere ad una *petitio principii*.

Come già si è avuto modo di osservare, infatti, sostenere l'estraneità dell'influenza

⁴⁰ In questo senso era anche la dottrina tradizionale: v. G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, vol. II, 2° ed., Milano-Torino-Roma, 1906, 131 ss.; A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, Com. S.B., 1971, 58; L. CORSARO, *Funzione e ragioni della responsabilità del genitore per il fatto illecito del figlio minore*, in *Giur. it.*, 1988, IV, 229.



dei genitori in alcune vicende (ad esempio in cui il minore sia autore di atti di immotivata violenza⁴¹), è discutibile almeno quanto affermarne il peso in altre (come in alcuni casi di violazione del codice della strada da parte del minore, o di danni da questi cagionati in occasione di giochi all'apparenza innocui, come il lancio di palline di carta o di gomme in classe⁴²).

Non poche sono, infatti, le situazioni in cui, stabilire se il fatto dannoso del minore sia la manifestazione di una sua scarsa capacità di autocontrollo o di una sua noncuranza verso il prossimo, oppure se sia – in modo più tollerabile – un gesto di normale esuberanza giovanile finito male, si risolve in un giudizio puramente soggettivo; e, dunque, in cui del tutto soggettiva risulti anche la conclusione che i genitori siano stati, o meno, dei buoni educatori.

In tale quadro, e al di là dell'esito delle pronunce aventi ad oggetto l'attribuzione di responsabilità ai genitori per l'illecito dei figli minori con essi conviventi, il quesito del giudice appare decisamente trasformato – e, soprattutto, esorbitante – rispetto a quello necessario a stabilire se, in relazione ad un determinato fatto dannoso posto in essere dal minore, il genitore debba, o meno, rispondere (e, cioè, rispetto al quesito se il genitore avrebbe potuto impedire il fatto dannoso, o meno)⁴³. Anziché porre al centro della sua indagine il nesso tra l'attività (nel senso prevalente dell'omissione) dei genitori e il fatto illecito del figlio, infatti, il giudice concentra in tal modo il giudizio di responsabilità dei genitori direttamente (e solamente) su una verifica circa l'adeguatezza, *in generale*, della loro opera educativa verso il minore.

Una tale lettura del contenuto della prova liberatoria – di cui già si è osservata la “creatività” – porta con sé non soltanto conseguenze sul piano giuridico⁴⁴, bensì anche ripercussioni non indifferenti sul piano sociale perché, se tecnicamente il giudizio sull'esistenza di una *culpa in educando* in capo ai genitori ha la limitata funzione di parametro di attribuzione (*rectius*, di non esclusione) della responsabilità ad essi per

⁴¹ V. *supra*, note 31 e 34.

⁴² Cfr. Cass., 18 dicembre 1992, n. 13424; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20322, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 991 ss., nt. QUARTICELLI, *La prova liberatoria dei genitori responsabili*, cit.; Cass., 21 settembre 2000, n. 12501, in *Danno e resp.*, 2001, 257 ss., nt. DI CIOMMO, *Figli, discepoli e discoli in una giurisprudenza «bacchettona»?*, cit.

⁴³ Come osserva MAJELLO, *Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore*, cit., 46 s., mentre la prova negativa – non avere potuto impedire il fatto – può essere ottenuta, indirettamente, tramite la prova positiva di avere controllato ed educato il minore in maniera adeguata, viceversa la prova di avere educato e vigilato in maniera adeguata non può essere ottenuta con la sola dimostrazione di non avere potuto impedire quel fatto produttivo di danno per il terzo.

⁴⁴ E, in particolare, sull'estensione e la natura della responsabilità in concreto attribuita ai genitori.

JUS CIVILE



l'illecito dei figli, tale giudizio assume però, agli occhi dei primi, i contorni di un vero e proprio “marchio” sulla loro inadeguatezza a ricoprire il ruolo formativo.

Nei termini in cui le corti affrontano il tema della responsabilità dei genitori verso i terzi, pertanto, il giudizio di condanna – o, all'opposto, quello di assoluzione – fuoriesce dai canali dell'obbligazione risarcitoria per invadere (anche) un terreno più delicato, che è quello di una valutazione sulla persona del genitore stesso: sicché a pagare sarebbero soltanto coloro su cui viene espresso il giudizio di “cattivo genitore” (nelle sue varie sfumature: non attento, non presente, non adeguato, ecc.), non invece quelli sui quali tale marchio non cade.

In questo scenario, il tentativo dei genitori di liberarsi dall'obbligo risarcitorio su di essi incombente raccoglie e mescola, comprensibilmente, una serie di motivazioni che trascendono considerazioni di ordine patrimoniale, e investono equilibri personali; talché, se le difese svolte tendono *in primis* ad evitare una condanna al risarcimento, esse non trascurano, però, neppure l'intento di liberarsi del “peso” dato da un cattivo giudizio sul piano personale, incidente sull'opera formativa svolta, sull'influenza esercitata sul minore e, di riflesso, sui valori e la moralità dello stesso genitore.

Tale proposito “liberatorio” del genitore può assumere particolare importanza in quelle vicende in cui il danno provocato a terzi dal minore sia l'effetto della commissione di un illecito grave, o finanche di un reato: si pensi a fatti cronaca come gli atti di bullismo o le violenze aggravate dalla motivazione razziale.

Ora, se è vero che illeciti di questo tipo da parte dei minori potrebbero, secondo quello che si è detto, gettare davvero un'ombra sull'attività educativa dei relativi genitori – e dunque, a buon diritto, dare voce alla presunzione di una responsabilità di questi ultimi per il danno dei figli – bisogna tuttavia ammettere che, a prescindere dal ruolo dei genitori nel fallimento educativo del figlio, impostare l'istruttoria sull'assolvimento di un *generico dovere di bene educare* snatura e deforma, in ogni caso, il giudizio di responsabilità civile a loro carico.

Invero, concentrare il giudizio risarcitorio sull'esistenza di una *culpa in educando* – specialmente nel modo sommario in cui essa è intesa dalla giurisprudenza – e farvi dipendere la responsabilità dei genitori per il fatto dannoso commesso dal minore, non pare accettabile neppure in seno alla tesi del fondamento colposo della responsabilità *ex art. 2048*: una siffatta accezione della *culpa in educando* devia infatti l'attenzione dell'interprete dal rapporto tra il fatto commesso dal minore e una correlata condotta dei genitori, per diventare un discorso che verte su di una colpa dei genitori *tout court*, poiché costruita sulla complessiva (cattiva) educazione impartita al (e recepita dal) figlio minore.



Su questi binari, perciò, la decisione del giudice si affida a ragioni estremamente soggettive ed impalpabili, che introducono questioni estranee al giudizio risarcitorio, quantomeno su due fronti: da un lato, poiché, facendo mostra di incardinare tutta la motivazione sull'esistenza di una colpa congegnata quasi alla stregua di un "peccato originale" in capo ai genitori, tali ragioni finiscono – e ciò tanto più in corrispondenza di illeciti gravi del minore, o con conseguenze serie per la vittima – per esasperare quei profili sanzionatori che, se in misura contenuta possono anche considerarsi contaminazioni ineliminabili del giudizio di responsabilità, intesi in maniera così estesa minacciano di distorcere il processo risarcitorio dalla funzione satisfattivo-compensativa che gli è propria⁴⁵; dall'altro, poiché, dietro l'invocazione – o, più raramente, l'esclusione – della colpa dei genitori, si celano sovente riflessioni che, avendo poco o niente a che fare con la colpa e la punizione, travalicano i problemi del nesso causale tra la condotta dei genitori e l'illecito del figlio minore, saltando direttamente alle conclusioni – riconoscimento, o meno, del diritto al risarcimento del danno – sulla scorta di considerazioni contingenti aventi ad oggetto la situazione economica della vittima, la gravità o levità della lesione cagionata, la presenza o meno di un patrimonio separato in capo al minore, l'utilità o arricchimento che questi ne possa avere tratto, ecc.⁴⁶.

In particolare, il criterio della *culpa in educando*, se ha il pregio di consentire al giudice di mantenere le "mani libere" nel processo decisionale che lo investe, lasciandogli aperta la possibilità di valutare con la dovuta cautela gli aspetti peculiari di ciascuna situazione, si presta però agevolmente ad essere usato come espediente per giungere alla soluzione ritenuta di volta in volta (più) equa, senza necessità di rendere troppe (dettagliate) spiegazioni⁴⁷: sotto il velo della "cattiva educazione", invero, si nascondono le più varie – anche pratiche – ragioni, che in questo modo il giudice non si vede costretto a rendere esplicite, potendole ammantare tutte dall'espressione riassuntiva, per l'appunto, della *culpa in educando* (che, nella sua accezione più ampia, comprende in sé anche l'aspetto del dovere di vigilanza)⁴⁸.

⁴⁵ V. le considerazioni sulle funzioni della responsabilità civile svolte da C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Padova, 2019, 99 ss. Considerazioni di diverso segno, e in particolare aperte alla "polifunzionalità della responsabilità civile", si rinvengono invece in M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»*, Napoli, 2017, 105 ss.

⁴⁶ V. C. GRANELLI, *In tema di «danni punitivi»*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 698 s., 700.

⁴⁷ V. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 195; v. anche V. CARBONE, *Non rispondono i genitori per gli incidenti causati dal minore in motorino*, in *Danno e resp.*, 2001, 503.

⁴⁸ In questo senso, ad esempio, Cass., 29 novembre 2011, n. 25218, in *Danno e resp.*, 2012, 267 ss., nt.



La individualizzazione del giudizio che tale criterio avalla, per gli esiti differenziati cui – abbiamo visto – approda, rappresenta piuttosto un ostacolo all’esigenza di certezza del diritto, anziché un soccorso alla ragionevolezza delle decisioni. Basti citare, nel contesto che già si è disegnato, due pronunce che, entrambe vertenti sulla medesima vicenda (un caso di ferimento, ad opera di minori, di altri minori per il tramite dell’uso di una fionda), giungono, a distanza di un anno soltanto, ad esiti opposti, ossia di assoluzione dei genitori del minore in un caso, di loro condanna per *culpa in educando* nell’altro⁴⁹.

In questi termini, la prova liberatoria appare però anche svuotata di contenuto. E ciò, sia quando – come nella maggior parte delle pronunce – la colpa dei genitori nell’educazione del figlio minore venga desunta proprio dalla commissione dell’illecito ad opera di quest’ultimo⁵⁰, sia quando i genitori vengono inaspettatamente esonerati dalla responsabilità per i fatti dannosi dei figli.

Nel primo caso, il compito di educare in modo adeguato i minori finisce per trasformarsi in una sorta di “obbligo di risultato”, poiché è proprio il compimento dell’atto illecito da parte del figlio a rivelare i difetti nella vigilanza e nell’educazione⁵¹.

Nel secondo, l’esonero dei genitori da responsabilità non appare comunque come l’esito del raggiungimento della prova liberatoria imposta ai genitori dal 3° comma dell’art. 2048, poiché le pronunce in parola, anziché soffermarsi a considerare l’influenza dei genitori sul figlio con riguardo al fatto dannoso da questi compiuto, scagionano i primi – nello stesso modo “assolutistico” con cui altre pronunce li avrebbero condannati – sulla scorta di una loro generica attestazione di “avere bene educato”, e senza affatto indagare il nesso tra l’educazione impartita e il fatto illecito del minore da cui il danno a terzi è derivato⁵².

A.P. BENEDETTI, *La responsabilità dei genitori per il trasporto in motorino di un passeggero da parte del figlio minore*.

⁴⁹ Cass., 30 ottobre 1984, n. 5564 e Cass., 18 giugno 1985, n. 3664: nel primo caso la S.C. ha assolto i genitori, ritenendo adeguata l’educazione da essi impartita al figlio e non biasimandoli per la mancata vigilanza di quest’ultimo nel tempo in cui egli ha commesso l’illecito, poiché – essa ha ritenuto – l’attività del minore rientrava nella pur limitata libertà di movimento correlata alla sua età; nel secondo caso, al contrario, la S.C. ha condannato i genitori, affermando che il fatto del minore denotasse l’impropria educazione di quest’ultimo, che veniva lasciato allontanarsi da casa con un oggetto pericoloso, di cui i genitori ignoravano l’esistenza per evidente trascuranza del figlio. In dottrina, cfr. A. DI BIASE, *La prova liberatoria nel sistema della responsabilità civile dei genitori: tra colpa presunta ed obbligo di risultato*, in *Danno e resp.*, 2010, 886 ss., che denuncia l’oscillazione delle pronunce giurisprudenziali di fronte a casi simili, pur ritenendo il fondamento colposo della responsabilità dei genitori maggiormente rispondente al dettato normativo.

⁵⁰ V. *supra*, parte di testo corrispondente alla nt. 14.

⁵¹ Cfr. VENCHIARUTTI, *Il minore e il danno*, cit., 235; e MONTI, *Responsabilità dei genitori*, cit.

⁵² Così è, ad esempio, nel caso di Trib. Verona, 18 febbraio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1409, nt. F. FERRI,



Su queste basi, perciò, non è azzardato concludere che, a fronte dell'invocazione del criterio della *culpa in educando* (unitamente, o meno, a quella *in vigilando*), la decisione per la condanna o l'assoluzione dei genitori sia in realtà affidata ad altri (sebbene non nominati, oltre che variabili) principi, che con la colpa dei genitori poco hanno in realtà a che fare.

5. – Come si è visto, la preoccupazione per le sorti delle vittime degli illeciti posti in essere dai minori accomuna tanto coloro che leggono nella regola di responsabilità di cui all'art. 2048 c.c. una norma avente funzione di garanzia, quanto i sostenitori della sua natura colposa⁵³.

Invero, secondo entrambe le tesi è normale che siano i genitori a pagare i danni provocati ai terzi dai figli minori; mentre è piuttosto inusuale il contrario, ovverossia che ne siano scagionati.

La differenza sul piano argomentativo non può dirsi tuttavia, com'è intuibile anche sulla base di quanto già detto, priva di ripercussioni su di un ipotetico giudizio, né, complessivamente, sul sistema.

Si è osservato, in particolare, che le pronunce che fanno leva sulla *culpa in educando* e *in vigilando* dei genitori sembrano cristallizzate, per la maggior parte, su di una posizione rigida di condanna nei confronti di questi ultimi, raggiunta senza troppo considerare le eventuali loro specifiche omissioni in relazione all'illecito concretamente posto in essere dal figlio minore; ed, anzi, formatasi a dispetto dell'estrema difficoltà dei genitori – specie in relazione ai figli che già abbiano raggiunto una certa maturità fisio-psichica – di esercitare sul minore un reale controllo e di fungere per lui effettivamente da guida.

Anziché fornire argomenti per mitigare la posizione dei genitori, come si è già osservato, la tesi del fondamento colposo della responsabilità di questi ultimi aumenta perciò i soggettivismi del giudice, finendo così per risultare l'espressione della sua massima severità: la *culpa in educando* è usata come un raccoglitore residuale per tutte le esternalità

La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c., cit., in un caso in cui, in una discoteca, un ragazzo sferrava senza ragione un pugno al volto di un altro cliente del locale, rompendogli il setto nasale: i giudici hanno esonerato da responsabilità i genitori affermando che, «ai fini della prova liberatoria richiesta dall'art. 2048 c.c., non occorre che il genitore dimostri la sua costante ed ininterrotta presenza accanto al figlio quando, per l'educazione (da desumersi anche dal “*curriculum*” scolastico) impartita, per l'età e per le caratteristiche dell'ambiente in cui viene lasciato libero di muoversi, risultano correttamente impostati i rapporti extra-familiari».

⁵³ V. *supra*, parte di testo corrispondente alla nt. 38.



negative riconducibili agli atti illeciti posti in essere dal minore, in un disegno finalizzato più a mettere mano al patrimonio dei genitori, che a ricostruire il loro eventuale ruolo nella vicenda dannosa che ha visto come protagonista il figlio.

In tale scenario, non assumono alcun peso elementi come l'età dei minori, la loro maturità fisica e psichica, o la loro autonomia: quand'anche i figli abbiano agito fuori da ogni possibile controllo e immaginazione dei genitori, gli illeciti commessi vengono usati a dimostrazione di uno scarso apprendimento delle regole del convivere civile e, di rimando, dell'inadeguatezza dell'educazione loro impartita dai genitori o dell'insufficienza delle attenzioni loro dedicate⁵⁴.

Seguendo questo copione, così, anche le corti sembrano fare appello più alla posizione (in astratto) risultante dalla relazione intercorrente tra genitori e figli minori conviventi, che ad un criterio realmente basato sulle colpe dei primi nella cura e controllo dei secondi⁵⁵. Tanto che, si è osservato, in tal modo la *culpa in educando* dei genitori viene tramutata in «una costruzione astratta e retorica che a mala pena maschera un'ipotesi di responsabilità oggettiva per fatto altrui»⁵⁶.

L'analogia tra i due orientamenti – rispettivamente, quello incentrato sulla colpa e quello improntato alla garanzia – tuttavia, si ferma a questo argomento: infatti, mentre la tesi fondata sulla *culpa in educando* essenzialmente strizza l'occhio al principio della “tasca profonda”, dilatando al massimo la responsabilità dei genitori sulla scorta di un automatismo ed escludendola sporadicamente sulla scorta di imprevedibili esigenze del caso concreto, invece, secondo una lettura “oggettivista” dell'art. 2048 c.c.⁵⁷, la posizione di garanzia dei genitori conosce dei limiti più “certi”, perché affidati a presupposti (il non avere potuto impedire il fatto, o, secondo altra tesi, l'esistenza di un caso fortuito)⁵⁸, che, intelligibili *ex ante*, sottraggono la pronuncia sulla responsabilità dei genitori alle valutazioni contingenti dell'interprete, rendendo la decisione del giudice, per conseguenza, più prevedibile⁵⁹.

⁵⁴ V. *supra*, par. 2.

⁵⁵ V. anche COCUCCIO, *Responsabilità genitoriale e prova liberatoria*, cit., 385 ss., e DI BIASE, *La prova liberatoria nel sistema della responsabilità civile dei genitori*, cit., 895.

⁵⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1992, 682. V. DI CIOMMO, *Minore “maleducato” e responsabilità dei genitori*, cit., 1091.

⁵⁷ Le tesi che vedono nell'art. 2048 c.c. una funzione di garanzia non si risolvono tutte, come abbiamo visto, in una responsabilità rigorosamente oggettiva in capo ai genitori: v. *supra*, par. 1.

⁵⁸ V. *supra*, par. 1.

⁵⁹ Cfr. E. CARBONE, *La responsabilità aquiliana del genitore*, cit., 10; e DIMATTIA, “Cocco di mamma” anche se ammazza, cit., 1222 s.



Abbandonare il criterio della *culpa in educando* (*et in vigilando*) comporterebbe pertanto indiscussi benefici, innanzitutto, poiché affrancherebbe il giudizio da tutti quegli aspetti di imponderabilità che il richiamo a tali concetti, come abbiamo visto, alimenta; e, inoltre, poiché ridimensionerebbe il riferimento alle abilità educative dei genitori, liberandoli dal “marchio sociale” che, diversamente, la condanna al risarcimento dei danni provocati dai figli inevitabilmente porterebbe con sé, quantomeno nei casi di illeciti di una certa gravità.

Un’interpretazione dell’art. 2048 c.c. apertamente in funzione di garanzia, sottraendo la decisione da profili di “colpa fittizia”⁶⁰, consentirebbe, pertanto, un giudizio certamente meno “drammatico” nel suo significato, e più ponderabile nel suo esito.

Ciò non significa, certo, che in questi termini i poteri-doveri di sorveglianza e di educazione che i genitori hanno sul figlio minore vengano dalla norma (irrealisticamente) ignorati, poiché, al contrario, essi sarebbero ricompresi nella stessa idea della relazione intercorrente tra genitori e figli minori con essi conviventi⁶¹. Invero, quando la garanzia dei genitori viene limitata in considerazione della effettiva rilevanza nel caso concreto della loro qualità, l’idea dell’esistenza di un’area interna e di una esterna all’ambito del controllo da essi esercitato rinvia, attraverso il medio della relazione qualificata, ai concetti di educazione e vigilanza, da un lato, ed a quello – simmetrico – di autonomia del minore, dall’altro.

L’idea che i genitori siano una sorta di “fideiussori *ex lege*” dei minori, come da alcuni all’interno di questo approccio è stato suggerito⁶², non intende perciò “tagliare via” le considerazioni sulle relazioni familiari alla base della norma, bensì, al contrario, vuole prendere atto della rivoluzione concettuale sul modo stesso di concepire il rapporto tra genitori e figli, dove allo schema “autorità-soggezione” è sempre più spesso sostituito quello fondato sul binomio “solidarietà-protezione”.

All’interno del contesto di solidarietà familiare, infatti, l’assunzione di responsabilità dei genitori svolgerebbe la funzione di escludere o quantomeno di limitare il carico risarcitorio, che altrimenti graverebbe (almeno in astratto) sul minore; sicché è comprensibile, in quest’ottica, che con riguardo ai “*grands enfants*” la protezione dei genitori si attenui – e dunque la prova liberatoria sia per essi più accessibile – a fronte della dimostrazione della “irrelevanza della loro qualifica nel caso concreto”.

⁶⁰ V. E. CARBONE, *La responsabilità aquiliana del genitore*, cit., 11.

⁶¹ Rimanendo, così, «nel limbo della ratio legislativa»: R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per fatto altrui*, cit., 694; v. anche RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 158 s.

⁶² Cfr. E. CARBONE, *La responsabilità aquiliana del genitore*, cit., 13.



Non si tratta tanto, perciò, di abbandonare la tesi della colpa in favore di quella della responsabilità oggettiva, strettamente intesa, dei genitori per l'illecito del figlio minore; ma, soltanto, di fondare la responsabilità dell'art. 2048 c.c. sull'accertamento in concreto della relazione intercorrente tra minore e genitore, sì da poter giudicare se il fatto del primo possa intendersi ricompreso, o meno, nell'ambito di controllo – considerate tutte le condizioni, anche quelle socio-ambientali, che compongono il quadro nel caso di specie – del secondo⁶³.

In tale prospettiva, da un lato, anche il riferimento alla colpa apparirebbe più “moderato”, oltre che più genuino, perché il centro del discorso sarebbe pur sempre l'illecito commesso dal minore, anziché la sua (mal)educazione complessiva.

È quanto già accade, ad esempio, in seno alla giurisprudenza tedesca, che, pur facendo riferimento al concetto di colpa presunta (“*vermutetes Verschulden*”), esonera da responsabilità i genitori per i fatti dannosi commessi dai figli minori non più in tenera età, nella consapevolezza che, in corrispondenza dell'acquisizione di una loro maggiore autonomia, più limitati vengono ad essere i poteri di sorveglianza e controllo – e, dunque, anche i rispettivi doveri – che ai genitori spettano in virtù del proprio ruolo⁶⁴.

In quest'ottica, il modello seguito dalla giurisprudenza francese può allora apparire eccessivamente rigido oltre che fuorviante, poiché col porre il caso fortuito come unico

⁶³ Cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, 158 s., nt. 70; v. altresì A. TRABUCCHI, *Sulla prova liberatoria della presunzione di colpa esimente dalla responsabilità indiretta del genitore*, in *Giur. it.*, 1953, I, 1, 285. V. *supra*, nt. 5.

⁶⁴ Cfr. REBMANN, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, in W. Joecks, e K. Miebach (a cura di), München, 7° ed., 2017, sub § 832 BGB, Rn. 1 ss.; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 14° ed., München, 2019, 545 ss.; O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 77° ed., 2018, sub § 832, 1498; BGH, 19.1.1993, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1993, 1003 s.; BGH, 24.3.2009, in *VersR*, 2009, 788 s. Nell'ordinamento tedesco, del resto, è lo stesso 3° comma del § 828 BGB a prevedere la responsabilità del minore stesso, che abbia superato i sette anni di età (o i dieci, se il fatto dannoso deriva dall'uso di veicoli a motore), a meno che si accerti che, nel caso di specie, a questi mancasse la maturità necessaria a comprendere il disvalore del proprio atto; in quest'ultimo caso, il § 832, 1° comma (in maniera più simile al nostro art. 2047 c.c. per la verità, che non al 2048), statuisce la responsabilità del soggetto preposto alla sua sorveglianza (normalmente il genitore, anche se la norma parla genericamente di soggetto tenuto dalla legge al controllo di un'altra persona: «*Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist*»), il quale si libera solo provando di averne adempiuto l'obbligo, o che il danno si sarebbe comunque potuto verificare anche a fronte di una sorveglianza adeguata (il § 832, 1° co., recita: «*Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde*»).

Similmente è disposto nell'art. 6:101 dei *Principles of European Tort Law* (PETL), secondo cui «*A person in charge of another who is a minor or subject to mental disability is liable for damage caused by the other unless the person in charge shows that he has conformed to the required standard of conduct in supervision*».



limite all'estensione della responsabilità dei genitori per i fatti illeciti dei figli minori, trascurerebbe tutte le suddette considerazioni sulla qualifica dei genitori e sulla relazione normalmente intercorrente tra essi e i figli conviventi, avvicinando eccessivamente la responsabilità dei genitori a quella per danni da cose in custodia, pur a fronte di due testi normativi formulati in modo nettamente diverso⁶⁵.

Nondimeno, una lettura "oggettivistica" dell'art. 2048 c.c., nel senso sopra indicato, sembra auspicabile. Nella sua formula più "mite", invero, essa non soltanto consentirebbe di procurare un'adeguata garanzia alle vittime dei danni provocati dai minori – affiancando al patrimonio, spesso inesistente o comunque esiguo, di questi ultimi, quello dei genitori che di essi si prendono cura – ma, vieppiù, basterebbe a togliere al giudice quell'alone di arbitrarietà cui il criterio della colpa dei genitori nell'aver male educato lo legittima, rendendo le decisioni in materia più prevedibili e uniformi.

In tale mutata ottica, in cui i genitori verrebbero fatti rispondere sostanzialmente per i «rischi tipici connessi alla minore età dei loro figli»⁶⁶, anche la clausola di esonero dalla responsabilità potrebbe acquisire un nuovo senso: il "non avere potuto impedire il fatto" assumerebbe così un significato che, da un canto, apparirebbe più concreto rispetto a quello ricavabile dall'affermazione di avere bene educato in generale (come richiederebbe la tesi della *culpa in educando*), e, dall'altro, risulterebbe meno rigido di quello dato dall'impedimento consistente in una "causa esterna" (come sarebbe seguendo l'esempio della giurisprudenza francese).

Il dettato normativo dell'art. 2048 potrebbe essere così valorizzato al meglio, poiché se detta interpretazione tiene conto del ruolo educativo dei genitori quando si tratta di estendere loro il peso economico degli illeciti posti in essere dai figli minori, appare poi

⁶⁵ Mentre i genitori sono responsabili dei fatti illeciti dei figli minori conviventi salvo che provino di "non avere potuto impedire il fatto", il custode della cosa è responsabile dei danni da quest'ultima cagionati "se non prova il caso fortuito". Osserva VENCHIARUTTI, *Il minore e il danno*, cit., 231 ss., 233, che gli allarmismi suscitati dalla giurisprudenza francese possono comunque essere ridimensionati, poiché la soluzione elaborata «aggrava solo apparentemente la posizione dei genitori (quali responsabili vicari dei danni cagionati dai figli minori)» mentre «chiarezza, in realtà, le regole di funzionamento della responsabilità genitoriale, sganciandole dalle incertezze connesse alle valutazioni (tutt'altro che favorevoli, in genere, ai vicari) delle presunzioni di colpa (*in vigilando e in educando*)». Ad esempio, benché la giurisprudenza affermi che la responsabilità dei genitori sussiste anche a prescindere dalla colpa del minore stesso, i casi in cui essa viene pronunciata sono, tendenzialmente, soltanto danni occorsi nello svolgimento di attività sportive di carattere non professionistico, a fronte di azioni di gioco irruente, e in casi di lesione di interessi primari delle vittime (in cui, quindi, anche il discorso sulla presenza, o meno, della colpa, si fa più sfumato).

⁶⁶ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, 361. Similmente ARNONE, *Responsabilità civile dei genitori*, cit., 367 ss.

JUS CIVILE



anche fedele alla formula utilizzata dal legislatore per la prova liberatoria, nel momento di fissare i criteri per l'esclusione della responsabilità dei genitori stessi; dimostrando, così, che il divario tra gli orientamenti in campo può essere meno insanabile di quanto ci si possa sulle prime figurare⁶⁷.

⁶⁷ V. COMPORI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2002, 361 s., che, pur sposando la tesi della natura colposa della responsabilità dei genitori, fa mostra di accogliere una soluzione molto vicina a quella cui si può giungere sostenendone la funzione di garanzia. Di responsabilità al limite tra quella per colpa e quella oggettiva parla la dottrina tedesca («*Schwelle zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung*»), benché l'opinione maggioritaria, anche in giurisprudenza, sia orientata a definirla una responsabilità per colpa presunta (v. *supra*, nt. 64): REBMANN, *Münchener Kommentar*, cit., sub § 832, Rn. 4.



UGO SALANITRO

Professore ordinario di diritto privato – Università di Catania

RESPONSABILITÀ AMBIENTALE: QUESTIONI DI CONFINE, QUESTIONI DI SISTEMA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Danno all'ambiente. – 3. Tra interpretazione estensiva e analogia. – 4. La responsabilità ambientale. – 5. La bonifica dei siti contaminati. – 6. Interessi collettivi e interessi individuali.

1. – La ricerca sul tema dei suoli contaminati, evocando le discipline della bonifica e della responsabilità per danno ambientale, si presta a uno studio interdisciplinare: coinvolge, infatti, le competenze dei cultori delle diverse branche del diritto pubblico e del diritto privato, perché le azioni giudiziali sono “doppiate” da procedure amministrative funzionali alle logiche risarcitorie e perché gli interessi pubblici si sovrappongono a – e si intrecciano con – gli interessi privati.

Sul piano metodologico sarebbe auspicabile che la riflessione non sia limitata agli specialisti, nonostante la tecnicità della materia, dovuta alla complessità delle discipline e alla creatività della giurisprudenza: il coinvolgimento del giurista “generalista” si rivela particolarmente proficuo perché le argomentazioni e le soluzioni offerte dalle analisi puntuali – in questo campo, forse più che altrove – richiedono di essere sottoposte a verifica da chi possa volgere uno sguardo al sistema nel suo complesso e alla logica degli istituti fondamentali che vengono di volta in volta richiamati.

Il rinvio al sistema non vuole evocare una trita dommatica, né pretendere di ricondurre le regole speciali nel solco dei principi generali o di respingerle ai margini del discorso giuridico: piuttosto intende offrire gli strumenti adeguati per una lettura che colga il senso delle peculiarità e al contempo faccia emergere le loro potenzialità espansive.

In queste pagine, mi limiterò a indicare, senza particolari approfondimenti, alcuni profili qualificanti delle discipline speciali contenute nel codice dell'ambiente, sulle qua-

JUS CIVILE



li il confronto di idee non può prescindere dal controllo consapevole delle categorie generali.

2. – Sin dalle prime riflessioni la dottrina si è domandata cosa sia il danno all'ambiente. Anzi, ha posto due domande: cosa è l'ambiente? Quando si può considerare danneggiato?

Sulla nozione di danno all'ambiente si sono fronteggiate almeno due diverse opinioni.

L'una, volta a negare oggettività alla nozione di ambiente, riducendo il danno alla violazione delle regole di condotta limitatrici delle attività imprenditoriali; ovviamente di quelle regole di condotta che siano poste a protezione di interessi ambientali (salvo poi porsi il problema di quali interessi si possano definire ambientali). Per cui il risarcimento non sarebbe altro che una sanzione civile – che andrebbe ad aggiungersi alle sanzioni amministrative e/o penali – il cui ammontare sarebbe determinato in base a criteri equitativi (gravità della colpa, costo del ripristino, profitto del trasgressore). Opinione che ha avuto successo in dottrina e che è stata accolta anche da una giurisprudenza minoritaria, ma che non appare più sostenibile oggi, dopo l'adozione di una disciplina articolata come quella della direttiva europea 2004/35/CE, nella quale è evidente la natura ripristinatoria e non sanzionatoria del rimedio.

L'altra, che accoglie l'idea della materialità del danno¹: non quindi la materialità dell'ambiente (che anzi è definito quale concetto relazionale, indicativo di quelle caratteristiche delle cose qualificabili come ambientali perché volte a garantire determinate condizioni di vita per l'uomo); quanto piuttosto la non giuridicità del danno, perché non collegato alla lesione di un interesse soggettivo giuridicamente protetto, ma rilevante per la mera distruzione o alterazione delle qualità ambientali.

Prospettiva quest'ultima che coglie certamente meglio il senso della tecnica rimediale, richiedendo che si dimostri, quale presupposto per l'attivazione del rimedio, un peggioramento oggettivo, o comunque una modifica materiale, delle condizioni ambientali²: ma che resta legata a una visione della disciplina della responsabilità per danno ambientale quale modello eccentrico, in cui il soggetto legittimato non sarebbe il titolare dell'interesse giuridicamente protetto, ma un mero attore processuale, che faccia valere un interesse "adespota".

Si può dubitare, tuttavia, che tale lettura sia corretta e non partecipi alla reazione dot-

¹ Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, 737 ss.

² Al riguardo va segnalata un'opinione, accolta anche in giurisprudenza, secondo la quale sarebbe sufficiente una modifica delle condizioni ambientali, ancorché non peggiorativa, per giustificare la richiesta di risarcimento del danno: Cass. Civ. 4.4.2017, n. 8662, in *Corr. giur.* 2018, 31 ss., con nota di Salanitro.



trinale e giurisprudenziale all'invasione di campo da parte del legislatore³: mi sembra più congrua la tesi secondo la quale in un ordinamento in cui lo Stato ha assunto il compito di salvaguardare e conservare le risorse ambientali (e quindi di ripristinarle, ove distrutte o alterate) – in tal senso è l'art. 2 della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente, nel cui articolo 18 si trova per la prima volta la disciplina risarcitoria, ma non può escludersi che in determinate materie la competenza possa essere stata sancita anche in precedenza – l'interesse giuridicamente rilevante alla conservazione e al ripristino del bene ambientale non possa che essere riferibile direttamente allo Stato e la lesione di siffatto interesse debba legittimare l'attivazione del rimedio⁴.

L'idea che il danno ambientale non leda un interesse giuridicamente rilevante potrebbe piuttosto essere declinata in un senso diverso, per cui l'ambiente non sarebbe destinatario di tutela per le sue caratteristiche oggettive, essendo considerato inevitabile il suo deterioramento quale conseguenza delle attività antropiche e dello sviluppo economico. Concezione che sarebbe stata certamente condivisibile al momento dell'approvazione della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente, nel quale il risarcimento del danno si poneva a valle di una regolazione amministrativa caratterizzata dalla protezione modale dei valori ambientali, il cui sfruttamento era consentito senza limiti oggettivi, seppure soltanto nel rispetto di determinate condotte: il risarcimento, pertanto, in quel tempo, presupponeva un danno materiale accompagnato da un illecito di condotta, in cui non era sufficiente la colpa, ma occorreva una specifica violazione di legge.

Tale lettura, tuttavia, essendo legata a una disciplina embrionale funzionale a non ostacolare lo sviluppo economico del tempo, si rivela superata dall'evoluzione normativa più recente, nella quale la direttiva europea sulla responsabilità ambientale si inserisce con coerenza: evoluzione normativa che prevede, accanto alle norme di condotta e agli standard di emissione (la cui violazione resta rilevante quale presupposto per le sanzioni amministrative e penali), anche standard e obiettivi di qualità, che definiscono oggettivamente i valori tutelati, la cui lesione comporta la risarcibilità del danno⁵.

³ Perché tendeva a mettere in discussione l'idea, che si andava diffondendo a quel tempo in dottrina e nella giurisprudenza ordinaria, che potesse configurarsi un diritto soggettivo all'ambiente o comunque un interesse giuridicamente rilevante in capo ai soggetti privati. Inoltre la disciplina incontrava anche l'ostilità di chi considerava un passo indietro la sottrazione della competenza della responsabilità ambientale alla giurisprudenza contabile. Sferzante (ma a mio avviso erroneo) il giudizio di Lina Bigliazzi Geri: "un mostriciattolo!".

⁴ Salanitro, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 472 ss.; ma la tesi è ripresa e precisata in scritti successivi.

⁵ Salanitro, *L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei: profili sistematici della responsabilità per danno ambientale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013, 794 ss.



3. – Ambedue le letture tradizionali della nozione di danno ambientale, pur essendo tra loro molto diverse, pervengono all'idea dell'eccentricità della disciplina speciale rispetto all'istituto della responsabilità civile e tendono conseguentemente a considerare la responsabilità ambientale quale norma eccezionale, insuscettibile di applicazione analogica: tanto più che entrambe le impostazioni, sotto la vigenza dell'art. 18 l. 349\1986, pervengono alla conclusione che la disciplina rimediale sia caratterizzata da una *allure* punitiva, nella misura in cui riconoscono, oltre al ripristino, anche un risarcimento dei danni per equivalente⁶. Con due conseguenze di rilievo, tra loro non troppo congruenti: la prima, volta a ricondurre nella nozione di ambiente una pluralità di interessi collettivi eterogenei, tra i quali il paesaggio e la gestione del territorio (riprendendo in effetti una tradizione autorevole discendente direttamente dalla tripartizione di M.S. Giannini, che includeva nell'ambiente, oltre alle componenti di salubrità, anche il paesaggio e la gestione del territorio), in modo da eludere il problema dell'estensione analogica della disciplina rimediale in caso di lesione di siffatti interessi collettivi; l'altra, volta a circoscrivere l'applicazione della disciplina speciale, sostenendo che, al di fuori degli specifici limiti di quella, le funzioni rimediali restino di competenza della disciplina generale della responsabilità civile, ex art. 2043 c.c., applicabile pertanto anche a fatti illeciti precedenti l'approvazione della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente.

Questa situazione si ripresenta, in termini ancora più rilevanti, con le discipline contenute nel codice dell'ambiente (bonifica dei siti contaminati, disciplina attuativa della direttiva europea), rispetto alle quali si deve registrare una complicazione ulteriore, che non chiama in causa la dogmatica del diritto privato, quanto piuttosto quella del diritto

⁶ Idea molto diffusa che trovava conferma, secondo la dottrina, anche nei criteri di quantificazione del danno, considerato per sua natura incalcolabile: ma che non mi sembra corretta (già in Salanitro, *Quantificazione del danno ambientale e prescrizione: il punto della Cassazione tra vecchia e nuova disciplina*, in *Danno e responsabilità*, 2011, 820 ss). L'idea che il risarcimento del danno fosse punitivo, ogni qualvolta il ripristino fosse già stato effettuato non teneva in considerazione le c.d. perdite temporanee tra il momento dell'illecito e il completamento del ripristino (il valore della sottrazione alla balneazione di un tratto di spiaggia): perdite che non possono essere altrimenti compensate se non con un risarcimento per equivalente. Risarcimento per equivalente di un danno che può essere stimato con una certa approssimazione, ma che richiede sovente, per una determinazione precisa, una scelta equitativa: è nell'ambito di questa scelta equitativa tra le diverse forbici della stima che si sarebbero dovuti utilizzare i criteri equitativi (più è grave la condotta e più è alto il profitto dell'inquinatore, maggiore sarà il risarcimento; più è alto il costo del ripristino sopportato dall'inquinatore, minore sarà il risarcimento). Ma la giurisprudenza di merito, muovendo dalla logica punitiva teorizzata in dottrina, si è mossa in senso completamente diverso, riconoscendo risarcimenti esuberanti e irragionevoli, derivanti dalla sommatoria del costo del ripristino, del profitto dell'inquinatore e di un quid per punire la gravità della colpa: contro questa prassi interpretativa è infine intervenuta la giurisprudenza di legittimità che ha interpretato un dato legislativo ambiguo nel senso della retroattività della nuova disciplina di determinazione del danno.



pubblico. Le tecniche rimediali, pur mantenendo una funzione essenzialmente ripristinatoria, non sono rimesse più, o non sono rimesse soltanto, allo strumentario civilistico del risarcimento del danno, in quanto si preferisce ricorrere a procedure amministrative, a volte di tipo ingiuntivo: ponendosi il problema se tali procedure trovino i propri limiti nella disciplina dell'art. 23 Cost. e, in questa prospettiva, non possano essere applicate al di fuori degli ambiti specificamente previsti dalla legge, né tantomeno con efficacia retroattiva⁷.

La questione assume particolare rilevanza pratica.

La disciplina della responsabilità per danno ambientale, in attuazione della direttiva europea, ha un ambito di applicazione circoscritto (biodiversità, acque, suolo) e non si estende al paesaggio o alla gestione del territorio (dove la competenza alla protezione non è peraltro del Ministero dell'ambiente), né all'aria⁸: ciononostante è ricorrente il tentativo, in parziale contrasto con il dato testuale⁹, di interpretare la nozione di ambiente in senso estensivo¹⁰, forse proprio per evitare di doversi confrontare con il tema della lacuna e dell'applicazione analogica. Ma al di là del dato testuale, l'interpretazione estensiva della disciplina della responsabilità ambientale incontra la difficoltà di spiegare come si concilia l'applicazione diretta (non analogica) di una norma che prevede la legittimazione attiva e comunque la competenza del Ministero dell'ambiente (art. 311 codice ambiente), con l'esigenza di riconoscere un ruolo, ad es. in caso di lesione del paesaggio, al Ministero dei Beni culturali o in materia urbanistica, agli enti locali o alle regioni; né è chiaro come possa operare in casi non coperti dalle direttive comunitarie la c.d. *permit*

⁷ In tema tra gli altri Goisis, *La natura dell'ordine di bonifica e ripristino ambientale ex art. 17 d. lgs. n. 22 del 1997: la sua retroattività e la posizione del proprietario non responsabile della contaminazione*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, n. 2, 567 ss.

⁸ La ragione per cui l'aria è sottratta alla disciplina della responsabilità ambientale attiene alla logica rimediale della normativa speciale, specificamente volta alla riparazione della risorsa naturale: l'aria per le sue caratteristiche non si contamina, ma è un vettore per i contaminanti che poi andranno a depositarsi nel suolo, nell'acqua o negli ecosistemi. La protezione dell'aria può richiedere perciò rimedi di tipo inibitorio, ma non riparatorio.

⁹ Secondo l'art. 300 comma 1 codice ambiente "È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima". Nel secondo comma si specifica che "ai sensi della direttiva 2004/35 CE è danno ambientale il deterioramento in confronto alle condizioni originarie provocato: alle specie e agli habitat (...); alle acque interne (...); alle acque costiere (...); al terreno (...).

Sul piano testuale l'ambito del primo comma non diverge da quello del secondo comma se per intendere il significato di risorsa naturale si rinvia alla definizione dell'art. 302 comma 10: "Per risorse naturali si intendono habitat naturali protetti, acqua e terreno".

¹⁰ Da ultimo, estende la disciplina della responsabilità ambientale all'inquinamento dell'aria Cass. Pen., sez. III, 3.7.2018, n. 51475, in *Jus explorer*.

JUS CIVILE



defence, esimente prevista limitatamente agli eventi autorizzati in conformità alle direttive ambientali espressamente richiamate (cfr. art. 308 comma 5 lettera b) e il rinvio all'allegato V della parte sesta del codice ambiente).

Poiché la disciplina della responsabilità ambientale è azionabile anche davanti al giudice ordinario, va considerata, a tutti gli effetti, una disciplina di diritto civile (art. 311 comma 1 codice ambiente): per cui si può prospettare l'idea, che appella la competenza dello studioso del sistema della responsabilità civile, se possa essere estesa in via analogica alla tutela di altri interessi collettivi per i quali l'ordinamento abbia individuato un soggetto funzionalmente deputato alla conservazione e al ripristino dei valori protetti. Si potrebbe ritenere, cioè, che la disciplina sulla responsabilità ambientale, lungi dal costituire un modello eccentrico, esprima lo sviluppo coerente, nell'ambito della tutela dei c.d. beni comuni, della logica della responsabilità civile, vincolata a un disegno soggettivistico, ma suscettibile di espansione rispetto a valori che siano stati a loro volta soggettivizzati (seppure in base ad un'impostazione funzionalistica, come a me sembra preferibile; oppure di tipo esponenziale, secondo una concezione diffusa, ma che non mi convince perché tende a eludere il collegamento della tecnica risarcitoria con l'obbligo di riparazione della risorsa lesa).

Tuttavia, l'approvazione del codice dell'ambiente, con la conseguente attuazione della direttiva europea sulla responsabilità ambientale, ha introdotto due nuove procedure amministrative, l'una tradizionale (art. 305 codice ambiente), l'altra ingiuntiva (art. 313 codice ambiente), che si pongono in alternativa con il giudizio civile. Ove fosse ammessa l'estensione analogica della disciplina civilistica della responsabilità ambientale, resterebbe da porsi la domanda se, essendo tali procedure amministrative alternative a una disciplina civilistica di responsabilità, si possa estendere analogicamente anche il loro ambito di applicazione – in quanto deputate a pervenire al medesimo risultato, ancorché con strumenti autoritativi – ovvero se anche in questa particolare circostanza si incontrino i limiti che i giudici europei e i nostri giudici costituzionali traggono dai principi sovraordinati: dubbio per il quale il naturale interlocutore è lo studioso del sistema europeo, costituzionale e amministrativo.

Questioni ancora più complesse si pongono per la disciplina delle bonifiche dei suoli e delle acque, la quale è tradizionalmente riferita, nelle intenzioni legislative e nelle applicazioni giurisprudenziali, alle contaminazioni storiche, avvenute in tempi risalenti: ma proprio l'applicazione retroattiva, sia contro l'inquinatore, sia contro il proprietario incolpevole, è criticata da chi la considera in contrasto con il dato costituzionale. Chi ritenga che la disciplina della bonifica sia espressione delle logiche proprie della normati-



va dei rifiuti, sarà tentato di fare valere il principio generale per cui è responsabile dei rifiuti sia chi li produce, sia chi li detiene, secondo modelli risalenti alle prime direttive in materia di smaltimento dei rifiuti: per cui l'obbligo di bonifica si limiterebbe a delimitare e articolare la portata di un obbligo generale discendente direttamente dalle normative settoriali in tema di rifiuti. Chi preferisce avvertire che la disciplina della bonifica sia anch'esso un rimedio risarcitorio, analiticamente regolato nei diversi passaggi, ma pur sempre funzionale al ripristino, può adottare i medesimi percorsi argomentativi che sono stati illustrati per l'estensione analogica della disciplina della responsabilità ambientale, dovendo tuttavia farsi carico di riferire il rimedio risarcitorio non solo all'inquinatore, ma anche al proprietario incolpevole.

Un percorso divergente, anch'esso non privo di difficoltà, è seguito invece da chi sostiene che l'illecito ambientale non vada circoscritto al tempo in cui è avvenuto, ma permanga sino al momento in cui non sia stata rimossa la contaminazione, per cui la regola di responsabilità ambientale e quella della bonifica sarebbero applicabili a fatti risalenti come se fossero avvenuti al momento in cui si avvia il procedimento.

4. – Solo nel dialogo con la dottrina civilistica della responsabilità civile, si possono cogliere le peculiarità della disciplina della responsabilità ambientale sui criteri di imputazione e di individuazione delle tecniche rimediali.

I criteri di imputazione sono articolati secondo due modelli: per i danni causati da imprenditori che svolgono attività pericolose per la salute e per l'ambiente, si applica un criterio di responsabilità oggettiva, con alcune esimenti; per i danni causati da altri imprenditori e da soggetti non qualificati vale il criterio di imputazione soggettivo. Non si tratta di un modello eccentrico rispetto a quello generale della responsabilità civile, perché sembra riprodurre le logiche delle discipline speciali (e se si vuole dell'art. 2050 c.c.)¹¹ per le attività pericolose, e dell'art. 2043 c.c. per le altre attività¹².

Le esimenti, che riguardano il danno da sviluppo e la c.d. *permit defence*, sono declinate con prudenza, negandone la rilevanza ogni qualvolta il soggetto avrebbe potuto rendersi conto in concreto, secondo un criterio di diligenza professionale, dei rischi per l'ambiente e non sia intervenuto per bloccare le attività e/o contenere i danni in via preventiva. Non si tratta, come qualcuno ha ipotizzato di un'inversione dell'onere della pro-

¹¹ Castronovo, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, 837 ss.

¹² Salanitro, *Impatto ambientale dell'impresa ed analisi economica del diritto*, in AA.VV. *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, ESI Napoli, 2015, 203 ss.



va della colpa, perché la responsabilità resta oggettiva: ad es., nel caso di danni da incidenti – che non sono per definizione autorizzabili – non si applica la *permit defence*, per cui l'imprenditore risponde senza limiti¹³; piuttosto, sono le esimenti che pretendono, per essere fatte valere, che si dimostri l'insussistenza della colpa¹⁴.

Sul piano delle tecniche rimediali, è stato definitivamente abbandonato il risarcimento per equivalente¹⁵, in quanto il modello di riferimento è il risarcimento in forma specifica¹⁶.

La tecnica ripristinatoria prevede che il danneggiante possa essere condannato a ricondurre l'ambiente allo stato originario (riparazione primaria), ovvero a ricondurlo ad uno stato equivalente a quello originario (riparazione complementare). Il risarcimento per equivalente, negato nella sua forma monetaria, trova una diversa declinazione nel giudizio di equivalenza tra i valori ambientali da introdurre e quelli che si sono perduti: giudizio di equivalenza che è espressione al contempo della cultura ecologica, consapevole della difficoltà di pervenire allo stato originario, e della logica efficientista, preoccupata di in-

¹³O meglio, non risponde, coerentemente con il modello di responsabilità oggettiva, solo se dimostra che il danno sia stato causato da atti di conflitto armati, sabotaggi, atti di ostilità, guerra civile o insurrezione, ovvero da fenomeni naturali di carattere eccezionale, inevitabili e incontrollabili (art. 303, comma 1, lettera a, codice ambiente) o che sia stato causato da comportamento incontrollabile di un terzo estraneo o sia conseguenza dell'osservanza dell'ordine di un'autorità (art. 308, comma 4, codice ambiente).

¹⁴A differenza di quanto solitamente si trova scritto in tanti commenti, il dato normativo è nel senso che la c.d. *permit defence* non discende dall'autorizzazione complessiva dell'attività imprenditoriale, ma dall'autorizzazione dello specifico consenso all'evento o all'emissione (art. 308 comma 5, lettera a, codice ambiente): ogni autorizzazione di attività inquinanti consente ad es. delle emissioni minime che costituiscono quello che in economia è chiamato l'inquinamento (o la esternalità) ottimale. La *permit defence*, in quegli Stati dove è ammessa (tra i quali l'Italia), esime da responsabilità per i danni causati dalle emissioni permesse: ma l'imprenditore, per avvalersi dell'esimente, deve dimostrare di non essere in colpa. Non è facile indicare in dettaglio come l'imprenditore debba dimostrare la propria assenza di colpa: a mio avviso, in primo luogo deve segnalare alle autorità competenti le informazioni di cui è a conoscenza – o che sono conoscibili secondo l'ordinaria diligenza professionale nella comunità imprenditoriale di riferimento – al fine di individuare il limite ottimale delle emissioni al momento dell'autorizzazione; successivamente, deve controllare l'effetto delle emissioni nei limiti della diligenza professionale, monitorando le incidenze più rilevanti, raccogliendo e valutando le segnalazioni dei cittadini, avvertendo le autorità ogni qualvolta venga a conoscenza (o siano conoscibili) di scoperte scientifiche su nuove relazioni causali tra quelle emissioni e i pregiudizi ambientali. Al riguardo, si tenga presente che nella direttiva è previsto che la *permit defence* non valga nel caso in cui sorga l'obbligo per l'imprenditore di avviare misure di prevenzione per evitare danni ambientali, essendo l'esimente limitata alle misure riparatorie: per cui si può affermare conclusivamente che ogni qualvolta colposamente l'imprenditore abbia violato l'obbligo preventivo, non potrà avvalersi della *permit defence*.

¹⁵Abbandono che in giurisprudenza è stato esteso, seppure sulla base di argomentazioni discutibili, anche ai fatti illeciti precedenti l'entrata in vigore del codice dell'ambiente: Cass. 27.9.2018, n. 23195; Cass. Civ. 4.4.2017, n. 8662, in *Corr. giur.* 2018, 31 ss., con nota di Salanitro, dove ulteriori precedenti.

¹⁶D'Adda, *Danno ambientale e tecniche rimediali: le forme del risarcimento*, in D'Adda, Nicotra e Salanitro (eds), *Principi europei e illecito ambientale*, Torino, Giappichelli, 2013, 39 ss.



individuare soluzioni ottimali sia per il sistema produttivo, sia per la qualità ambientale.

Coerente con la disciplina generale della responsabilità civile è la compensazione delle perdite temporanee che subisce l'ambiente tra l'illecito dannoso e il ripristino (riparazione compensativa): perdite in termini di risorse, ma anche di utilità che la collettività trae dalle risorse. La tecnica rimediale è ancora una volta quella in forma specifica, l'introduzione di risorse e utilità sostitutive di quelle perdute, da individuare anche in questo caso secondo il giudizio di equivalenza.

Appare evidente da questa sintetica illustrazione, che l'ordinamento adotta un modello rimediale che appare specificamente rivolto a fornire una tutela congrua con la natura degli interessi rilevanti, i c.d. "beni comuni", per cui le risorse e le utilità perdute dalla collettività sono sostituite da nuove risorse e utilità che sono rese disponibili alla collettività nel suo insieme, in modo da potere essere godute e fruite secondo un modello diverso da quello esclusivo, tipico del diritto privato. Non è prevista, invece, la compensazione monetaria degli individui o di singole componenti della collettività, che abbiano subito danni economici o morali: si evita in tal modo che determinati soggetti si appropriino singolarmente di risorse e di utilità, sottraendole alle esigenze comuni.

Va infine segnalato che, in caso di pluralità di debitori responsabili per il danno ambientale, la giurisprudenza di legittimità, riprendendo una tesi dottrinale (Minervini, Orlandi), ha interpretato la disposizione per cui "nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale" (art. 311 comma 3 codice ambiente) nel senso di applicare la regola della parziarietà solo ai danni derivanti da distinti fatti dannosi (più industrie che danneggiano lo stesso corso d'acqua), mantenendo la regola generale della solidarietà ogni qualvolta diversi soggetti partecipano al medesimo fatto produttivo di danno.

5. – Questioni altrettanto delicate si pongono per la disciplina della bonifica dei siti contaminati.

Anche qui vi è un problema preliminare, ponendosi il dubbio se questa disciplina sia conforme alla direttiva europea e sia pertanto applicabile anche alle contaminazioni successive l'entrata in vigore del codice dell'ambiente, visto il concorso con la disciplina della responsabilità ambientale di cui agli artt. 300 ss. del codice dell'ambiente.

La questione è incerta, dopo le modifiche inserite con la legge europea del 2013¹⁷:

¹⁷ Cfr. Salanitro, *La novella sulla responsabilità ambientale nella legge europea del 2013*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013, 1309 ss.



ma il punto cruciale non è se la disciplina della bonifica sia applicabile ai fatti illeciti successivi all'entrata in vigore della novella del 2013, quanto piuttosto se la disciplina della bonifica sia una procedura eminentemente nazionale e quindi trovi una legittimazione nelle scelte del legislatore italiano, ovvero sia attuazione di principi e scelte poste dal legislatore europeo e pertanto sia condizionata dall'evoluzione dell'ordinamento europeo.

Contrariamente alla tesi più diffusa, a mio avviso, la disciplina della bonifica dei siti contaminati è diretta espressione della regola della direttiva comunitaria in tema di rifiuti che prevede, in applicazione del principio chi inquina paga, che la responsabilità per lo smaltimento dei rifiuti spetta solidalmente al produttore e al detentore del rifiuto, salvo che non sia diversamente previsto, con deroghe contenute entro limiti rigorosi, dalla legislazione degli stati membri. Tesi la quale presuppone: che un immobile possa essere considerato rifiuto; che la contaminazione del suolo sia conseguentemente produzione di rifiuto; che il proprietario del suolo contaminato non sia soltanto una vittima dell'illecito, ma sia anche un detentore di rifiuti.

Se si adotta questa impostazione¹⁸, la disciplina sulla bonifica dei suoli contaminati si rivela quale deroga alla regola per cui tutti i soggetti coinvolti nella catena dei rifiuti sono responsabili: l'inquinatore, quale produttore di rifiuti è sempre responsabile; ove non si trovi un inquinatore, il proprietario del suolo contaminato, quale detentore del rifiuto, è limitatamente responsabile delle spese di decontaminazione affrontate dalle autorità competenti nei limiti del valore dell'immobile. Quest'ultima regola, per cui il proprietario è responsabile della riparazione nei limiti del valore del fondo, non è espressione del principio generale dell'arricchimento senza causa: perché se fosse espressione di questo principio, il proprietario dovrebbe essere responsabile nei limiti dell'aumento del valore dell'immobile prodotto dalla decontaminazione. È evidente pertanto che tale regola è espressione di una logica diversa da quella civilistica: logica che si ritiene che debba essere individuata nell'applicazione peculiare che il principio chi inquina paga assume nella materia dei rifiuti, volta a coinvolgere nella responsabilità chiunque entri in contatto con il rifiuto stesso, anche senza colpa.

Il proprietario del suolo, in base al dato testuale, ha anche l'obbligo di provvedere alle misure di prevenzione, al fine di evitare che la contaminazione si propaghi: qui non dovrebbe valere il limite del valore del fondo (che è previsto espressamente solo per le mi-

¹⁸Cfr. Salanitro, *La responsabilità per lo smaltimento dei rifiuti*, in Carbone, Napolitano e Zoppini (eds), *La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato, Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, Il Mulino, 2018, 371 ss.



sure di riparazione). Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁹, invece, l'obbligo del proprietario è sempre limitato al valore del fondo e le misure di prevenzione non possono mai estendersi agli oneri propri della misura tipizzata (e sovente molto costosa) che va sotto il nome di “messa in sicurezza del sito”: è su questo profilo che si consuma il contenzioso tra autorità competenti e proprietari incolpevoli dei siti contaminati. Il Consiglio di Stato si fa forte dell'autorità di una pronuncia della Corte di Giustizia del 2015 (Case C-534/13 Fipa Group), la quale ha negato che il principio chi inquina paga, come declinato dalla direttiva sulla responsabilità ambientale, imponga al proprietario l'obbligo di assumere il costo della “messa in sicurezza del sito” oltre il valore dell'immobile: ma la risposta della Corte di Giustizia è dipesa dal modo in cui la questione pregiudiziale è stata formulata dal giudice amministrativo italiano. Se la domanda fosse stata se l'obbligo potesse discendere dalla rilevanza del principio chi inquina paga nella disciplina europea dei rifiuti, come ha notato il procuratore generale della Corte di Giustizia nel suo parere preliminare, la risposta sarebbe potuta essere diversa (come dimostra una più recente pronuncia sulla quale ci soffermiamo più avanti).

Una volta ammesso che la disciplina della bonifica dei siti contaminati sia attuazione del principio chi inquina paga come declinato dalla direttiva dei rifiuti, ne discende che essa non può che restare coinvolta dall'evoluzione dell'ordinamento comunitario: la più recente direttiva in tema di rifiuti (2008), infatti, nella nuova formulazione sembra che debba essere interpretata nel senso che il suolo contaminato non sia più un rifiuto, anche alla luce della circostanza che la materia della contaminazione del suolo è adesso regolata dalla direttiva sulla responsabilità ambientale²⁰.

Ne consegue che la disciplina della bonifica dei siti contaminati non è più da considerare, per le nuove contaminazioni, attuazione delle regole sui rifiuti. Per cui o si nega che sia applicabile al di fuori dei casi di contaminazioni storiche, oppure si ammette che debba essere considerata quale disciplina nazionale che preveda regole attuative, e eventualmente integrative, della direttiva della responsabilità ambientale. Se si propende per il secondo corno dell'alternativa, va valutato se la disciplina posta nei confronti del proprietario del sito contaminato, nella misura in cui sia considerata applicabile alle future contaminazioni, sia compatibile con la direttiva sulla responsabilità ambientale e quale interpretazione debba essere preferita nel nuovo contesto ordinamentale. A mio avviso,

¹⁹Tra le tante: C. St., sez. V, 1.10.2018, n. 5604; C. St., sez. VI, 25.1.2018, n. 502; C. St., sez. IV, 14.12.2017, n. 5668, in *Jus explorer*.

²⁰Cfr. Fogleman, *Landowner's liability for remediating contaminated land in the EU: Eu or national law?*, in *Env. Liability*, 2015, 6 ss., 42 ss.



la soluzione rigorosa che ho già prospettato in base ai principi della disciplina sui rifiuti resta compatibile con il nuovo sistema²¹: al riguardo va ricordato che una recente pronuncia della Corte di Giustizia (Turkevei TK case – 2017) ha ammesso la legittimità di una regola statale ungherese, in quanto coerente con il principio di ragionevolezza, che considera solidalmente responsabile con l'inquinatore il proprietario dell'immobile sul quale si è verificato il fatto illecito contaminante²². L'idea che il proprietario sia responsabile delle spese di messa in sicurezza del sito, nella misura in cui queste siano funzionali a evitare ulteriori contaminazioni, infine, non dovrebbe risultare eccentrica al culture della responsabilità civile italiana, che potrebbe ritrovare il principio già nella regola dell'art. 2051 c.c.

Se si accoglie l'idea illustrata in questo paragrafo, si comprende in che senso vada interpretata la riforma del criterio di imputazione della responsabilità dell'inquinatore nell'ambito della disciplina della bonifica (dove è stata eliminata la regola della responsabilità anche accidentale, senza indicare un nuovo criterio): non si può più applicare il previgente criterio di responsabilità assoluta basato sul nesso causale²³, perché espressione del principio di *responsibility* che permea la direttiva sui rifiuti; né ha senso la soluzione, pur diffusa, di chi sostiene che si debba rinviare al criterio generale dell'art. 2043 c.c.; piuttosto mi sembra consono con l'assetto delineato in sede europea reputare che si debba rinviare ai criteri di imputazione, illustrati nel precedente paragrafo, della

²¹ Soluzione alla quale ancora ha aderito un orientamento minoritario della giurisprudenza amministrativa (tra i quali: C. St., Sez. V, 14 aprile 2016, n. 1509; C. St., sez. V, 8.3.2017, n. 1089, entrambe in *Jus explorat*) e che è stata di recente ripresa da una circolare del Ministero dell'ambiente del 23.1.2018: sul punto, per una prospettiva critica, cfr. V. Giampietro, *MISE, MISU e misure di prevenzione: l'incertezza delle nozioni mette a rischio il proprietario incolpevole*, in *Amb. e svil.*, 2018, 391 ss., 395.

²² CGUE, sez. II. 13.7.2017 n. 129/6, in *Foro it.*, 2017, IV, 496 s., con la seguente motivazione: “*To the extent that, without affecting the liability in principle of the operator, such national legislation seeks to prevent a lack of care and attention on the part of the owner, as well as to encourage the owner to adopt measures and develop practices likely to minimise the risk of damage to the environment, it contributes both to the prevention of such damage and, as a result, to the attainment of the objectives of Directive 2004/35. The effect of this national legislation is that the owners of land in the relevant Member State are deemed to monitor the conduct of those using their property and to report such users to the competent authority in the event of environmental damage or the threat of environmental damage, failing which, the owners will themselves be held jointly and severally liable*”

²³ Meli, *Il principio chi inquina paga e il costo delle bonifiche*, in D'Adda, Nicotra e Salanitro, *Principi europei cit.*, 59 ss.

Si tenga anche presente che secondo Cass. 22.1.2019, n. 1573, in caso di diritto di rivalsa da parte del proprietario o della pubblica amministrazione, sussisterebbe una logica indennitaria per cui il responsabile dell'evento risponderebbe dei costi sostenuti spontaneamente e secondo i criteri di legge, in base al mero criterio causale.



disciplina della responsabilità ambientale (responsabilità oggettiva con esimenti per le attività pericolose; responsabilità per dolo o colpa per le attività non pericolose)²⁴.

6. – Il ruolo di associazioni e cittadini interessati, secondo la disciplina speciale, non è diretto, ma è collegato con l'esercizio discrezionale del potere dell'autorità competente di individuare le misure di riparazione appropriate per salvaguardare in modo equilibrato tutti gli interessi rilevanti: singoli e associazioni possono sollecitare l'adozione di misure di riparazione e, in caso di omissione (ma direi anche di esercizio in eccesso di potere), agire di fronte al giudice amministrativo.

“Resta fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo del danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi”, ai sensi dell'art. 313 comma 7 codice ambiente: la disposizione, che riprende quella della direttiva, fa riferimento ai danni ingiusti, adottando una formula astrattamente compatibile sia con i sistemi tendenzialmente tipici, come quello inglese e tedesco, sia con i sistemi tendenzialmente aperti, come quello francese e italiano.

In presenza di un risarcimento del danno ambientale che comprenda anche le utilità che la collettività ha perduto a causa della perdita di risorse naturali, si pone il dubbio se il medesimo danno, o meglio “la quota individuale del danno collettivo”²⁵, possa essere riconosciuto anche a enti esponenziali della collettività o direttamente ai singoli²⁶.

La legittimazione degli enti esponenziali della collettività, un tempo ampiamente riconosciuta dalla giurisprudenza, tende ad essere esclusa, a fronte della chiara previsione di esclusiva legittimazione del Ministero dell'ambiente: in tal senso è la giurisprudenza prevalente della Cassazione²⁷, che ha trovato avallo in una recente sentenza della Corte costituzionale 1.6.2016 n. 126.

²⁴ Alla stessa conclusione pervengono dopo la novella del 2013: Leonardi, *La responsabilità in tema di bonifica dei siti inquinati: dal criterio soggettivo del “chi inquina paga” al criterio oggettivo del “chi è proprietario paga”?* in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 1 ss.; M. F. Tommasini, *La fenomenologia del rifiuto tra atti di dismissione e tutela del bene ambiente*, in *Contr. e impr.*, 2018, 424 ss., 435.

²⁵ P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2017, 52.

²⁶ Sul punto si rinvia a Salanito, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 246 ss.; ma si tratta di una riflessione già avviata in lavori precedenti.

²⁷ In tal senso Cass. Civ. 27.9.2018, n. 23195 (ma trattasi di decisione particolare); Cass. Pen. 22.11.2017, n. 26957; Cass. civ., 6.5.2015, n. 9012 e n. 9013, in *Danno e resp.*, 2016, 641 ss., con nota di Covucci; Cass. pen., 9.7.2014, n. 24677, in *Cass. pen.*, 2016, 354 ss.; Cass. pen., 27.5.2014, n. 24619 in



Questione più complicata si avverte a proposito delle domande dei singoli, non solo nel caso in cui il pregiudizio ambientale inficia la propria sfera di godimento (si pensi alla disciplina delle immissioni), ma anche nel caso in cui leda una sfera esterna a quella di godimento esclusivo. In un ordinamento in cui si ammetta che il diritto alla vita privata e familiare possa essere leso dal degrado dell'ambiente esterno alla propria dimora (ad es., l'insalubrità delle strade circostanti o del mercato vicino), potrebbe apparire irragionevole che non si risarcisca il danno patrimoniale causato agli operatori, ad es. ittici o turistici, dal degrado delle risorse naturali.

In entrambe le vicende, la lesione è esterna alla sfera di godimento esclusivo del singolo: la perdita di utilità ambientali, tuttavia, non implica un vero e proprio pregiudizio, quanto piuttosto il venir meno di quei vantaggi, di quelle esternalità positive, di cui il singolo ha sino a quel momento goduto senza sostenere alcun costo specifico. Per chiarire i termini del problema, si pensi ad un giardino privato, non protetto da norme ambientali, la cui presenza garantisce un microclima, bellezza e salubrità al circondario: i vicini possono chiedere il risarcimento del danno a chi lo distrugga? La risposta è tendenzialmente negativa, si ritiene, perché l'unica norma lesa è quella che protegge il diritto di proprietà, per cui il diritto ad agire spetta solo al proprietario. Dal punto di vista della deterrenza potrebbe essere opportuno che i vicini possano chiedere i danni; da altro punto di vista, è opportuno che il proprietario, in un sistema che non prevede preferenze nei diritti concorrenti dei soggetti legittimati al risarcimento del danno, sia l'unico soggetto abilitato da agire, anche perché è l'unico soggetto che ha il diritto di ripristinare quel giardino, con vantaggi indiretti per i vicini. È vero che potrebbe anche non ripristinarlo, in una logica privatistica, ma ciò non giustifica una diversa posizione dei vicini, che a monte non avrebbero strumenti per impedire al proprietario di distruggere il giardino.

Ogni qualvolta il bene è protetto da norme a tutela della collettività, la dottrina e la giurisprudenza hanno proposto una diversa impostazione, abbandonando le logiche rigorose di selezione degli interessi rilevanti e ampliando la nozione di ingiustizia del danno: il fenomeno è molto diverso da quello che ha riconosciuto la lesione del credito o i danni relazionali, ma ha partecipato di un clima culturale complessivo volto a disarticolare i confini della responsabilità civile²⁸.

www.iusexplorer.it; Cass. pen., 17.1.2012, n. 19439, in *Cass. pen.*, 2014, 619 ss.; Cass. pen., 13.4.2011, n. 21311, in *Riv. giur. ambiente*, 2011, 816 ss., con nota di A. Gratani; Cass., pen., 11.1.2010, n. 755. Nello stesso senso Cass. pen. 16.6.2016 n. 35610 in *www.iusexplorer.it*.

²⁸ Sul quale si rinvia ai fondamentali lavori di Busnelli.



La sensazione, tuttavia, è che tale ampliamento, in questi casi, sia conseguente alla mancata valorizzazione della disciplina speciale.

Un modello razionale di tutela delle risorse collettive, si prefiggerebbe l'obiettivo di concentrare i proventi delle azioni risarcitorie, a fronte del rischio di incapacienza del patrimonio del responsabile, in capo a quel soggetto ritenuto idoneo a ripristinare la capacità del bene comune di produrre nuovamente esternalità positive: si tratta di un modello che, coerentemente con la natura collettiva delle utilità lese, garantisce la compensazione delle perdite temporanee non ai singoli privati danneggiati, ma alla collettività nel suo complesso. Tanto più che in questi casi il soggetto legittimato avrebbe l'obbligo, o quantomeno il dovere discrezionale, di ripristinare la risorsa collettiva, con vantaggi indiretti per i terzi.

Se si tiene fermo questo modello argomentativo²⁹, le interpretazioni ampliative del diritto alla vita privata e familiare al di fuori della sfera di esclusività – e le conseguenti estensioni delle sfere di protezione degli interessi degli operatori economici – potrebbero essere limitate a quelle vicende in cui la disciplina della responsabilità ambientale non fosse direttamente applicabile: il degrado ambientale per la presenza costante di rifiuti nelle strade non è suscettibile, nella maggioranza dei casi, di integrare le condizioni per l'applicabilità della direttiva europea, per cui appare ragionevole che il danno alle utilità ambientali sia fatto valere – in alternativa o in concorrenza, a seconda dell'opzione che si ritenga congrua – dai residenti o da un ente esponenziale della collettività interessata. Si tratterebbe di un modello succedaneo, volto a sostituire la tecnica consona per il ripristino delle risorse collettive ogni qualvolta la disciplina della responsabilità ambientale non sia chiamata a operare: modello succedaneo, nel quale l'estensione della tecnica della responsabilità civile ad ambiti inappropriati si giustificerebbe con l'esigenza di colmare la grave lacuna assiologica derivante dall'evoluzione normativa e dall'acquisita preminenza dei valori ambientali.

Ma tali questioni, lungi dall'essere riservate allo specialista, interferiscono con i modelli correnti di lettura della disciplina della responsabilità civile, chiamando la dottrina civilistica a una riflessione su risultati e percorsi argomentativi che, in mancanza di queste sollecitazioni, potrebbero essere considerati già consolidati.

²⁹Ma modelli argomentativi alternativi sono illustrati in Salanitro, *op. ult. cit.*



SALVATORE MAZZAMUTO
Professore emerito – Università Roma Tre

L'EUROPA DEL DIRITTO: QUALI PROSPETTIVE

1. – Le parole di Umberto Eco del 1995 a proposito del “fascismo eterno” o metaforico, che è cosa diversa dal fascismo storico, sono straordinariamente attuali esse, infatti, si possono ben riferire al mix di autoritarismo, nazionalismo o sovranismo, antieuropeismo e populismo che ha caratterizzato per un certo tempo la nostra temperie politica ma che oggi sembra accennare ad una nuova apertura ai valori della democrazia, dell'unità nazionale, della solidarietà sociale e dell'europeismo.

In sintesi, questi sono secondo Eco i tratti distintivi dell'archetipo: identità aggressiva e purismo etico; rifiuto della modernità e tradizionalismo reazionario; rigetto dei principi dell'89 e dei diritti individuali; irrazionalismo e primato dell'azione sulla riflessione e sulla discussione; decisionismo; culto della forza e “machismo”, anti-parlamentarismo; ostilità nei confronti della libertà di scienza, arte e stampa, sospette portatrici di germi critici; esaltazione dell'uomo medio e del senso comune; concezione del popolo come un tutt'uno indifferenziato; corporativismo; intolleranza nei confronti dei “diversi” e dei “non integrabili”; xenofobia variamente motivata e razzismo; pensiero unico e unanimità; fantasmi di complotti; nazionalismo ripiegato su se stesso contro internazionalismo e, a maggior ragione, cosmopolitismo; complesso di unicità e di superiorità, unito a vittimismo che sfocia in aggressività. Il linguaggio del fascismo eterno o metaforico è un parlare violento e plebeo; che accarezza l'ignoranza e la banalità di massa.

A fronte di tutto ciò ed alla evidente difficoltà dell'attuale opposizione di riorganizzarsi per impedire una vera e propria catastrofe etico-politica perché ripartire dal rapporto tra diritto e democrazia e soprattutto perché convocare ciò che rimane dei c.d. giuristi democratici – potrebbe sembrare un autentico amarcord – invitandoli a darsi una nuova visibilità e proprio a partire dall'università?

Per rispondere al quesito occorre innanzitutto ricordare la polverizzazione dei c.d.

JUS CIVILE



giuristi democratici che fa da pendant alla singolarizzazione del corpo sociale: un tempo i c.d. giuristi democratici facevano capo ai partiti, specie della sinistra comunista, socialista, laica e cattolica, ai sindacati, all'associazionismo della magistratura, all'accademia che dava vita a nuove scuole non più puramente baronali. Poi c'è stata la corsa al centro o ai movimentismi.

Dell'antico impegno sono rimaste solo macerie e l'odierno buio pesto: ma come ci ricorda la Cabalà occorre toccare il fondo per poter risalire.

Vediamo in dettaglio. Il centro di riforma dello Stato e l'Istituto Gramsci, la Consulta giuridica della Cgil hanno perso funzione e visibilità al traino della crisi della sinistra.

L'associazionismo dei giudici ha perso la sua originaria funzione culturale e si è risserrato in un corporativismo a tenuta stagna e in uno scontro perenne col sistema politico che ha generato soltanto – come dimostra anche l'esperienza odierna – tendenze giustizialiste, da un lato, e tendenze autoritarie volte a minare l'indipendenza della magistratura, dall'altro. Anche qui si affaccia la polverizzazione e molti magistrati vorrebbero che il CSM venga nominato per sorteggio. Sarebbe la fine dell'associazionismo e della sua residua funzione culturale. Un inciso. Perché non ricorrere ad una via di mezzo: sorteggiare soltanto gli eleggibili e poi procedere a regolari consultazioni elettorali tra i giudici rompendo quel collegamento perverso tra governo delle carriere e formazione del CSM che costituisce una delle storture del sistema senza buttare il bambino con l'acqua sporca?

L'università dal canto suo sta abbandonando il compito costituzionale di provvedere alla formazione del giurista che rimane preda di prassi burocratiche le quali soffocano la ricerca e il reclutamento e si prestano ad autentiche collusioni con il mondo delle professioni e dell'imprenditoria generando lobbies in veste di autorità indipendenti che distribuiscono patenti di scientificità alle case editrici e agli organi di stampa specializzati. Il reclutamento è ormai in mano ad associazioni d'interesse di dimensioni nazionali che dominano la formazione delle commissioni d'esame e fanno rimpiangere il bel tempo antico dei c.d. baroni: si dimentica che la scienza giuridica non ha a disposizione collaudati sistemi valutativi di rango internazionale come le c.d. scienze esatte ed è quindi assai alto il rischio di contaminare la scelta dei candidati meritevoli con opzioni politiche o clientelari.

Sul piano del metodo, la maggioranza dei giuristi tout court va al traino della giurisprudenza e si accontenta delle pseudo-teorie del diritto liquido e delle fonti liquide o peggio ancora della c.d. postmodernità per giustificare la propria incapacità a fungere da coscienza critica e a perseguire comunque la costruzione del sistema giuridico inteso come sistema aperto ai valori e alle prassi ma restio a un decisionismo caso per caso della giustizia e della politica.

JUS CIVILE



A fronte di tale inadeguatezza dei giuristi rimane viceversa la centralità del diritto e la funzione imprescindibile della scienza giuridica. Non si tratta solo di difendere i diritti fondamentali e i valori insopprimibili della Costituzione ma occorre anche uno specifico contributo riguardante il caos delle fonti. L'Europa e la globalizzazione richiedono uno sforzo immane per rendere trasparente il rapporto tra le competenze: nel diritto nazionale tra legislazione sempre meno progettuale e frantumata e tendenze dei giudici al diritto libero e nel diritto europeo tra prerogative della Commissione e del Parlamento, da un lato, e decisionismo senza vincoli della Corte europea di giustizia e della Corte europea dei diritti umani, dall'altro.

In poche parole, non v'è certezza delle competenze circa la produzione e l'applicazione del diritto che rimangono affidate a luoghi incontrollabili in sede europea ed internazionale. Non bisogna comunque confondere la certezza delle competenze con la certezza delle regole deputate a disciplinare le relazioni sociali: il primo tipo di certezza è necessaria per la democrazia; il secondo tipo di certezza può essere anche diminuita a favore della giustizia sostanziale del caso per caso tramite principi e clausole generali ma anche qui occorre aver chiaro che la calcolabilità è un requisito necessario per talune zone dell'ordinamento come il diritto penale ove deve prevalere la stretta legalità ma anche del mercato ove risulti utile la pianificazione d'impresa.

La lotta per il diritto è dunque lotta per la democrazia e occorre proprio ripartire dai luoghi della cultura giuridica dall'università dalla magistratura dall'avvocatura.

Di tutto ciò va reso edotto il dibattito politico che ci appare sin troppo autoreferenziale e poco attento ai temi di cui stiamo discorrendo: occorre lavorare ad un fronte ampio di ispirazione europeista nel cui ambito trovino spazio le correnti storiche del nostro pensiero politico: il socialismo democratico, il cattolicesimo democratico, il liberalismo democratico.

È bene anche che si rifletta sul carattere prematuro della morte della forma partito: ciò ha contribuito alla polverizzazione della partecipazione politica, alla perdita di sedi collettive di elaborazione culturale, al prevalere della comunicazione senza partecipazione e dibattito tramite le reti e le televisioni. Si ritorni dunque ai partiti con strutture aperte ma con indirizzi culturali riconoscibili. È tempo di dire basta alla confusione dei progetti e dei valori intorno a personalità magari carismatiche ma prive di capacità di governo. È solo sulla base della rinascita delle identità culturali e politiche che sarà possibile costruire un'alternativa di governo basata su programmi ed analisi affidabili della realtà: a tale alternativa è bene che anche i giuristi diano il loro fondamentale contributo che rimane comunque essenziale al di là dell'odierna contingenza politica.



2. – Andiamo ora più in particolare all'Europa del diritto. Le due parole fatidiche «sovranoismo» e «populismo» si sono imposte nella scena europea ma le definizioni dei relativi concetti appaiono assai poco nitide: il sovranismo sembra stabilmente avviato a rappresentare l'alternativa all'europeismo o al globalismo anche se i suoi interpreti non perdono occasione di precisare che «il problema non è l'Europa, ma *questa* Europa»; il populismo viene spesso riportato in chiave oppositiva a concetti eterogenei: i sostenitori ritengono che agli antipodi del populismo c'è l'elitarismo o la tecnocrazia, laddove i detrattori collocano all'altro corno dell'alternativa la democrazia *tout court*. Tutti gli schieramenti in campo sembrano comunque convergere nella descrizione del contesto storico nel quale i concetti in esame stanno prendendo forma; in tale descrizione campeggia la parola “crisi” variamente declinata: crisi dell'Europa, crisi dello Stato, crisi della legge, crisi della democrazia e crisi del sapere tecnico.

La tecnica giuridica, consegnata dall'illuminismo al diritto moderno, nasce come garanzia delle prerogative del cittadino di fronte alle indebite interferenze del potere statale e si organizza secondo regole generali e astratte che obbediscono al principio di uguaglianza formale sintetizzato nel teoria del soggetto della tradizione settecentesca. Il sistema imperniato sul soggetto astratto di diritto trova compiuta elaborazione nelle codificazioni ottocentesche debitrice del modello dello Stato Nazione di cui il diritto è, dunque, espressione.

Il binomio sovranoismo-diritto appare storicamente un dato inconfutabile, eppure le linee ispiratrici dei codici civili tra l'otto e il novecento manifestano anche un'attenzione alla extra-statalità che relativizza il rapporto tra diritto e Stato e consegna al primo una dimensione marcatamente tecnica: una tecnica che si farà poi portatrice di istanze sociali sulla scia del disegno costituzionale.

Una tale trasformazione della tecnica non sarebbe potuta avvenire senza la mediazione politica dei partiti ed anche oggi, d'altronde, non sembra si possa farne a meno ma un tassello importante dello schema è venuto meno: un tasso di fiducia dei cittadini attorno al 3% testimonia la cosiddetta “crisi dei partiti” che è in ultima istanza crisi della democrazia nella forma sin qui sperimentata. L'ordito giuridico che fino a oggi ha strutturato il tradizionale assetto istituzionale entra in crisi di conseguenza.

Il populismo si inserisce in questa frattura tra popolo e tecnica giuridica proponendo la magica soluzione della “disintermediazione” politica e giuridica in favore di una rete informale che, da un lato, esalta l'individualità dell'«uno vale uno», ma, dall'altro, consegna le individualità al mare indistinguibile della massa anonima dove «nessuno conta niente». La democrazia si trasforma allora in demagogia, con l'esaltazione del ruolo di

JUS CIVILE



guida affidato ad un capo che vede nella tecnica un ostacolo al rapporto simbiotico che intrattiene con “il suo popolo”.

Se «sovrana è la massa, non la legge» la tecnica giuridica capitola in particolare dinanzi ad un pangiudizialismo emozionale che di tecnico ha poco o niente; un pangiudizialismo che farebbe volentieri a meno della Corte costituzionale (custode di una tecnica, prima che di un potere) come più in generale farebbe a meno del sapere tecnico del singolo giudice, oggi selezionato tramite un concorso pubblico che ne certifica il sapere, per l'appunto, tecnico, ma un domani chissà, forse eletto direttamente da quel popolo che nei tecnicismi del diritto sembra vedere solo inspiegabili ostacoli alla legittima soddisfazione delle proprie pulsioni di giustizia.

Gli inviti volti a riconsiderare quella particolare tecnica che articola materialmente il “garantismo penale” sono emblematici di tale vicenda. La pulsione e l'emozione di una collettività sembra incompatibile con il riconoscimento del dubbio, e con il rischio dell'arbitrio, e le garanzie riconosciute all'imputato divengono inspiegabili orpelli burocratici in grado di acuire e testimoniare la frattura tra “popolo” e legge; una frattura che, come si è detto, il populismo ambisce a ricomporre de-tecnicizzando il diritto e ponendolo il più possibile a ridosso del sentimento collettivo. Ancorato chissà ancora per quanto al suo principio di stretta legalità, il diritto penale corre il rischio di venire rappresentato come un sistema simbolico di soddisfazione collettiva incentrato sulla vendetta contro classi di soggetti. È l'emozione del popolo fagocitata e fatta propria dal capo di turno che porta ad un diritto penale strumentalizzato a fini elettorali, non filtrato dalla tecnica, e dunque emergenziale, e specchio fedele della parte di società che intende rappresentare. Gli anticorpi – tecnici – che, in ipotesi, impedirebbero ad una maggioranza razzista e violenta di produrre un diritto penale a sua immagine, magari configurando pene diversificate a seconda del gruppo etnico di appartenenza oppure trasformando la legittima difesa in vendetta, sono messi in discussione a più livelli dell'architettura istituzionale.

Sul fronte del diritto civile, più lontana dal clamore mediatico e, dunque, ai margini del dibattito di politica del diritto, la questione appare diversa nelle forme ma uguale nella linea di tendenza che esprime. Diversa nelle forme perché proprio questo scarso interesse pubblico ostacola l'affermazione di un “diritto civile elettorale”. Uguale nella linea di tendenza perché svincolato dalla legge per il tramite di alcuni concetti chiave, nati nobili e poi banalizzati in una indistinta equità – “interpretazione creatrice”; “lettura costituzionalmente orientata”; “giustizia contrattuale”; “ordine pubblico internazionale”; “effettività della tutela” e quant'altro – il nucleo tecnico del diritto civile appare da tempo eclissato a favore di un analogo “diritto emozionale”.

JUS CIVILE



La proliferazione dei diritti soggettivi dal sapore vagamente consolatorio, ma intimamente individualistici e privi di un supporto sociale o di classe con una buona eccezione nel caso dei beni comuni è un'altra caratteristica del tempo presente.

Il reticolo dei nuovi diritti soggettivi urge sovente dal basso e si indirizza preferibilmente al giudice ancor più che al legislatore, sicché la tecnica, quando è accampata, al più è strumentale all'emersione di ciò che alcune sentenze chiamano candidamente "senso comune" o "coscienza sociale".

Il senso comune a ben vedere è l'opposto del sapere tecnico: il giudice, liberato dal formalismo della morsa tecnica, difatti coltiva in realtà l'ambizione di entrare in presa diretta con la gente; il sapere tecnico, però, e qui la vicenda si consegna nitida all'osservatore, non è fine a se stesso, ma rappresenta una soluzione a problemi che tendiamo a dimenticare.

Il primo problema che il diritto moderno era chiamato a risolvere, come si è detto, è quello di garantire l'uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge. Un diritto consegnato all'abilità del singolo giudice di interpretare il cangiante e oscuro "umore della gente" è un diritto che si condanna alla soggettivizzazione di una, dunque incalcolabile, decisione. Il riflesso di tutto ciò è paradossale perché il giudice dà torto o ragione e, quindi, nel singolo caso vi sarà sempre la prevalenza di una visione del mondo a discapito dell'altra e si dovrà allora attendere il consolidamento degli orientamenti giurisprudenziali e la chiarificazione in sede nomofilattica per conseguire una pacificazione dai contorni chiari e di portata generale. E sarà comunque una pacificazione percepita come un prodotto predisposto da un gruppo di sapienti e non già come il frutto di un processo di condivisione. Il discorso torna così al punto di partenza ossia al congegno istituzionalmente deputato alla decifrazione del senso comune qual è la democrazia rappresentativa: quella stessa crisi della democrazia sperimentata che porta al populismo legislativo appare come il motore del populismo giudiziale. Il giudice e il capo politico reinterpretano la loro funzione colmando il vuoto lasciato dalla partecipazione politica disegnata dalla Costituzione.

Queste brevi riflessioni vogliono costituire un punto di partenza per un dibattito aperto che si proponga di comprendere le cause che hanno determinato l'attuale stato di cose, ma soprattutto di avviare una riflessione sul ruolo del sapere giuridico e sulla fonte della sua legittimazione, con la consapevolezza che, quando la politica assedia il sapere tecnico, la sua difesa diventa anch'essa una questione politico-istituzionale di primaria importanza.



ENRICO GABRIELLI

Professore ordinario di Diritto civile – Università di Roma “Tor Vergata”

EL JUEZ Y LA EXCEPTIO INADIMPLETI CONTRACTUS ENTRE EL DERECHO ITALIANO Y URUGUAYO *

SUMARIO: 1. Exceptio inadimpleti contractus y juicio de resolución del contrato en el derecho italiano. – 2. Exceptio inadimpleti contractus y efectos procesales. – 3. Exceptio inadimpleti contractus, circunstancias, gravedad del incumplimiento y juicio de buena fe. – 4. El juez y el juicio de proporcionalidad del incumplimiento. – 5. Equivalencia de los incumplimientos recíprocos y contrarius consensus. El problema en el derecho uruguayo. La lectura de Carlos de Cores. – 6. El derecho italiano y el principio de congruencia.

1. – En el derecho de los contratos italiano, y también en la doctrina general del contrato, surge el problema de la regulación jurídica del caso que se presenta cuando ambas partes piden judicialmente la resolución del contrato, imputando el incumplimiento a la otra parte. Es el llamado “*incumplimiento recíproco*”.

En efecto, en el juicio de resolución del contrato por incumplimiento, es frecuente el caso en el cual una parte, con el fin de querer cumplir con su propia prestación, sostenga instrumentalmente que la contraparte es incumplidora, o que está en mora, o que el cumplimiento efectuado no es conforme a la regla negocial a su tiempo pactada, y que por lo tanto que se trata de un caso de incumplimiento que legitimaría el ejercicio de la *exceptio* y por lo tanto la propia negativa a cumplir.

El art. 1460 del código civil italiano permite, de hecho, a cada contratante, en los contratos con prestaciones recíprocas, rehusar el cumplimiento de su obligación, si el otro no cumple o no ofrece cumplir contemporáneamente con la propia, excepto que se establezcan términos diferentes para el cumplimiento o que estos resulten de la naturaleza del contrato.

Es la denominada excepción de incumplimiento, expresada tradicionalmente en el antiguo principio *inadimplenti non est adimplendum*¹.

* El presente ensayo constituye la reelaboración de una ponencia presentada por el autor, en el “*Centro de Estudios Judiciales del Uruguay*” del Poder Judicial del Uruguay el 23 de septiembre de 2019.



El principio cumple una función de autotutela *in bonis* que halla su expresión tanto en el derecho común de los contratos (art. 1460 c.c.) como en el derecho especial (art. 1822 c.c. dictado en materia de mutuo) puesto que indica una regla general de tutela del contratante preparado para cumplir, como protección de sus propias razones tanto actuales como futuras (para el caso diferente del art. 1461 c.c.) para la hipótesis en la cual el otro contratante no esté en condiciones de cumplir su propia prestación, tanto en lo inmediato como en lo futuro.

El fundamento de la regla de la *exceptio* surge de la actuación de un principio general de tutela del contratante cumplidor, o por lo menos listo para cumplir, que halla análogas manifestaciones también en otros ordenamientos², por lo que el incumplimiento, o la negativa a cumplir, o la suspensión del propio cumplimiento, pueden ser el efecto de una reacción del contratante ante el incumplimiento ajeno, total o parcial, o del retardo ajeno en el cumplimiento, o, como en el denominado “incumplimiento recíproco”, puede depender de la circunstancia de que ninguna parte cumple con las obligaciones surgidas en un contrato sinalagmático.

El ámbito de aplicación de la *exceptio inadimpleti*, como se dijo, es el de los contratos con prestaciones recíprocas, categoría caracterizada por el principio por el cual cada prestación halla su justificación en la otra, de modo que la fallida (o inexacta) ejecución de una prestación legítima a la fallida no ejecución temporal (no la ejecución inexacta, ni la inejecución definitiva) de la otra.

Los efectos de la excepción de incumplimiento, no obstante, no se limitan a la paralización de la pretensión ajena cuando la otra parte resulte incumplidora, o en mora con el cumplimiento, sino que pueden producir efectos posteriores en el futuro eventual juicio de incumplimiento, porque uno de los caracteres fundamentales de la figura de la excepción de incumplimiento está representado por el hecho de que el rechazo por parte del contratante de cumplir con la propia obligación, como ejercicio de autotutela privada, para ser calificado de legítimo, y por lo tanto no arbitrario y no abusivo, no debe ser contrario a la buena fe.

¹ Cfr. SCADUTO, G., *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Annali Univ. di Palermo*, 1921, 74.

Sobre el tema ahora me permito de reenviar, también por referencias, a GABRIELLI E. *Remedios. Contribución al estudio de las tutelas contractuales*, Montevideo, 2018, 26 ss.; ID., *Las excepciones dilatorias*, en Díaz Alabart S., Gabrielli E., Leiva Fernández L., (dir.), *La extinción de los contratos. Un enfoque comparado*, Buenos Aires, 2017, 403 ss.; ID., *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, *passim*.

² Cfr., por ejemplo, la reciente ley china en Contratos, arts. 66, 67 e 68.

Para una visión global, cfr. también GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, en *Trattato di diritto civile* dirigido por R. Sacco, 2ª ed., Torino, 2008, 254 ss.



La excepción de incumplimiento – en cuanto declaración de naturaleza negocial – opera fuera del juicio, puesto que configura una legítima omisión del cumplimiento a favor de quien resulta, a su vez, incumplidor, y por lo tanto no debe ser confundida con la demanda reconvenzional de resolución, que es un acto judicial en sentido estricto, ya que es planteada en juicio cuando la parte incumplidora se ha dirigido al juez para obtener la condena de la contraparte al cumplimiento y la contraparte, para sustraerse al cumplimiento, acciona mediante una demanda reconvenzional (art. 36 cód. proc. civ.) con la cual hacer valer el incumplimiento ajeno y solicita al juez que declare la resolución del contrato³.

La excepción de incumplimiento – en cuanto funcional a producir la suspensión de la obligación de ejecutar la propia prestación, mientras no haya cesado el incumplimiento ajeno – no tiene efecto inmediatamente resolutivo del contrato, ni definitivamente liberatorio para el deudor⁴, puesto que tales efectos derivan únicamente del amparo de la demanda de resolución.

³Según la jurisprudencia (Casación, 29 de setiembre de 2009, n. 20870, en *Repertorio Foro Italiano*, 2009, entrada *Contratto in genere*, n. 467, la excepción de incumplimiento, como toda otra excepción, no requiere de la adopción de formas especiales o fórmulas sacramentales, siendo suficiente que la voluntad de la parte de plantearla se deduzca claramente del conjunto de sus defensas, según una interpretación del juez de mérito que, si anclada a corrientes cánones de hermenéutica procesal, no es censurable en sede de legitimidad (en la especie, la Corte de Casación anuló la sentencia de mérito que había excluido poder hallar la excepción del art. 1460 c.c. en la demanda reconvenzional dirigida a la reducción del precio de una compraventa inmobiliaria propuesta por el promisorio adquirente, demandado por el promitente vendedor por la resolución del contrato por incumplimiento, no obstante dicha demanda reconvenzional fuera acompañada por defensas dirigidas a oponerse a la pretensión adversa sobre la alegación de varios incumplimientos a los compromisos asumidos de completamiento y regularización urbanística de construcciones objeto de la transmisión pactada).

⁴Cfr. Casación, 5 de mayo de 1982, n. 2821, en *Massimario Foro Italiano*, 1982: la excepción de incumplimiento “permite a la parte cumplidora suspender la prestación debida hasta que el otro contratante no cumpla a su vez, pero no la libera de su propia obligación de manera definitiva; por lo tanto, la mencionada excepción, opuesta por el conductor al locador claramente incumplidor de la obligación de eliminar determinados vicios de la cosa locada, justifica la suspensión del pago de los cánones, pero no exime del cumplimiento de la respectiva obligación con referencia a la entera duración de la locación”.

A su vez Casación, 28 de marzo de 2001, n. 4529, en *Massimario Foro Italiano*, 2001, estableció que la “*exceptio inadimpleti contractus*, del art. 1460, cód. civ., puede ser invocada, además que con la finalidad de paralizar la demanda de cumplimiento, también respecto de una demanda de resolución del contrato promovida por la contraparte”. Según Casación, 16 de noviembre de 2000, n. 14865, en *Corriere giuridico*, 2001, 762, también la violación de las obligaciones colaterales de protección, de información, de colaboración derivadas de los arts. 1337, 1338, 1374, 1375, 1175, que se colocan como precondiciones de la obligación principal, legitima la excepción ex art. 1460 cód. civ.

Para Casación, 15 de abril de 2014, n. 8736, en *Giurisprudenza Italiana*, 2014, 1058, “el deudor demandado que se vale de la excepción de incumplimiento según lo previsto por el art. 1460 c.c. puede limitarse a alegar el incumplimiento ajeno, mientras que el acreedor deberá demostrar su propio incumplimiento y ello también en el caso en el cual se plantee una excepción no de incumplimiento de la obligación, sino



En cuanto «excepción sustancial» – y por lo tanto instrumento de inmediata incidencia en la relación contractual, dado que paraliza el derecho del otro contratante para solicitar el cumplimiento, o la resolución o el resarcimiento del daño – ella puede ser hecha valer también a través de una declaración extrajudicial, o puede ser opuesta en juicio al otro contratante⁵, y en tal sentido se configura como una excepción de alcance más amplio que una mera excepción de naturaleza procesal⁶.

La excepción hecha valer extrajudicialmente, en efecto, no impide al *excipiens* demandar sucesivamente en juicio la resolución del contrato (eventualmente por vía reconvenzional ante una demanda de cumplimiento o de resolución del otro contratante), o enviar una intimación para cumplir, o declarar querer valerse de una cláusula resolutive expresa; simplemente, en lo inmediato, hace inexigible la propia prestación, a la espera del cumplimiento de la contraparte, o del pronunciamiento de resolución del contrato.

El rechazo a cumplir, si es legítimo según el art. 1460, tiene además un efecto preclusivo del amparo de la demanda del otro contratante por resolución por incumplimiento y

su inexacto cumplimiento, siendo suficiente que el acreedor alegue la inexactitud del incumplimiento y gravando una vez más sobre el deudor la carga de demostrar el exacto cumplimiento realizado”.

⁵ CARNEVALI U., en CARNEVALI U.-GABRIELLI E.-TAMPONI M., *Il contratto in generale. L'inadempimento*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por Bessone, Torino, 2011, 246, observa que en este caso, siempre que la excepción sea planteada legítimamente, tiene el objetivo de paralizar una demanda judicial de cumplimiento planteada por el otro contratante, pero sirve también para paralizar una demanda judicial de resolución de contrato por incumplimiento de quien plantea la excepción, una intimación a cumplir o una declaración de querer valerse de la cláusula resolutive expresa (en tal sentido, en jurisprudencia, cfr. Casación, 28 de marzo de 2001, n. 4529; Casación, 4 de noviembre de 2009, n. 23345; Casación, 13 de julio de 2005, n. 14737; Casación, 12 de febrero de 2002, n. 2706; Casación, 5 de agosto de 2002, n. 11728; Casación, 4 de julio de 2002, n. 9517; Casación, 13 de abril de 2000, n. 4122; Casación, 11 de agosto de 1997, n. 7480; y otras con referencia a la cláusula resolutive expresa, cfr. Casación, 13 de julio de 1982, n. 4122; Casación, 21 de enero de 1982, n. 400).

En el caso en el que se establezca un plazo esencial (art. 1457, c.c.) a favor del otro contratante, la excepción impide la resolución del derecho del contrato de vencimiento del plazo mismo porque el *excipiens* no puede ser considerado incumplidor (BIGLIAZZI GERI L., *Della risoluzione per inadempimento*, II, en *Commentario del codice civile*, a cargo de Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 47 ss.).

⁶ CARNEVALI U., *op. cit.*, 246, según el cual tal excepción atribuye al contratante que plantea la excepción el derecho de suspender transitoriamente la ejecución del contrato, y – tratándose de un derecho típicamente potestativo, al cual el otro contratante queda sujeto, a condición de que la excepción haya sido legítimamente ejercida – neutralizarse solo con la ejecución de la prestación debida al *excipiens*, y así quien plantea la excepción y rechaza ejecutar la entrega del bien vendido no incurre en mora no impidiéndose la transmisión del riesgo de la perención del bien según las reglas generales. Si la prestación de quien plantea la excepción deviene imposible por caso fortuito aún después del rechazo de cumplir, no se aplica el art. 1221, c.c., y quien plantea la excepción queda liberado de su prestación con las consecuencias previstas por el art. 1463, c.c.



de resarcimiento del daño⁷, e impide la operatividad de la cláusula resolutive expresa⁸.

El principio de autotutela contenido en la cláusula se desarrolla, por lo tanto, en presencia del mero y objetivo hecho de la inejecución de la contraprestación, que legitima, en cabeza del contratante *in bonis*, la negativa de ejecutar su propia prestación⁹.

Con la consecuencia de que puede valerse de la resolución del contrato, judicial o extrajudicial, sólo la parte cumplidora y por lo tanto no puede invocarla el contratante que fue, a su vez, incumplidor¹⁰ y originó, con su propio incumplimiento, el comportamiento opositor de la otra parte, que legítimamente se abstuvo de ejecutar su propia contraprestación. Como dije, es el contratante incumplidor quien afirma instrumentalmente que la contraparte es incumplidora, siendo esta situación la que legitima el ejercicio de la *exceptio* y por lo tanto la propia negativa a cumplir.

Aclarado el mecanismo mediante el cual, en el plano de las recíprocas relaciones sinalagmáticas, opera entre los contratantes la excepción dilatoria, en la fase de ejecución del contrato, hay que examinar cómo se desarrolla la misma, tanto dinámicamente en el plano del binomio prestación – contraprestación, como sincrónicamente en las secuencias de desarrollo cronológico del mismo, porque el ámbito de aplicación de la *exceptio*

⁷ Cfr. Casación, 15 de diciembre de 1985, n. 6347, en *Massimario Foro Italiano*, 1985; Casación, 11 de octubre de 2012, n. 17353, en *Giustizia Civile Massimario*, 2012.

⁸ Cfr. Casación, 13 de julio de 1982, n. 4122, en *Massimario Foro Italiano*, 1982; Para Casación, 16 de setiembre de 2013, n. 21115 en *Giustizia civile Massimario*, 2013, “aunque la parte interesada manifestó la voluntad de valerse de la cláusula resolutive expresa, el juez debe valorar la excepción de incumplimiento propuesta por la otra parte, dada la dañosidad lógica de la misma respecto del verificarse de los efectos resolutivos que normalmente derivan de manera automática, según lo previsto por el art. 1456 cód. civ., de la verificación de un incumplimiento culpable”.

En doctrina, BIGLIAZZI GERI L., *Risoluzione per inadempimento*, en *Commentario del codice civile*, cit., 45 ss., donde se formula una correspondiente solución también para el plazo esencial.

⁹ Dicho comportamiento es legítimo si sucesivamente se verifica que la contraprestación había devenido imposible por causa no imputable al deudor, como se desprende de Casación, 8 de noviembre de 1984, n. 5639, en *Massimario Foro Italiano*, 1984, según la cual se debe “prescindir de la culpabilidad del incumplimiento por la parte a la cual se opone el rechazo”.

¹⁰ Cfr. sobre el punto Casación, 12 de noviembre de 2013, n. 25427, la cual, en materia de contrato preliminar afirmó que la excepción de incumplimiento – basada en la ausencia del certificado de habitabilidad del inmueble o de la presencia de defectos edilicios remediabiles – no puede ser opuesta cuando resulte que el promisorio adquirente tenía conocimiento de dicha situación. Según la Corte el presupuesto de la obligación que el art. 1477, último párrafo, c.c., pone a cargo del vendedor (y no del promitente vendedor) de entregar los documentos relativos al uso de la cosa vendida, es que tales documentos son necesarios para el uso de la misma y se encuentran en posesión del vendedor, el cual, en caso negativo, deberá atender a su confección en el momento de la celebración del contrato, de modo que, en caso de preventiva celebración del contrato preliminar, es necesario que dichos documentos sean adquiridos y entregados al promisorio adquirente en el momento de la estipulación del contrato definitivo de venta.



es el de los contratos de prestaciones recíprocas y de ejecución instantánea o diferida en el tiempo.

En tal sentido asume una significativa importancia el orden cronológico de la ejecución de las prestaciones, especialmente cuando fue disciplinado en términos de contemporaneidad.

2. – En el enfrentamiento entre las pretensiones contrapuestas de incumplimiento surge el problema del reparto de la carga de la prueba entre las partes, con el fin de hacer valer cada una de ellas su propio derecho de suspender la ejecución del contrato, y tal cuestión surge en particular toda vez que se demanda (por el cumplimiento o por la resolución) al contratante que planteó la *exceptio*.

Sobre el punto se plantearon tesis contrapuestas: una parte de la doctrina sostuvo que el contratante que se vale de la excepción de incumplimiento debe demostrar el hecho sobre el cual se funda la excepción, o sea el incumplimiento del otro contratante.¹¹

Dicha tesis, sin embargo, es criticada porque se fundaría en una aplicación mecanicista del art. 2697, párrafo 2, cd. civ.¹²

La jurisprudencia, por el contrario, con el correr del tiempo, cambió su propia orientación.

Una primera posición sostenía que si el demandado plantea una excepción por un incumplimiento integral del actor, este último tiene la carga de la prueba de haber cumplido de manera exacta; si por el contrario el demandado plantea un cumplimiento parcial (o un cumplimiento inexacto, que se equipara con el primero), este último tiene la carga de probar la inexactitud del cumplimiento ajeno¹³.

El contraste se planteaba en los siguientes términos: una primera orientación, mayoritaria, sostenía que el régimen probatorio debería ser diferente según que el acreedor solicitara el cumplimiento o la resolución.

¹¹ BIANCA C.M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano 1994, 343; TAMPONI M., *La risoluzione per inadempimento*, en GABRIELLI E., *I contratti in generale*, en *Trattato dei contratti*, dirigido por Rescigno e Gabrielli, 2ª ed., Torino, 2006, II, 1535.

¹² Art. 2697. (Onere della prova). Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si e' modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

ADDIS F., *Le eccezioni dilatorie*, nel *Trattato dei contratti Roppo*, Milano, 2006, V, 456.

¹³ Casación, 10 de febrero de 2000, n. 1457; Casación, 16 de julio de 1999, n. 7553; Casación, 29 de mayo de 1998, n. 5306.



En esta línea de pensamiento se afirmaba que la parte que solicita la resolución del contrato por incumplimiento de una obligación debe probar el hecho que legitima la resolución, o sea el incumplimiento; en tanto que, una vez suministrada dicha prueba, corresponde al demandado la carga de demostrar ser inmune de culpa.

Efectivamente, se sostenía que a los fines del reparto de la carga de la prueba del incumplimiento, se debe poner atención al objeto específico de la demanda.

A diferencia de cuando se solicita la ejecución del contrato y el cumplimiento de las respectivas obligaciones – donde es suficiente que el actor pruebe el título que constituye la fuente del derecho alegado (o sea la existencia del contrato y, por lo tanto, de la obligación que se asume incumplida) – en la hipótesis en la cual se solicita la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación, el actor estaría obligado a probar también el hecho que legitima la resolución, o sea el incumplimiento y las circunstancias inherentes, en función de las cuales asume relevancia jurídica. En tal caso, sólo cuando el actor hubiera probado el hecho constitutivo del incumplimiento, correspondería al demandado la carga probatoria de ser inmune de culpa¹⁴.

Una diferente y contrapuesta orientación, aunque minoritaria, tendía por el contrario a reconducir a uno solo el régimen probatorio a aplicar con referencia a todas las acciones previstas por el art. 1453 c.c., o sea a la acción de cumplimiento, de resolución y de resarcimiento del daño por incumplimiento, requerido de manera autónoma.

En esta línea de pensamiento, se afirmaba que la acción de resolución por incumplimiento prevista por el art. 1453 c.c., y las de cumplimiento y de resarcimiento de los da-

¹⁴ Casación, 9 de enero de 1997, n. 124, en el caso en especie, donde se trataba de un contrato de cesión de cuotas sociales, la Corte consideró que la fallida celebración del contrato traslativo constituía un incumplimiento de la obligación del vendedor de hacer adquirir al comprador la propiedad de la cosa o del derecho cedido, de modo que cuando tal circunstancia resulta cierta, no corresponde al comprador la carga de demostrar las causas de su verificación, pero el vendedor debe vencer la presunción de responsabilidad sancionada por el art. 1218 c.c.

La tesis se sostiene en la valorización de la distinción entre los remedios conjuntamente previstos por el art. 1453 c.c., detectando que se trata de acciones a través de las cuales se plantean demandas con diferente objeto (cumplimiento, resolución, resarcimiento del daño).

Se observa que en la acción de cumplimiento, el hecho constitutivo es el título, que constituye la fuente negocial o legal del derecho de crédito, de modo que la prueba que el acreedor debe suministrar, conforme el art. 2697, párrafo 1, debe tener por objeto solo dicho elemento. Por el contrario, en la acción de resolución, la demanda se funda sobre dos elementos: el título, fuente convencional o legal de la obligación, y el incumplimiento de la obligación, de modo que la prueba requerida al acreedor debe referirse a ambos, tratándose de hechos constitutivos del derecho que se hace valer, según lo normado por el art. 2697, párrafo 1.

Se considera irrelevante que el incumplimiento, elevado a objeto de la carga probatoria, sea un hecho negativo, al oponerse que, por jurisprudencia constante, también los hechos negativos pueden ser probados suministrando prueba de los hechos positivos contrarios.



ños contempladas por la misma norma, tienen en común el título y el vínculo contractual del cual se deduce la violación por el otro contratante.

Por lo dispuesto en el art. 2697 c.c., a la parte que propone tales acciones no puede sumársele otra carga, salvo la de probar la existencia de ese título y, por lo tanto, el nacimiento de obligaciones conexas.

A la contraparte, por el contrario, le correspondería la carga de la prueba de haber cumplido, excepto que proponga una excepción de incumplimiento, en cuyo caso deberá ser el otro quien la neutralice, demostrando su propio cumplimiento o que aún no ha acontecido el vencimiento de la obligación a su cargo¹⁵.

Otra orientación se fundaba, por el contrario, en el hecho de que el mecanismo de reparto de la carga de la prueba según lo dispuesto por el art. 2697 c.c. en materia de responsabilidad contractual es idéntico, ya sea que el acreedor accione por el cumplimiento de la obligación, o que solicite el resarcimiento por el incumplimiento contractual, de modo que en ambos casos el acreedor deberá probar los hechos constitutivos de la pretensión, o sea la existencia de la fuente negocial o legal del crédito y, si estaba previsto, el plazo de vencimiento, y no también el incumplimiento, mientras que el deudor deberá plantear una excepción y demostrar el hecho extintivo del cumplimiento¹⁶.

¹⁵ Casación, 5 de diciembre de 1994, n. 10446.

¹⁶ Casación, 27 de marzo de 1998, n. 3232, según la cual en la acción de cumplimiento, de resolución y en la resarcitoria (que tienen en común el elemento constitutivo fundamental del fallido cumplimiento) el acreedor es obligado solo a probar la existencia del título, pero no el incumplimiento del obligado, debiendo este último probar que cumplió, salvo que no plantee una excepción de incumplimiento, en cuyo caso será la otra parte la que deberá neutralizarla probando su propio cumplimiento o que su obligación todavía no era exigible (en el caso en especie, la acción estaba dirigida contra un banco por la fallida entrega de certificados de depósito; la suprema corte estableció que la prueba positiva de la efectiva entrega pesaba sobre el mismo banco deudor, no pudiéndose poner a cargo del acreedor la carga de la prueba negativa del fallido cumplimiento).

La tesis se argumentaba en que de la interpretación del art. 2697 c.c. (que requiere del actor la prueba del derecho pretendido y del demandado la prueba de la modificación o de la extinción del derecho mismo) se deduciría “el principio de la presunción de persistencia del derecho”, que – en cuanto aplicable a la hipótesis de la demanda por cumplimiento, en relación a la cual el acreedor debe probar la existencia de la fuente negocial o legal del crédito y, si previsto, del plazo de vencimiento, en cuanto se trata de hechos constitutivos del derecho de crédito, pero no el incumplimiento, dado que el deudor debe probar el cumplimiento, hecho extintivo de la obligación – debe encontrar aplicación también en las hipótesis en que el acreedor acciona por la resolución o por el resarcimiento del daño por incumplimiento requerido autónomamente.

Tal exención encontraría su propia justificación en la consideración de que las normas deben interpretarse según un criterio de razonabilidad.

En tal sentido, cfr. Casación, 7 de febrero de 1996, n. 973, según la cual el mecanismo de reparto de la carga de la prueba según lo previsto por el art. 2697 c.c. en materia de responsabilidad contractual (de conformidad a los criterios de razonabilidad por identidad de situaciones probatorias, de referibilidad en concreto de la carga probatoria a la esfera de acción de los sujetos y de diferenciación estructural entre respon-



La Corte de Casación, posteriormente, con una sentencia de las secciones unidas, resolvió la contraposición reseñada¹⁷.

La regla jurisprudencial afirmada indica que “en materia de prueba del incumplimiento de una obligación, el acreedor que acciona por la resolución contractual, por el resarcimiento del daño, o por el cumplimiento sólo debe probar la fuente (negocial o legal) de su derecho y el respectivo plazo de vencimiento, limitándose a la mera alegación de la circunstancia del incumplimiento de la contraparte, mientras que el deudor demandado carga con la prueba del hecho extintivo de la pretensión ajena, constituido por el efectivo cumplimiento”¹⁸.

sabilidad contractual y por hecho ilícito) es idéntico, ya sea que el acreedor accione por cumplimiento de la obligación o que demande por el resarcimiento por incumplimiento contractual, y en ambos casos el acreedor deberá probar los hechos constitutivos de la pretensión, o sea la existencia de la fuente negocial o legal del crédito y, si previsto, el plazo de vencimiento, y no el incumplimiento, mientras que el deudor deberá plantear la excepción y demostrar el hecho extintivo del cumplimiento. De este modo, aparecería irracional que ante una idéntica situación probatoria de la razón del crédito, o sea de la existencia de la obligación contractual y del derecho a obtener su cumplimiento, exista una diferente disciplina de la carga probatoria, solo porque el acreedor opta por solicitar (la resolución o) el resarcimiento en dinero del daño determinado por el incumplimiento en lugar del cumplimiento, si todavía posible, o del resarcimiento en forma específica.

La liberación del acreedor de la carga de probar el hecho negativo del incumplimiento en todas las hipótesis en las cuales el art. 1453 c.c. (y no solo en el caso de la demanda por cumplimiento), con su correspondiente desplazamiento hacia el deudor demandado de la carga de suministrar la prueba del hecho positivo del efectivo cumplimiento, sería, según esta orientación, conforme al principio de referibilidad o de cercanía de la prueba, y en razón de dicho principio (que parte de la consideración de que el acreedor tendría dificultades, a menudo insuperables, si tuviera que demostrar no haber recibido la prestación) la carga de la prueba debería repartirse tomando en cuenta, en concreto, la posibilidad para uno o para otro sujeto de probar hechos y circunstancias que recaen en sus respectivas esferas de acción. Dicho razonamiento sería coherente con la regla dictada por el art. 2697 c.c., que distingue entre hechos constitutivos y hechos extintivos, y por lo tanto estaría en línea con los principios según los cuales se debe considerar que la prueba del cumplimiento, hecho extintivo del derecho accionado por el acreedor, corresponde al deudor demandado, que por lo tanto deberá suministrar una prueba directa y positiva del cumplimiento, al tratarse de un hecho que se remite a su esfera de acción.

¹⁷Casación, 30 de octubre de 2001, n. 13533, en *Contratti*, 2002, 113, con nota de CARNEVALI U., *Inadempimento e onere della prova*.

¹⁸La Corte, aun partiendo del presupuesto de que el art. 2697 del código civil dictó una disciplina general en materia de reparto de la carga de la prueba, sin referencia a tipos específicos de demandas, considera sin embargo oportuno tener en cuenta que, en la disciplina del incumplimiento, toma relevancia el rol asumido por la parte en el proceso, y que por lo tanto con referencia a los tres remedios conjuntamente previstos por el art. 1453 c.c. aparece oportuno individualizar un criterio de máxima caracterizado, en su mayor grado, por homogeneidad, puesto que un exceso de diferenciaciones de tipo conceptual y formal es fuente de dificultades en la aplicación en concreto de la respectiva disciplina.

El principio de la presunción de persistencia del derecho, deducible por el art. 2697, por el cual, probada por el acreedor la existencia de un derecho destinado a ser satisfecho dentro de cierto plazo, pesa sobre el deudor la carga de demostrar la existencia del hecho extintivo, constituido por el cumplimiento, debe,



Un criterio igual de reparto de la carga de la prueba debe considerarse aplicable, según la Corte, al caso en el cual el deudor demandado por incumplimiento, resolución o resarcimiento del daño se valga de la excepción de incumplimiento *ex art. 1460*, resultando en tal caso invertidos los roles de las partes en conflicto ¹⁹.

según los jueces, considerarse operativo no solo en el caso en el cual el acreedor acciona por el cumplimiento, en cuyo caso solo debe probar el título contractual o legal de su derecho, sino también en el caso en el cual, sobre un presupuesto común de incumplimiento de la contraparte, acciona por la resolución o por el resarcimiento del daño.

De ello deriva que, por la homogeneidad del régimen de la carga de la prueba para las tres acciones previstas en el art. 1453 c.c., debe plantearse una interpretación según un criterio de razonabilidad de las respectivas normas dictadas por la disciplina del incumplimiento (el art. 1453 concordados con los arts. 1218 y 2697 c.c.).

La demanda por cumplimiento, la demanda por resolución por incumplimiento y la demanda autónoma de resarcimiento del daño por incumplimiento se vinculan todas con el mismo presupuesto, constituido por el incumplimiento, y por lo tanto sirven todas, según la Corte, para establecer que el deudor no cumplió: las sentencias posteriores son consecuencia de esta, que queda igual a sí misma sin importar los corolarios que el actor deduce de ella, y dado que las acciones de cumplimiento y de resolución están normadas por el art. 1453 en el mismo plano, por ello el acreedor posee la facultad de elección entre una y otra acción, no sería conforme a un criterio de razonabilidad atribuir diferente relevancia al hecho del incumplimiento según el tipo de acción que se ejerce concretamente. Por ello si la parte que acciona por incumplimiento puede limitarse a alegar (sin carga de probarlo) que no hubo cumplimiento, igual carga limitada a la alegación debe reconocerse si subsiste el caso en el cual, por el contrario, en vez del cumplimiento la parte solicita, planteando siempre que el cumplimiento no existió, la resolución o el resarcimiento del daño.

La identidad del régimen probatorio, para los tres remedios previstos por el art. 1453, merece ser afirmada también para evidentes exigencias de orden práctico, dada la dificultad para el acreedor de suministrar la prueba de no haber recibido la prestación, o sea de suministrar la prueba de un hecho negativo (excepto que se trate de incumplimientos de obligaciones negativas), y dado que sin embargo se trata de una técnica probatoria no fácilmente practicable, en razón del hecho de que el acreedor que invoca no haber sido pagado tendrá serias dificultades para individualizar, como objeto de prueba, hechos positivos contrarios aptos para demostrar dicho hecho negativo; por el contrario, la prueba del cumplimiento, si aconteció, será muy fácil para el deudor, que normalmente estará en poder de un comprobante (a cuya entrega tiene derecho: art. 1199 c.c.) o de otro documento relativo al medio de pago utilizado.

Según la Corte “se revela por lo tanto conforme a la exigencia de no dificultar excesivamente el ejercicio del derecho del acreedor a reaccionar al incumplimiento, sin por otra parte penalizar el derecho de defensa del deudor cumplidor, hacer aplicación del principio de referibilidad o de cercanía de la prueba, colocando en todo caso la carga de la prueba a cargo del sujeto en cuya esfera se produjo el incumplimiento, y que por lo tanto está en posesión de los elementos útiles para paralizar la pretensión del acreedor, ya sea que esté dirigida al cumplimiento, a la resolución o al resarcimiento del daño, suministrando la prueba del hecho extintivo del derecho accionado, constituido por el cumplimiento”.

¹⁹ Según la orientación de la Corte quien plantea la excepción puede limitarse a alegar el incumplimiento ajeno y por lo tanto será la contraparte la que neutralizará la excepción, demostrando su propio cumplimiento o el vencimiento aún pendiente de la obligación a su cargo.

Las mencionadas exigencias de homogeneidad del régimen probatorio inducen a extender también a la hipótesis del inexacto cumplimiento el principio de la suficiencia de la alegación de la inexactitud del cumplimiento (por violación de los deberes accesorios, como el de información, o por falta de observación de la obligación de diligencia, o por diferencias cuantitativas o cualitativas de los bienes), pesando también en



El deudor que opone la excepción se limitará a alegar el incumplimiento ajeno y el acreedor accionante deberá demostrar su propio cumplimiento, o el no aún acontecido vencimiento de la obligación; en el caso en el cual se haya planteado no el incumplimiento de la obligación, sino su inexacto cumplimiento, al acreedor accionante le será suficiente la mera alegación de la inexactitud del cumplimiento (por violación de los deberes accesorios, como el de información, o por fallida observación de la obligación de diligencia, o por diferencias cuantitativas o cualitativas de los bienes), pesando una vez más sobre el deudor la carga de demostrar el efectivo, exacto cumplimiento²⁰.

dicha eventualidad sobre el deudor la carga de demostrar el exacto cumplimiento acontecido.

Aparece efectivamente artificiosa la diferente reconstrucción de la situación según la cual el acreedor que lamenta un incumplimiento inexacto manifestaría, implícitamente, la voluntad de admitir el efectivo cumplimiento, dado que se debe observar que en realidad el acreedor expresa una bien precisa y única queja, centrada en la disconformidad del comportamiento del deudor ante el programa negocial, y en razón de esta solicita tutela, solicitando el cumplimiento, la resolución o el resarcimiento. Al mismo tiempo, según la orientación hecha justamente por las Secciones Unidas de la Corte de Casación, la diferente consistencia del incumplimiento total y del incumplimiento inexacto no puede justificar el diferente régimen probatorio. En ambos casos, el acreedor deduce que el otro contratante no fue fiel al contrato, dado que no es razonable considerar suficiente la alegación para el incumplimiento total (máxima expresión de infidelidad al contrato) y pretender del acreedor la prueba del hecho negativo de la inexactitud, si es deducido solo un incumplimiento inexacto o parcial (más una reducida manifestación de infidelidad al contrato). En ambos casos, la pretensión del acreedor se funda en la alegación de un incumplimiento a la cual el deudor deberá contraponer la prueba del hecho extintivo constituido por el cumplimiento exacto.

Una excepción al afirmado principio debe hallarse, siempre según esta orientación, solo en el caso de incumplimiento de obligaciones negativas, dado que donde se hubiera planteado la violación de una obligación de no hacer, la prueba del incumplimiento siempre está a cargo del acreedor, aun en el caso en el cual acciona por el cumplimiento. Según lo previsto por el art. 1222 c.c., efectivamente, todo hecho cumplido en violación de obligaciones de no hacer constituye de por sí incumplimiento, y el incumplimiento de dichas obligaciones integra un hecho positivo y no ya un hecho negativo como sucede para las obligaciones de dar o de hacer. En razón del hecho de que el común presupuesto de los remedios previstos por el art. 1453 c.c. es un incumplimiento constituido por un hecho positivo (la ejecución de una construcción, el desarrollo de una actividad), de ello se debe deducir que no puede operar el principio de la persistencia del derecho insatisfecho.

Dicha regla no opera cuando el acreedor acciona por el cumplimiento, solicitando la eliminación de las modificaciones de la realidad material presente en violación a la obligación de no hacer, o la resolución o el resarcimiento, en el caso de violaciones con efectos irreversibles, porque en el caso de obligaciones negativas el derecho nace satisfecho y lo que importa es su sucesiva violación, ni subsisten las exigencias prácticas determinadas por la dificultad de suministrar la prueba de hechos negativos sobre los cuales se funda el principio de referibilidad de la prueba, dado que el incumplimiento de la obligación negativa tiene naturaleza de hecho positivo.

²⁰ En el mismo sentido, cfr., sucesivamente, entre las más recientes: Casación, 31 de julio de 2015 n. 16214; Casación, 17 de junio de 2015, n. 12501; Casación, 20 de enero de 2015 n. 826; Casación, 14 de marzo de 2014 n. 5952; Casación, 4 de julio de 2012, n. 11173; Casación, 15 de mayo de 2012, n. 7530; Casación, 23 de mayo de 2011, n. 11290; Casación, 15 de julio de 2011 n. 15659; Casación, 28 de febrero de 2014 n. 4876.



La Corte de Casación expresamente aclaró que la regla sobre el reparto de la carga de la prueba vale también para el caso en el cual el cumplimiento inexacto sea puesto como fundamento de la excepción del art. cód. civ.²¹.

3. – El fundamento, y al mismo tiempo, el límite del ejercicio del derecho potestativo de quien plantea la excepción está signado por el principio de buena fe.

La fórmula de la norma es muy clara en el sentido de que «no puede rechazarse la ejecución si, teniendo cuidado con las circunstancias, el rechazo es contrario a la buena fe», la cual en este caso, como buena fe en sentido objetivo²², se caracteriza como ejercicio legítimo de las propias razones, o sea, según la jurisprudencia, como comportamiento que “no está determinado por motivos no correspondientes a las finalidades por las cuales es concedido por la ley”²³.

²¹ Casación, 10 de abril de 2008, n. 9439, así razonando, sin embargo, según una voz crítica de la doctrina, (CARNEVALI U., *La risoluzione per inadempimento*, cit., 253) “quien opone la *exceptio* lamentando un cumplimiento inexacto, es el sujeto que se encuentra en la mejor posición para demostrar los defectos del cumplimiento ajeno (usando una terminología corriente, es el más cercano a la prueba)”.

²² Casación, 4 de febrero de 2009, n. 2720, en *Repertorio Foro Italiano*, 2009, entrada *Contratto in genere*, n. 468, según la cual cuando se coloca, en los contratos con prestaciones recíprocas, la excepción de incumplimiento es necesario verificar, por el principio de buena fe y corrección del art. 1375 c.c., en sentido objetivo, si la conducta de la parte incumplidora, cuidando la incidencia sobre la función económico-social del contrato, influyó en el equilibrio sinalagmático del mismo, en relación al interés perseguido por la parte, y por ello legitimó, casual y proporcionalmente, la suspensión del cumplimiento de la otra parte.

²³ Cfr. Casación, 3 de noviembre de 2010, n. 22353, en *Repertorio Foro Italiano*, 2010, entrada *Contratto in genere*, n. 523, según la cual, para la legítima interposición de la excepción de incumplimiento, es necesario que el rechazo de cumplimiento – además de hallar una concreta justificación en los vínculos de corresponsión e interdependencia entre prestaciones perseguidas y prestaciones rechazadas – no sea contrario a la buena fe, o sea que no esté determinado por motivos no correspondientes a las finalidades para las cuales está concedido por la ley, como cuando la excepción es invocada no para estimular la contraparte al cumplimiento sino para enmascarar el propio incumplimiento; a los fines de la respectiva comprobación asume particular relevancia la circunstancia según la cual la justificación del rechazo sea conocida por la contraparte solo en ocasión del juicio y no en ocasión de la actividad materializada para obtener la ejecución espontánea del contrato;; Casación, 21 de mayo de 2012, n. 8002, según la cual la facultad del comprador para suspender el pago del precio, según lo dispuesto por el art. 1481 c.c., aplicando a la compraventa el principio general *non est adimplendum*, del art. 1460 c.c., postula que el ejercicio de la autotutela es conforme a buena fe, debiendo configurarse el peligro de perder la propiedad por seriedad y concreción y resultar actual, y no ya solo hipotetizable en futuro o meramente presuntivo, sin que tenga relevancia distinguir, al respecto, entre contrato de venta, con inmediato efecto traslativo, y contrato preliminar, tomando en cuenta que la garantía está prevista por el art. 1481 c.c. en consideración y por efecto del mero hecho objetivo de la pérdida del derecho adquirido por el comprador, tal para comportar la alteración del sinalagma contractual; de ello deriva que dicha garantía opera independientemente de la culpa del vendedor y del



El remedio de la excepción dilatoria, efectivamente, se distingue del de la resolución, porque se funda sobre el incumplimiento ajeno, pero no produce la disolución del contrato y no necesita, para su utilización, de los mismos presupuestos subjetivos y objetivos.

La interpretación de la norma y del principio de buena fe aplicado a la misma, encontró un particular punto de interés en la jurisprudencia de la Corte de Casación²⁴, que se detuvo prevalentemente con respecto al tema del incumplimiento inexacto, más que al del incumplimiento total, y está orientada en el sentido de que la facultad del deudor de rechazar la propia prestación esté subordinada a la gravedad del incumplimiento ajeno.

Dicho incumplimiento, que según la fórmula legislativa dictada por el art. 1455, c.c., debe ser de no «escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra parte»²⁵, debe evaluarse sobre la base de un criterio de proporcionalidad entre los respectivos incumplimientos, medido «no en relación a la representación subjetiva que las partes ha-

mismo conocimiento por parte del comprador de la posible causa de la futura evicción, subsistiendo la necesidad de remediarlo con la reconstrucción de la situación económica del comprador previa a la adquisición.

²⁴Una autorizada doctrina, GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2ª ed., 2010, 515, que examinó atentamente las orientaciones de la jurisprudencia, observó que en ellas es posible hallar algunas líneas de tendencia, por las cuales las Cortes utilizan criterios genéricos, como el que indica que “la parte que opone la excepción puede considerarse de buena fe, según la previsión del art. 1460 c. c. solo si el rechazo de ejecución del contrato se traduce en un comportamiento que resulte objetivamente razonable y lógico, en el sentido de que halla una concreta justificación en la relación entre prestaciones no ejecutadas y prestaciones rechazadas, en relación a los cánones legales de corresponsión y contemporaneidad de las mismas” (Casación, 29 de abril de 1982, n. 2708, en *Massimario Foro Italiano*, 1982; Casación, 27 de marzo de 2013, n. 7759 en *Giustizia Civile*, 2013, I, 968); o el de matriz más restrictiva (Casación, 8 de setiembre de 1986, n. 5459, en *Massimario Foro Italiano*, 1986), por el cual “el juez debe valorar el comportamiento de la parte contratante para establecer cuando el rechazo de cumplir, en relación a la disciplina de las obligaciones y de los contratos (arts. 1175, 1366, 1375 cód. civ.), sea instrumento para la tutela del propio derecho o medio para encubrir el propio encubrimiento”; sobre el punto, cfr. también GALLO P., *Trattato del contratto*, Torino, 2010, vol. 3, 2123.

²⁵Casación, 4 de febrero de 2009, n. 2720, en *Repertorio Foro Italiano*, 2009, entrada *Contratto in genere*, n. 468, según la cual en el caso en que se oponga, en los contratos con prestaciones recíprocas, la excepción de incumplimiento es necesario verificar, según el principio de buena fe y corrección del art. 1375 c.c., y en sentido objetivo, si la conducta de la parte incumplidora, atendiendo a la incidencia en la función económico-social del contrato, influyó en el equilibrio sinalagmático del mismo, en relación al interés perseguido por la parte, legitimando así, causal y proporcionalmente, la suspensión del cumplimiento de la otra parte; Casación, 3 de julio de 2000, n. 8880, en *Rivista del notariato*, 2001, 242; Casación, 5 de marzo de 1984, n. 1530; Casación, 8 de julio de 1981, n. 4486; en el sentido de la necesaria gravedad del incumplimiento como presupuesto para la válida oposición de la excepción prevista por el art. 1460, párrafo 2º, c.c., cfr. también Casación, 7 de mayo de 1982, n. 2843; Casación, 24 de febrero de 1982, n. 1182; Casación, 4 de diciembre de 1981, n. 6441; Casación, 21 de febrero de 1979, n. 1123.



gan de ello, sino en relación a una objetiva proporción de los incumplimientos, atendiendo al entero equilibrio del contrato y a la buena fe»²⁶.

Toda vez que en los contratos de prestaciones recíprocas las partes se imputen recíprocas violaciones de las reglas contractuales, efectivamente, el juez, a los fines del pronunciamiento de resolución por incumplimiento, debe formular un juicio de comparación de respectivo comportamiento general de las partes, a los fines de establecer si y cuál de ellas – en relación a los respectivos intereses y a la objetiva entidad de los incumplimientos, tomando en cuenta: el elemento cronológico, los aportes de causalidad y proporcionalidad existentes entre las prestaciones incumplidas, la incidencia de las mismas sobre la función económico-social del contrato, de la duración de los efectos del incumplimiento – sea la responsable de las violaciones mayormente relevantes, a tomarse como causa del comportamiento de la contraparte y de la posterior alteración del sinalagma contractual.

En sustancia, el juez no puede aislar conductas individuales realizadas por una de las partes para establecer si constituyen o no un motivo de resolución, prescindiendo de toda otra razón de queja de la contraparte, sino que debe proceder a la valoración sinérgica del comportamiento de ambos contratantes, mediante una investigación global y unitaria de su actuación integral, porque la unitariedad de la relación obligatoria que influye en todas las prestaciones incumplidas no tolera una valoración fragmentaria y sectorial de la conducta de los contratantes individuales, sino que exige una apreciación global, aún ante la falta de una formal excepción según lo previsto por el art. 1460 cód. civ.²⁷.

La jurisprudencia formula el principio de proporcionalidad afirmando la regla según la cual en el caso en que se plantee una excepción de incumplimiento, el juez es llamado a desarrollar una valoración comparativa de los incumplimientos opuestos, cuidando su proporcionalidad respecto de la función económico-social del contrato y su respectiva incidencia en el equilibrio sinalagmático, sobre las posiciones de las partes y sobre los intereses de las mismas. El juez, por lo tanto, cuando observe que el incumplimiento de la parte hacia la cual se opone la excepción, no es grave o es de escasa importancia en relación al interés de la otra parte según lo dispuesto por el art. 1455 c.c., debe considerar que la negativa de esta última de cumplir su propia obligación no es de buena fe,

²⁶ Casación, 8 de enero de 2010, n. 74, en *Repertorio Foro Italiano*, 2010, entrada *Contratto in genere*, n. 525.

²⁷ Casación, 4 de mayo de 2016, n. 8912; Casación 15 de junio de 2015, n. 12410; Casación 15 de junio de 2016, n. 12410; Casación 9 de enero de 2013, n. 336; Casación de 5 junio de 2012, n. 9046; Casación, 7 de marzo de 2001, n. 3341.



y por lo tanto no se justifica según lo previsto por el art. 1460 c.c.²⁸.

La noción de buena fe parecería servir para permitir una valoración de proporcionalidad entre el incumplimiento y la excepción, a los fines de valorar la sustancial comparabilidad de las prestaciones perseguidas y de aquellas rechazadas en vía de excepción, dando así lugar a lo que en jurisprudencia se llama «juicio de proporcionalidad del incumplimiento»²⁹.

4. – En esta perspectiva hermenéutica, la intervención del juez toma mucha relevancia³⁰, puesto que él es llamado a realizar un control y una valoración de tipo «comparativo» de los opuestos incumplimientos, en cuyo ámbito debe atender no sólo al elemento cronológico de los respectivos incumplimientos, sino al criterio fundamental de proporcionalidad de estos respecto de la causa en concreto del contrato, y por lo tanto a los intereses deducidos en éste, como así también a la respectiva incidencia de dichos incumplimientos en relación al equilibrio entre las contrapuestas prestaciones y a las posiciones de las partes contratantes.

Con la consecuencia de que, como consecuencia de dicho juicio – en presencia de una valoración del juez que considera que el incumplimiento de la parte contra quien se opo-

²⁸ Casación, 27 de marzo de 2013, n. 7759, en *Repertorio Foro Italiano*, que afirmó el principio respecto de un caso de venta de un inmueble y de modificación de un muro perimetral del sótano y del garaje tales como para que el diseño final no coincidiera con la planimetría catastral adjuntada. En tal caso, la Corte excluyó la gravedad del incumplimiento como para justificar la excepción del art., 1460 c.c.

²⁹ Casación, 27 de marzo de 2013, n. 7759, en *Giustizia Civile*, 2013, I, 968, según la cual la verificación acerca de la configurabilidad de la buena fe ex art. 1460, párrafo 2º, c.c. debe efectuarse sobre la existencia del grave incumplimiento de la contraparte y sobre la consiguiente necesaria comparación entre los opuestos incumplimientos, tomando en cuenta su proporcionalidad respecto de la función económico-social del contrato.

³⁰ Cfr. por ejemplo Casación, 23 de marzo de 2012, n. 4709, en *Repertorio Foro Italiano*, 2012, entrada «Contratto in genere», n. 612, la cual sostuvo que la valoración de la gravedad del incumplimiento contractual siempre se remite al examen del juicio de mérito y es incensurable en Casación si la respectiva motivación resulta inmune de vicios lógicos o jurídicos (en el caso en especie, la sentencia impugnada, confirmada por la Corte de Casación, consideró justificada la excepción de incumplimiento planteada por el trabajador que, aun oponiéndose a su transferencia en virtud de un cambio de funciones, igualmente había trabajado en la nueva sede por más de un mes, hasta que, para la alegada y judicialmente comprobada insubsistencia de las razones aludidas para la transferencia, se había negado a ejecutar la prestación en la nueva sede y en las nuevas funciones, poniéndose a disposición del empleador); Casación, 8 de enero de 2010, n. 74, en *Repertorio Foro Italiano*, 2010, entrada «Contratto in genere», n. 525, según la cual la excepción de incumplimiento plantea la proporcionalidad entre los respectivos incumplimientos cuya valoración es parte de la tarea del juez de mérito, y es incensurable en sede de legitimidad si es asistida por motivación suficiente y no contradictoria.



ne la excepción no es grave, o tiene escasa importancia, en relación al interés de la otra parte, según lo dispuesto por el artículo 1455 del Código Civil – debe considerarse que la negativa de cumplimiento de quien planteó la excepción, no es conforme a buena fe y, por lo tanto, no está justificada según lo previsto por el artículo 1460 del Código Civil, párrafo 2°. Por lo tanto, quien planteó la excepción resultará perdedor en el juicio de resolución con sus respectivas consecuencias³¹.

Esta orientación, constante y consolidada, es criticada por quienes consideran que deben mantenerse diferenciados el plano de la gravedad del incumplimiento y el de la excepción de incumplimiento, puesto que, también según la opinión de una parte minoritaria de la jurisprudencia,³² la gravedad del incumplimiento funciona como límite a la de-

³¹ Casación, 27 de marzo de 2013, n. 7759, en *Giustizia Civile*, 2013, I, 968, según la cual la verificación acerca de la configurabilidad de la buena fe *ex* artículo 1460, párrafo 2°, del Código Civil, debe efectuarse sobre la existencia del grave incumplimiento de la contraparte y sobre la consiguiente y necesaria comparación entre los incumplimientos opuestos, atendiendo principalmente a su proporcionalidad respecto de la función económico-social del contrato; en el mismo sentido *cfr.*: Casación, 6 de julio de 2009, n. 15769; Casación, 16 de mayo de 2006, n. 11430; Casación, 3 de julio de 2000, n. 8880; Casación, 3 de febrero de 2000, n. 1168; Casación, 27 de setiembre 1999, n. 10668; Casación, 22 de enero de 1985 n. 250; Casación, 5 de marzo de 1984 n. 1530; Casación, 7 de mayo de 1982 n. 2843; Casación, 8 de julio de 1981 n. 4486.

La jurisprudencia aclara, además, en lo referido al objeto de la valoración comparativa, que no revisten importancia las solas obligaciones principales deducidas en el contrato, sino también las obligaciones denominadas secundarias, o sea aquellas obligaciones que aun no refiriéndose a las prestaciones principales asumen relevancia esencial para las partes en el plano sinalagmático, como por ejemplo las de colaboración, información y protección, cuya apreciación, según lo previsto por el art. 1455 del Código Civil debe privilegiarse toda vez que su incumplimiento determine el incumplimiento de la contraparte (*cfr.* en este sentido, Casación, 16 enero 1997 n. 387).

³² Casación, 13 de febrero de 2008, n. 3472, según la cual el «grave incumplimiento» que justifica la resolución se distinguiría de la buena fe, prevista para la excepción de incumplimiento, porque el primero y más riguroso requisito se vincula con la naturaleza radical y definitiva de la resolución, mientras que la segunda, al determinar solo la suspensión transitoria de la ejecución del contrato, y tendiendo a salvaguardar el interés positivo del exacto cumplimiento, se referiría exclusivamente al mero pretexto o al abuso. Según la Corte, el interés en el exacto cumplimiento estaría tutelado por el artículo 1372 del Código Civil, de manera más intensa respecto del interés en la resolución del contrato, y por tal razón no estaría sujeto al límite riguroso de la no escasa importancia, sino más bien al límite de la buena fe en sentido objetivo, con la consecuencia de que —sentada la observación de la no escasa importancia del incumplimiento a los fines de valorar la correspondencia a la buena fe del rechazo de la prestación— se debe de todas maneras considerar que el concepto de buena fe y el de no escasa importancia no son coincidentes, ni es posible instituir entre ellos una relación de implicación, en razón del cual la buena fe implicaría la escasa importancia del incumplimiento; en el mismo sentido Casación, 26 de enero de 2006, n. 1690.

En doctrina se observa que la gravedad del incumplimiento no constituye un presupuesto necesario de la excepción de incumplimiento sino, exclusivamente, una de las posibles circunstancias a valorar a los fines del juicio de conformidad a la buena fe (*cfr.* BIGLIAZZI GERI, L., *op. cit.*, 342), y se sostiene que es contrario a la buena fe el rechazo del cumplimiento cuando ello importa para el otro contratante consecuencias



manda de resolución del contrato, mientras que el rechazo de cumplir *ex* artículo 1460 del Código Civil tiende, por el contrario, a salvaguardar el interés del cumplimiento del contrato, con la consecuencia de que una escasa importancia del incumplimiento y contrariedad a la buena fe no son conceptos identificables entre ellos en términos absolutos³³.

Desde el punto de vista de los aspectos de los remedios legales, hacia los cuales el instituto puede ser orientado para una mejor y más adecuada aplicación, es necesario remarcar que la protección ofrecida por la excepción no es ilimitada, justamente porque se trata de un remedio «conservativo» del contrato, que cesa cuando la contraparte elimina su estado de incumplimiento, al suprimir el fundamental presupuesto justificador de la excepción misma.

Dicha situación se registra, por ejemplo, no sólo cuando el deudor *sic et simpliciter* cumple, sino también cuando ofrece cumplir poniendo a disposición de la contraparte la prestación, con una oferta que no debe poseer los mismos requisitos formales de aquella prevista por la constitución en mora del acreedor.³⁴

Así, mientras el contratante cumplidor no hace valer su propio poder de caducidad del contrato (mediante la resolución, judicial o extrajudicial), manifestando por lo tanto interés en la resolución, el contratante incumplidor podría siempre cumplir, u ofrecer cumplir.

En tal caso – ante la sustancial aceptación, hasta ese momento, del acreedor cumplidor respecto del incumplimiento ajeno – el eventual rechazo de aceptar el incumplimiento tardío (y por lo tanto en el caso del ejemplo de un contrato de mutuo, en el cual una parte esté en mora o sea incumplidora en el pago de algunas cuotas) podría configurarse

excesivamente onerosas o puede perjudicar a la persona del otro contratante y por lo tanto de rango superior al interés económico (así BIANCA C.M., *Diritto civile, cit.*, 349), o cuando el incumplimiento del otro contratante es imputable a razones excusables o el acreedor prestó su conformidad (GALGANO F., *Diritto civile e commerciale, cit.*, 574).

³³ Cass. 22 de mayo de 2019, n. 13827, recientemente, afirma que, en caso de incumplimientos recíprocos, se debe examinar el comportamiento general de las partes, a fin de establecer cuáles de ellas, en relación con los intereses respectivos y el alcance objetivo de los incumplimientos, ha sido responsable de las violaciones más importantes y la causa del comportamiento de la contraparte y la consiguiente alteración del sinallagma contractual, con la consecuencia de que, si el incumplimiento de una de las partes se evalúa como prevalente, la negativa de la otra parte debe considerarse legítima su obligación y la terminación del contrato deben ser seguidas por el examen de cualquier solicitud de indemnización por el daño de la parte que no incumple.

³⁴ La jurisprudencia subraya que no es suficiente una oferta de garantías idóneas, porque la excepción en este caso fue planteada ante un incumplimiento y no ante un mero peligro de incumplimiento (Casación, 22 de marzo de 1968, n. 908, en *Repertorio Foro Italiano*, 1968, entrada «Obbligazioni e contratti», n. 360).



como contrario al principio de buena fe en la ejecución del contrato, y por lo tanto determinar en cabeza del acreedor cumplidor una hipótesis de incumplimiento.

5. – La valoración comparativa de el juez podría, sin embargo, conducir a un resultado diverso de aquel que imputa a una parte la responsabilidad por el incumplimiento y la consiguiente resolución, ya que, en el balance de los intereses en conflicto, el juez podría reputar equivalentes los incumplimientos recíprocos, con la consecuencia de rechazo de ambas demandas (la principal de resolución por incumplimiento del actor, y reconvenicional, también de resolución, del demandado), declarando así resuelto el contrato.

Sobre el tema el profesor Carlos de Cores, en una cuidadosa reconstrucción crítica del tema, pregunta si «el negocio cuya resolución las dos partes en definitiva están pidiendo (aunque por razones diferentes, que el tribunal no considera acreditadas) sigue produciendo sus efectos, o si por el contrario, debe entenderse que las dos manifestaciones de voluntad contrarias a la conservación de los efectos del negocio, determinan su cesación, circunstancia que así debe ser declarada por el tribunal»³⁵.

Se trata de una cuestión que presenta un interés teórico y práctico, y que en la doctrina uruguaya toma como punto de partida una reciente investigación de la doctrina³⁶.

El tema se plantea en el sentido que el supuesto en el cual ambos contratantes, en vía judicial, efectúan manifestaciones de voluntad que, presentando la común característica de ser ambas incompatibles con el cumplimiento del contrato, no son, sin embargo, formalmente idénticas, ya que cada una de las partes imputa a la otra la responsabilidad en la fractura del vínculo y reclama las indemnizaciones y sanciones del caso, que difieren en objeto y cuantía. Pero – señala de Cores³⁷ – existen además otras situaciones que, aun cuando presentan entre sí notorias diferencias en el plano técnico, se caracterizan por el hecho de que las partes, si bien por distintos fundamentos, expresan su intención de no querer cumplir con el contrato, ejercitando acciones de variada naturaleza tendientes a lograr la declaración judicial de la ineficacia del vínculo.

Todas las categorías examinadas, por de Cores, presentan caracteres comunes que pertenecen a la categoría de derechos de extinción o extintivos (*id est*: el poder de extin-

³⁵ DE CORES, CARLOS, *Resolución del contrato por incumplimiento de ambas partes*, en *DJDC (Doctrina y jurisprudencia de derecho civil)*, 2018, 103 ss.

³⁶ JUAN BLENGIO Y BEATRIZ VENTURINI, *Incumplimientos recíprocos y resolución del contrato*, en *DJDC (Doctrina y jurisprudencia de derecho civil)*, 2013, 211 ss.

³⁷ DE CORES, CARLOS, *Resolución del contrato por incumplimiento de ambas partes*, cit.



guir, mediante una manifestación unilateral de voluntad del sujeto, una relación jurídica compleja o un derecho particular); en razón de esta naturaleza – típica de los derechos potestativos – en esta categoría podrían ingresar todos los derechos que tienen el poder de extinguir, mediante una manifestación unilateral de voluntad del sujeto, una relación jurídica compleja o un derecho particular (como los derechos de agresión o la impugnación procesal). Derechos, por lo cuales, en el sujeto activo tiene una facultad de alterar o modificar la situación jurídica precedente por su manifestación de voluntad (mientras que el sujeto pasivo se encuentra en situación de sujeción), en términos de ejercer una opción entre el mantenimiento del negocio, o su extinción.

A esta categoría de derechos de impugnación pertenece el derecho a la resolución por incumplimiento, puesto que tiende a extinguir la relación que nace del contrato, pero también muchas otras hipótesis en las que las partes manifiestan su voluntad extintiva de los efectos del negocio³⁸.

De esto se desprende – según de Cores – que el ejercicio de una opción entre el cumplimiento y la resolución del contrato implica una manifestación de voluntad inequívoca que, sumada a una voluntad similar de la contraparte que reconviene reclamando también la resolución del contrato, permite al juez de concluir en la existencia de un cuadro negocial compatible con el mutuo disenso. En tal sentido un significativo aporte proviene del derecho comparado, en cual existe una dualidad de visiones, por un lado, la resolución como hecho de naturaleza esencialmente judicial o, en cambio, como manifestación de voluntad del acreedor³⁹.

La misma dualidad de visión está presente en la doctrina y en la jurisprudencia uruguayas por lo que: si se focaliza la manifestación de voluntad de las partes, aparece en forma evidente que ambas desean apartarse del contrato, por lo que resulta pertinente declarar su ineficacia; si, por lo contrario, se hace hincapié en el proceso judicial, se observa la falta de congruencia entre las pretensiones deducidas y la sentencia que declara el contrato resuelto, lo que conduce a la solución desestimatoria⁴⁰.

Carlos de Cores critica la posición formalista de la jurisprudencia uruguaya – según la cual «la solución legislativa excluye la resolución por incumplimiento de ambas partes, lo que requiere es un incumplimiento previo de uno de ellos, para que pueda reclamarse la resolución y la multa prevista en la cláusula novena, lo que en el caso de autos no fue

³⁸ DE CORES, CARLOS, *Resolución del contrato por incumplimiento de ambas partes*, cit.

³⁹ DE CORES, Carlos et al, *Tratado jurisprudencial y doctrinario sobre incumplimiento de contrato*, Montevideo, 2013, tomo I, 436.

⁴⁰ DE CORES, CARLOS, *Resolución del contrato por incumplimiento de ambas partes*, cit.



probado»⁴¹ – que en su lectura se revela susceptible de crítica en varios sentidos.

Primero, por la existencia de voluntades contestes de ambas partes en el sentido de la disolución, y segundo, porque: el Tribunal no sustituye lo acordado por las partes; en el derecho posmoderno, la función de la resolución del contrato se considera más bien un remedio objetivo frente a la inactuación del contrato, que una sanción al incumplimiento culpable; la persistencia de un vínculo inútil para las partes y perjudicial para el tráfico jurídico; el formalismo es incompatible con la aplicación del principio de buena fe en la interpretación y ejecución del contrato (art. 1291 inciso 2 código civil del Uruguay); no se viola el principio de congruencia⁴².

6. – En el derecho italiano – en el caso de que al juez se presentan a su consideración una demanda de resolución por incumplimiento y una *exception de incumplimiento* (id est: una *contrademanda*) – la solución no puede ser “antiformalista” por la vigencia rigurosa del principio de congruencia (el “principio dispositivo”: art. 112 *code procesal civil italiano*, según el cual “el juez debe pronunciarse sobre toda la demanda y no más allá de sus límites”).

Las partes, en efecto, no manifiestan con la demanda judicial la voluntad de ambas de no ejecutar las prestaciones originadas en el contrato, sino que ambas piden la resolución, aunque por títulos jurídicos diferentes y opuestos.

Una parte en vía de acción; la otra en vía de excepción.

El juez, por lo tanto, aún excluyendo que se trate de una hipótesis de resolución consensual del contrato, debe rechazar tanto la demanda de resolución del actor, como la análoga propuesta en vía reconvenzional por el demandado, y – si ninguno de los dos incumplimientos prevalece sobre el otro, de modo que el juez deba pronunciar la resolución – resuelve el contrato por imposibilidad de ejecución, bajo el presupuesto de que ambas partes han decidido no darle ejecución⁴³.

⁴¹ Tribunal Apelaciones Civil 1º Tº sentencia 179/2008 de 13/08/2008, 35-478/2003, red. Dr. Eduardo Jose Vázquez Cruz.

⁴² Tribunal Apelaciones Civil 1º Tº sentencia 179/2008 de 13/08/2008, 35-478/2003, red. Dr. Eduardo Jose Vázquez Cruz.

⁴³ Casación 19 de diciembre de 2014, n. 26907, en *Contratti*, 2015, con nota de IORIO, según la cual toda vez que un contratante pida la resolución del contrato por incumplimiento de la contraparte, y el contratante de quien se afirma es incumplidor, pida él también un pronunciamiento de resolución – aunque atribuyendo el incumplimiento a la otra parte – se verifica la resolución del contrato, dado que las dos manifestaciones de voluntad contrapuestas, si bien no determinan un acuerdo negocial de naturaleza resolutivo-



Puede también darse el caso en el cual, en presencia de recíprocas demandas de resolución fundadas por cada una de las partes en el incumplimiento de la otra, el juez considere que ninguno de las violaciones en la ejecución del contrato, deducidas como supuestos de incumplimiento, den lugar a tal hipótesis.

En ese caso, no pudiendo pronunciar la resolución por culpa de una de las partes, el juez debería, según una orientación minoritaria, excluir la declaración de resolución del contrato, limitándose a tomar nota de la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la opción (ex art. 1453 inciso 2) de ambos contratantes, de no cumplirlo, considerando que se ha verificado una hipótesis de mutuo disenso en el sentido del art. 1372 cc, y decidir en consecuencia el efecto resolutorio a que refiere el art. 1458 cc.⁴⁴

ria, como en cambio ocurre en la hipótesis de mutuo consentimiento, en tanto en cuanto partes de premisas contrarias, se dirigen sin embargo a una finalidad idéntica, la disolución del contrato, de lo cual el juez no puede sino tomar nota; Casación 26 de julio de 2011, n. 16317, en *Repertorio Foro italiano*, 2011, voz *Contrato in genere*, n. 431, que – en un caso en el cual el contratante había comunicado su propia declaración de receso, con el pedido contextual de restitución de la suma pagada a título de anticipo, o bien de seña o arras, y de reembolso de los gastos realizados, y el contratante de quien se afirma el incumplimiento, a su vez, había comunicado también él la voluntad de receder, aunque atribuyendo el incumplimiento a la otra parte, y la disponibilidad a la restitución de las sumas pedidas – ha reputado que se verificase la resolución del contrato. Según la Corte, en efecto, las dos declaraciones de receso, aún cuando no dan lugar a una hipótesis de resolución consensual, se dirigen no obstante a una idéntica finalidad de disolución del contrato y de restitución de las sumas pagadas, con la consecuencia de que queda precluida la demanda de cumplimiento sucesivamente propuesta por uno de los contratantes; Casación, 9 de junio de 2010, n. 13840, cit.

⁴⁴ En tal sentido, recientemente, Cass. 19 de marzo, 2018, n. 6675, según la cual en caso de demandas cruzadas de resolución del contrato, aún cuando el tribunal de mérito no pueda considerar que la responsabilidad por el incumplimiento es imputable a una u otra parte, debe tomar nota de la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la opción de ambos contratantes por la resolución, y hacer lugar a la resolución del contrato, por cuanto las manifestaciones contrapuestas de voluntad, aún cuando no configuran un mutuo disenso negocial resolutorio, se dirigen a un idéntico fin, a saber, la disolución del vínculo negocial. Señala la Corte la «oportunidad de declarar en presencia de demandas recíprocas de resolución, fundadas por cada parte sobre ciertos incumplimientos de la otra, que el juez, que determina la inexistencia de las objeciones individuales, específicas, no para poder pronunciar la resolución debido a algunos de ellos, debe reconocer la imposibilidad de la ejecución del contrato debido a la elección (ex art. 1453, 2 co., cc) de ambos contratantes por la resolución y decidir en consecuencia los efectos de resolución de a que se refiere el art. 1458 c.c. En esta hipótesis, el juez debe en cualquier caso hacer una declaración de disolución del contrato, ya que las manifestaciones opuestas de voluntad, incluso si no están relacionadas con un acuerdo de mutuo disenso negocial resolutorio, en espera de las premisas contrastantes, sin embargo, están dirigidas al mismo propósito de la disolución de la relación de negociación».

La Corte también observa que «debe señalarse que no existe violación del principio de correspondencia entre lo pedido y lo juzgado (“il chiesto e il pronunciato”) cuando el juez, al clasificar jurídicamente de manera diferente los hechos que una de las partes ha puesto como fundamento de su demanda, le atribuyen un bien de la vida homogéneo, pero redimensionado, en comparación con la demanda judicial, de modo que en primera instancia una demanda de resolución por incumplimiento de una contraparte no se pronuncia *ultra petita* si el juez que considera que el contrato se encuentra resuelto, no ya por incumplimiento, sino por imposibilidad sobrevinida de ejecución derivada de la opción resolutoria de ambas partes de conformidad con



Tal solución ha sido, no obstante, criticada en doctrina, puesto que justamente se ha observado ⁴⁵ que – si bien la tesis que se basa en “la manifestación de voluntad de ambas partes de no cumplirlo”, indica, por un lado, el hecho que los jueces ven en las demandas contrapuestas de resolución un *contrarius consensus* que lleva a la disolución del contrato (art. 1372, inciso 2 cc), y por otro lado, que los inspira la intención de no mantener en vida un contrato en el cual ambas partes piden su resolución – ello no obstante, considerar la demanda de resolución por incumplimiento una manifestación de consentimiento en la extinción del contrato resulta un exceso.

La crítica encuentra ulterior fundamento en la circunstancia de que la razón del principio procesal de congruencia entre lo peticionado y lo resuelto, desde en el momento en que las partes alegan incumplimientos recíprocos y los ponen como fundamento de sus demandas contrapuestas de resolución, y el juez no puede pronunciar la resolución del contrato por un *contrarius consensus* o fundándola en la imposibilidad de ejecución, ya que en tal modo violaría el referido principio de congruencia, por lo que en presencia de incumplimientos insustanciales o privados del requisito de la gravedad, las demandas contrapuestas de resolución deberían ser rechazadas por estar infundadas.

La Corte de Casación, en algunos pronunciamientos recientes ⁴⁶, adhiere a tal solución, y recuperando una enseñanza precedente de las Secciones Unidas ⁴⁷ en contrario, reitera – frente a las orientaciones minoritarias, arriba referidas, que se habían separado de ella – el principio según el cual el juez, competente para resolver demandas contrapuestas de resolución por incumplimiento del mismo contrato, puede acoger una y rechazar la otra, pero no rechazar ambas y declarar la resolución consensual del vínculo, implicando ello una violación del principio de congruencia entre lo peticionado y lo resuelto, mediante una reglamentación de la relación misma distinta a la perseguida por las partes ⁴⁸.

el art. 1453, 2 co., c.c.»; Casación, 18 de mayo de 2005, en *Repertorio Foro Italiano*, 2005, voz *Contratto in genere*, n., 612, ha afirmado el recordado principio en un caso de contrato de locación, en el cual el juez de mérito había excluido tanto la culpa del locador en la falta de mantenimiento de la cosa locada, ya que los daños provenían de la propiedad de un tercero, como la culpa del locatario, que había suspendido el pago de los cánones a causa de la denunciada inidoneidad sobrevenida del inmueble; cfr. también Casación 24 de noviembre de 2000, n. 15167, *Repertorio cit.*, 2005, voz *Contratto in genere*, n. 579; Casación de 4 de abril de 2000, n. 4089, *Repertorio cit.*, n. 480.

⁴⁵ Carnevali, U, *op. cit.*, 118-119.

⁴⁶ Casación, 17 de julio de 2017, n. 17665; Casación, de 8 de noviembre de 2017, n. 26475, en *Giurisprudenza italiana*, 2018, con nota de GABRIELLI E, *Domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, eccezione di risoluzione, mutuo consenso e “sfida processuale all’ultimo sangue”*.

⁴⁷ Casación Secciones Unidas, 15 de enero de 1983, n. 329, en *Foro italiano*, 1983, I, 654.

⁴⁸ En el mismo sentido se orientan recientemente las sentencias de Casación de 25 de febrero de 2014, n.



La Corte subraya además que – aún en presencia de demandas contrapuestas de resolución por incumplimiento – queda firme, no sufre atenuaciones, la regla según la cual el contrato no puede ser resuelto si el incumplimiento “tiene escasa importancia, teniendo en consideración los intereses de la otra parte”.

Las partes, en efecto, con la demanda recíproca de resolución, no dan vida a una suerte de torneo procesal – un tipo de “desafío a muerte”⁴⁹ – por el cual si tu incumplimiento es considerado más grave que el mío, el contrato debe ser resuelto a tu costa, sino que, según la cláusula general de la gravedad del incumplimiento, confían al conocimiento del juez de mérito la valoración del incumplimiento ajeno, del cual hacen valer la “no escasa importancia”.

El juez, en efecto, debe limitarse a rechazar ambas demandas resolutorias si los incumplimientos deducidos no superan el umbral de la “gravedad”, quedando circunscritos en el límite de la escasa importancia para la satisfacción del interés de la contraparte negocial.

Con la consecuencia de que no se revela suficiente la existencia de un recíproco incumplimiento, sino que debe ser valorada y verificada la gravedad para dar lugar – en el ámbito del juicio de proporcionalidad – al pronunciamiento de resolución.

En última instancia, me parece, que, por lo menos en el derecho italiano, no se trata de seguir una interpretación “formalista” o “antiformalista” de la *exceptio inadimpleti contractus* y del “principio de congruencia” (art. 112 c.p.c.), sino de aplicar rigurosamente las normas del derecho y del proceso en materia de incumplimiento contractual.

4493, en *Repertorio Foro Italiano* 2014, voz *Sentencia civil*, n. 50; Casación de 16 de febrero de 2016, n. 2984, *Repertorio cit.*, 2016, voz *Contratto in genere*, n. 432; Casación 14 de marzo de 2017, n. 6570.

⁴⁹ Así expresamente en la motivación de Casación de 8 de noviembre de 2017, n. 26475, cit.



CARLO GRANELLI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Pavia

AUTODETERMINAZIONE E SCELTE DI FINE VITA¹

Il mio intervento si concentrerà – in modo estremamente sintetico – sulla più drammatica tra le “crisi” che possono coinvolgere l’essere umano: quella della sua morte e delle relative scelte di fine vita.

Gli enormi progressi fatti registrare negli ultimi decenni dalla scienza e dalla tecnologia medica – se, da un lato, consentono oggi di sottrarre alla morte, magari grazie all’ausilio di trattamenti di sostegno vitale, persone che un tempo non avrebbero avuto possibilità di sopravvivenza – da altro lato, però, non sempre riescono ad assicurare all’assistito condizioni di vita che lo stesso ritenga degne ed accettabili.

Il che ha finito con il dischiudere spazi un tempo neppure prospettabili in tema di scelte terapeutiche, in generale, e di decisioni di fine vita, in particolare.

La nostra legislazione – lo ricordo soprattutto a beneficio dei nostri ospiti stranieri – era tradizionalmente improntata alla più rigorosa tutela della sacralità della vita umana.

Tre i principi di fondo:

a) illegittima – ed anche penalmente perseguita (art. 375 cod. pen.) – è sempre stata la condotta di chi, per qualsivoglia ragione (anche *pietatis causa*), avesse provocato o anche solo accelerato la morte di un altro soggetto (c.d. “omicidio”); in particolare, per quanto ci riguarda più da vicino, illegittima – ed anche penalmente perseguita – è sempre stata ritenuta la condotta dell’esercente la professione sanitaria che non avesse posto in

¹ Testo dell’intervento svolto dall’Autore al convegno internazionale sul tema “*Autonomia e responsabilità nella gestione delle crisi: quali modelli nazionali, europei ed internazionali?*”, svoltosi nei giorni 1-3 ottobre 2019 per iniziativa dell’Università degli Studi di Cagliari.

JUS CIVILE



essere, secondo “scienza e coscienza” (come si usava dire), tutti i trattamenti che la medicina gli metteva a disposizione per salvare o, quanto meno, prolungare la vita del paziente;

b) illegittima – ed anche penalmente perseguita (art. 579 cod. pen.) – è sempre stata altresì la condotta di chi avesse provocato la morte di un altro soggetto, seppure “*col consenso di lui*” (c.d. “*omicidio del consenziente*”); in particolare, per quanto ci riguarda più da vicino, illegittima – ed anche penalmente perseguita (art. 579 cod. pen.) – è sempre stata ritenuta la condotta di chi, anche esercente la professione sanitaria, avesse provocato od anche solo accelerato (magari mediante somministrazione di farmaci ad effetto letale immediato) la morte di chi pure la sollecitava al dichiarato fine di sottrarsi alle sofferenze, determinate da una malattia grave e dall’esito sicuramente infausto, dallo stesso ritenute non ulteriormente tollerabili (c.d. “*eutanasia*”);

c) infine, illegittima – ed anche penalmente perseguita (art. 580 cod. pen.) – è sempre stata pure la condotta di chi, anche esercente la professione sanitaria, avesse agevolato l’altrui proposito suicida, pur autonomamente e consapevolmente maturato, quand’anche espresso da persona che, affetta da malattia grave ed irreversibile, volesse dichiaratamente sottrarsi alle relative sofferenze fisiche e psicologiche, dalla stessa ritenute non più tollerabili (c.d. “*aiuto al suicidio*”).

Il *discrimen* fra la seconda e la terza ipotesi – “omicidio del consenziente”, da un lato, e “aiuto al suicidio”, da altro lato – è sempre stato ravvisato nel fatto che, nel primo caso, è il terzo che dà la morte a chi la richiede; mentre, nel secondo caso, è il suicida che si dà la morte da sé, seppure grazie all’intervento adiutorio del terzo.

Giuridicamente non sanzionata è sempre stata solo la condotta di chi si fosse dato la morte da solo (c.d. “*suicidio*”) – o avesse tentato di darsi la morte da solo (c.d. “*suicidio tentato*”) – senza l’ausilio di terzi.

Altresì giuridicamente non illegittima è sempre stata considerata la condotta di chi si fosse limitato a praticare al paziente, con il consenso di lui, “cure palliative”, che – senza incidere sulle sue residue aspettative di vita – si limitavano ad aiutarlo a morire senza sofferenza (c.d. “*accompagnamento nel morire*”).

Oggi, siffatto sistema di regole si va progressivamente sgretolando.

La *prima* – fondamentale – *tappa* di tale processo risale agli anni ‘70 del secolo scorso, allorquando si è assistito ad una vera e propria “rivoluzione copernicana” nella con-



cezione del rapporto medico/paziente: proprio in quegli anni al tradizionale *modello* di stampo *paternalistico* – imperniato sull’obbligo del medico di trattare il paziente secondo i migliori dettami della scienza medica, a tutela di diritti fondamentali ed indisponibili dell’individuo, quali la vita e la salute, senza troppo curarsi dell’opinione del malato, visto più come “oggetto” che come “soggetto” dell’attività terapeutica – si è venuta rapidamente sostituendo una *visione* di stampo marcatamente *personalistico* del rapporto di cura, imperniata sul c.d. “principio di autodeterminazione” dell’assistito, di cui non è stato difficile trovare fondamento addirittura a livello costituzionale (art. 32, comma 2, Cost., laddove prevede che “nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”).

Di qui il rapido affermarsi, nel diritto applicato dalle corti, della regola secondo cui – come si esprime oggi l’art. 1, comma 1, L. 22.12.2017, n. 219 – “nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata”, con la conseguenza che “ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte, (...) qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso”, così come ha “il diritto di revocare in qualsiasi momento (...) il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l’interruzione del trattamento” (così si esprime ora l’art. 1, comma 5, L. n. 219/2017): “il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale” (così si esprime ora l’art. 1, comma 6, L. n. 219/2017).

La *seconda tappa* del processo di progressivo distacco dall’impostazione tradizionale risale ai primi anni del nuovo secolo, allorquando regole come quelle appena enunciate – espressione del “principio di autodeterminazione” – cominciarono ad affermarsi valide non solo con riferimento agli accertamenti diagnostici ed ai trattamenti sanitari rivolti alla cura dell’assistito, ma anche con riferimento a quelli c.d. “salvavita”: con riferimento, cioè, a quegli accertamenti/trattamenti che la scienza medica indica come idonei a scongiurare o, quantomeno, ad allontanare il rischio di morte dell’infermo.

In sintesi, si viene consolidando il principio secondo cui il diritto alla salute, costituzionalmente garantito, implica anche il suo risvolto negativo: cioè, il “diritto di non curarsi” e, persino, il “diritto di lasciarsi morire” (di lasciare, in altre parole, che la malattia segua il suo corso naturale sino all’*exitus* finale).



Siffatti principi, ancora una volta, si impongono inizialmente in giurisprudenza.

Punto di riferimento obbligato, al riguardo, è il c.d. “caso Welby”.

Piergiorgio Welby era un giornalista, politico, poeta, pittore, che – affetto da distrofia fascio-scapolomerale – sopravviveva esclusivamente grazie al supporto di un respiratore automatico, al quale era stato collegato fin dal 1997 e che, in piena lucidità, aveva reiteratamente ed inequivocabilmente espresso la volontà di ottenerne il distacco, sotto sedazione terminale: risultato, quest’ultimo, raggiunto solo nel 2006, grazie all’intervento di un anestesista cremonese, il dott. Mario Riccio, che provvedeva, prima, alla sedazione del paziente e, subito dopo, al distacco del ventilatore automatico, cui seguiva la morte di Piergiorgio Welby nell’arco di circa mezz’ora. Il dott. Riccio – siamo nel 2007 – veniva assolto dall’accusa di omicidio volontario per essersi limitato ad assecondare la richiesta (libera, cosciente ed informata) del paziente di interrompere il trattamento salvavita in atto e, conseguentemente, di lasciare che la natura facesse il proprio corso.

Tant’è che immediatamente dopo l’attenzione non solo degli operatori del settore, ma anche della pubblica opinione veniva polarizzandosi su un diverso – e conseguente – problema: *quid iuris* nell’ipotesi in cui il paziente, a causa del proprio stato, non fosse in grado di esprimere coscientemente l’assenso/rifiuto ad un trattamento sanitario salvavita?

Anche in questa ipotesi è d’obbligo il riferimento ad un *leading case*: il c.d. “caso Englaro”.

Eluana Englaro era una giovane donna che, a seguito di un grave trauma cranico-encefalico riportato in conseguenza di un incidente in motorino, giaceva in uno stato vegetativo persistente e permanente, in assenza di qualsiasi attività psichica. Il padre, nominato tutore di Eluana allorché la stessa era divenuta maggiorenne, chiedeva che la figlia fosse lasciata morire, interrompendo i trattamenti di nutrizione ed idratazione artificiale che la tenevano in vita.

A fronte del vuoto normativo, è stata la Suprema Corte – con sentenza 16.10.2007, n. 21748 – a delineare la soluzione, demandando la relativa decisione al rappresentante legale dell’incapace, con la precisazione però che quest’ultimo avrebbe potuto optare per il rifiuto/interruzione del trattamento salvavita solo nell’ipotesi in cui il paziente incapace dovesse essersi venuto a trovare in uno “*stato vegetativo (...) irreversibile*”, che “– *tendendo conto della volontà espressa dall’interessato prima di cadere in tale stato, ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso – sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona*”.

Su questi temi il legislatore è intervenuto solo nel 2017 – con 10 anni di ritardo – con



legge n. 219/2017, che – come non ha mancato di evidenziare la stessa Corte costituzionale nella propria ordinanza n. 207/2018 – “*recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta (...) la giurisprudenza ordinaria, in particolare a seguito delle sentenze sul caso Welby (Tribunale ord. di Roma, 27.10.2007, n. 2049) ed Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, 16 ottobre 2007, n. 21748)*” (così Corte cost., ord. 16.11.2018, n. 207, § 8): tradotto in un linguaggio meno curiale, la Corte costituzionale ha – giustamente – evidenziato come l’intervento legislativo del 2017 risulti non solo tardivo, ma anche ormai sostanzialmente inutile.

La terza – e, al momento, ultima – tappa è proprio di questi giorni.

Il caso che vi ha dato origine è a tutti noto in Italia; ma lo richiamo a beneficio dei colleghi e amici stranieri.

Fabiano Antoniani – conosciuto dal grande pubblico come DJ Fabo – a seguito di un grave incidente stradale avvenuto nell’estate 2014, era rimasto tetraplegico, affetto da cecità bilaterale corticale (dunque irreversibile), non autonomo nella respirazione (con conseguente necessità dell’ausilio, seppure non continuativo, di un respiratore) e nell’alimentazione (con conseguente necessità di nutrizione per via intraparietale), percorso da ricorrenti spasmi e contrazioni che gli procuravano acute sofferenze. Intatte conservava, però, le facoltà intellettive e la sensibilità al dolore. Maturato un pienamente consapevole proposito di porre fine ai propri giorni, DJ Fabo chiedeva non già l’interruzione dei trattamenti di ventilazione e di alimentazione artificiale con cui era tenuto in vita, bensì – al dichiarato fine di evitare le sofferenze cui sarebbe andato inevitabilmente incontro nell’arco temporale (dai medici stimato in alcuni giorni) fra la cessazione dei trattamenti salvavita ed il sopraggiungere del decesso – di essere aiutato ad assumere un farmaco che gli avrebbe procurato una morte immediata, sottraendolo ad ulteriori sofferenze. Era così che DJ Fabo veniva trasportato, a bordo di un’autovettura appositamente attrezzata, con alla guida il sig. Marco Cappato, in una clinica svizzera, dove due giorni dopo, azionando con la bocca uno stantuffo, lo stesso DJ Fabo si iniettava in vena il farmaco letale. Marco Cappato veniva imputato del reato di cui all’art. 580 cod. pen. (“*aiuto al suicidio*”) per aver, accompagnandolo in Svizzera, agevolato il proposito suicida liberamente e consapevolmente maturato – e, poi, autonomamente realizzato – da DJ Fabo.

Il dubbio di illegittimità costituzionale dell’incriminazione della cooperazione mate-



riale al suicidio, sollevato dal giudice di merito, giungeva alla Corte costituzionale, la quale – con la già ricordata ordinanza 26.11.2018, n. 207 – aveva a rilevare:

a) che l'illeceità penale dell'aiuto al suicidio è *“funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento”*: in particolare, *“alla tutela del diritto alla vita, soprattutto dalle persone più deboli e vulnerabili”, “persone malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine, le quali potrebbero essere facilmente indotte a congedarsi prematuramente dalla vita”*; con la conseguenza che – in sé – *“l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non può essere ritenuta incompatibile con la Costituzione”* (§§ 7 e 8);

b) che tuttavia – se la legge prevede oggi *“l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore)”* – non vi è ragione perché debba porsi *“un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento, apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa, conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale”* (§ 9).

La Corte – siamo a fine 2018 – non pronunciava, però, immediatamente l'incostituzionalità della norma che contemplava un divieto – assoluto e generalizzato – di aiuto al suicidio; e ciò per il fatto che una decisione in tal senso avrebbe determinato un vuoto normativo, che non rientrava nei suoi poteri colmare: sarebbe stata infatti necessaria una puntuale individuazione dei presupposti in presenza dei quali il concorso materiale al suicidio possa considerarsi lecito, così come dei controlli della loro effettiva ricorrenza nel caso di specie, dei soggetti (se solo gli esercenti la professione sanitaria o qualunque consociato: familiari, amici, associazioni che offrono aiuto al suicidio, ecc.) legittimati a prestare il proprio aiuto alla realizzazione del proposito suicida, delle “procedure” per la relativa attuazione, delle strutture entro cui dar esecuzione al necessario trattamento, della possibilità, per il personale sanitario eventualmente coinvolto, di opporre l'obiezione di coscienza, ecc.

Di qui l'inusuale scelta della Corte di rinviare la decisione definitiva di poco meno di un anno, onde *“consentire (...) al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa”* al riguardo.

“Riflessione e iniziativa” che il nostro Parlamento ha clamorosamente mancato.

Arriviamo così al 25 settembre scorso, quando la Corte costituzionale ha dichiarato



costituzionalmente illegittimo l'art. 580 cod. pen. nella parte in cui punisce chi – riporto le parole usate nel comunicato ufficiale della Corte – “agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli”. “In attesa di un indispensabile intervento del legislatore”, la Corte ha peraltro “subordinato la non punibilità al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (articoli 1 e 2 della legge 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente”.

Poiché la motivazione della sentenza della Corte costituzionale non è stata ancora depositata, è prudente astenersi da qualsiasi commento, che potrebbe presto rivelarsi fuori luogo.

Mi limiterò, quindi, a due sole – brevi – osservazioni di fondo.

Prima osservazione.

La Corte costituzionale ha indicato quali opzioni debbano ritenersi precluse al legislatore, perché le stesse risulterebbero in contrasto con inderogabili principi costituzionali. Non ha però inteso escludere che il Parlamento ben possa – oggi o, più probabilmente, domani – legittimamente intervenire per ulteriormente allentare quella “cintura protettiva” (come la definisce la stessa Corte) che l'art. 580 cod. pen. aveva steso a tutela di chi – soprattutto, persone deboli e vulnerabili – potrebbe, per le più varie circostanze della vita, essere indotto a desiderare di congedarsene prematuramente.

Voglio dire che la legalizzazione del suicidio assistito – inizialmente prospettata, come oggi viene prospettata, per pochi “casi pietosi”, del tutto eccezionali – ben potrebbe, in futuro, venir *legittimamente (dal punto di vista costituzionale)* estesa ad altri casi, subordinandone la liceità non più solo all'esistenza di patologie gravi ed inguaribili che siano causa di sofferenze fisiche e/o psichiche percepite dall'interessato come insopportabili, ma anche, ad es. – come pure si discute in altri Paesi – alla ricorrenza di gravi situazioni di disagio esistenziale, di sofferenza psicologica generata dalla mancanza di autonomia della persona e conseguente necessità gravare (economicamente, ma non solo) sui familiari, di situazioni di confusione mentale o di depressione, di solitudine, di inca-



pacità di intendere e volere (come nel caso di persone affette da gravi ed irreversibili forme di demenza senile), ecc.

Non appare, quindi, affatto peregrina la metafora del “pendio scivoloso” evocato da taluni per richiamare l’attenzione sulla possibilità che un’apertura alla legittimazione del suicidio assistito, inizialmente circoscritta a casi particolari e ben limitati, possa un domani allargarsi ad ipotesi originariamente neppure prese in considerazione.

Non intendo esprimere qui giudizi di valore: se, cioè, quella appena delineata costituisca una prospettiva auspicabile o, al contrario, un pericolo da temere ed evitare.

Voglio solo segnalare una possibile – e, forse, probabile – linea di evoluzione del nostro sistema normativo.

Chi ricorda che la disciplina dei “casi di scioglimento del matrimonio” venne originariamente – alla fine degli anni ‘60 – presentata, per tranquillizzare la pubblica opinione (specie di matrice cattolica), come “*piccolo divorzio*”; chi ricorda che la normativa in tema di interruzione volontaria della gravidanza venne originariamente – negli anni ‘70 – presentata, sempre per tranquillizzare la pubblica opinione (specie di matrice cattolica), come volta alla liberalizzazione dell’aborto solo nei “*casi pietosi*”, non potrà non condividere questo mio *caveat*.

Seconda osservazione.

La Corte costituzionale, con la sua recentissima decisione, ha fatto segnare un *salto di qualità* in punto di scelte di fine vita: invero, il c.d. “principio di autodeterminazione” viene ora ritenuto operativo non solo con riferimento agli accertamenti diagnostici ed ai trattamenti sanitari rivolti alla cura del paziente, non solo ai trattamenti salvavita, che possono essere dal paziente legittimamente rifiutati, lasciando così che la malattia faccia il proprio corso naturale fino all’*exitus* finale, ma anche con riferimento ad interventi volti a provocare/accelerare il fine vita. Si passa, così, dal legittimare la collaborazione (passiva o attiva) del terzo al disegno del paziente di *lasciarsi morire* al legittimare la collaborazione (attiva) del terzo ad disegno del paziente di *darsi la morte*: si passa, cioè, dal legittimare il *lasciare morire* al legittimare l’*agevolare la morte*.

A fronte di un siffatto salto di qualità, diviene però problematico escludere che debba ritenersi costituzionalmente illegittima anche la normativa – art. 579 cod. pen. – che sanziona penalmente la condotta del terzo che, pur in presenza di presupposti analoghi a

JUS CIVILE



quelli che legittimano il suicidio assistito, *procura – lui* – la morte del paziente che, liberamente e consapevolmente, la richieda: c.d. “eutanasia” (attiva).

Mi spiego: DJ Fabo, in piena lucidità, si è dato *da sé* la morte, seppure con il necessario (e legittimo) aiuto dal sig. Marco Cappato; ma *quid iuris*, se DJ Fabo non fosse stato materialmente in grado di darsi da sé la morte, ma solo di esprimere la volontà, libera e consapevole, che gli venisse somministrato quel medesimo farmaco letale che lo stesso non era nelle condizioni di assumere?

Al riguardo, si è osservato che, “*se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall’ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l’interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di un ferrea ed indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa della predetta interruzione*”: non sono, queste ultime, parole mie; sono parole della Corte costituzionale (ord. 26.11.2018, n. 207) che, nel momento in cui parla di “*decisione di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri*”, significativamente non distingue fra *aiuto a supporto* della condotta suicida del paziente (“aiuto al suicidio”) e *aiuto sostitutivo* della condotta che il paziente non è in grado di porre in essere autonomamente (“eutanasia”).



GIORGIO DE NOVA

Professore emerito – Università di Milano

LA FORMA DEL NEGOZIO FIDUCIARIO IN MATERIA IMMOBILIARE *

L'incontro ha ad oggetto "La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare".

L'ordinanza interlocutoria della Seconda Sezione Civile del 19 giugno/5 agosto 2019 n. 20934 trasmette gli atti al Primo Presidente su una questione più limitata, e cioè se possa ritenersi rispettato il requisito della forma scritta del patto fiduciario coinvolgente diritti reali immobiliari da una dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario che risulti espressione della causa fiduciaria esistente in concreto, pur se espressa verbalmente tra fiduciante e fiduciario.

L'oggetto del convegno appare tuttavia più ampio ed è importante chiarire innanzitutto quali siano i possibili quesiti.

Si richiede la forma scritta per il contratto fiduciario avente ad oggetto immobili ovvero solo per il *pactum fiduciae*? E per tutto il *pactum fiduciae* o per la sola parte che contiene l'obbligazione di ritrasferire?

Si richiede la forma scritta per il patto fiduciario o per una dichiarazione unilaterale del fiduciario?

Si richiede la forma scritta per la validità o per la prova?

Si richiede la forma scritta per potere svolgere una domanda ex art. 2932 in caso di inadempimento del fiduciario?

Si richiede la forma scritta (atto pubblico o scrittura privata autenticata) per potere trascrivere il *pactum fiduciae* che prevede l'obbligo di ritrasferimento così opponendolo ai terzi ?

Si richiede la forma anche nel caso in cui il fiduciario si obbliga a trasferire l'immobile ad un terzo ?

* Conclusioni all'incontro presso la Corte di Cassazione in data 14 novembre 2019.



Se si richiede la forma scritta del *pactum fiduciae*, è nullo il ritrasferimento spontaneo del fiduciario al fiduciante ?

Si richiede la forma scritta anche per la fiducia statica ?

La soluzione che si adotta per il negozio fiduciario deve essere corrispondente alla soluzione che si adotta per il mandato immobiliare ?

Per affrontare questi quesiti, conviene fare un passo indietro nel tempo.

Nel 1943 Betti nella prima edizione della sua *“Teoria generale del negozio giuridico”* scrive che *“l’intesa fiduciaria, rivolta a limitare i poteri del fiduciario”* (...) *“non è necessario che risulti dal tenore documentale del negozio”*¹ e cita una sentenza del 13 gennaio 1941 n. 90 della Cassazione secondo cui *“il contratto fiduciario è perfettamente configurabile col porre in essere, effettivamente, il negozio che appare dallo scritto, ma con un vincolo o con una limitazione o condizione non espressa ed affidata alla fiducia dell’altro contraente”*.

Questa affermazione corrisponde ad una idea risalente, e cioè che il *pactum fiduciae* è soggetto ad una *“intesa segreta”* e *“non c’è bisogno che il terzo conosca di avere avanti nel fiduciario un’interposta persona, e che anzi spesso non debba conoscerlo perché l’inganno è rivolto contro di esso”*².

Una seconda idea risalente è che se *“dalla coercizione di rimedi legali, anziché dallo spontaneo comportamento bonae fidei del fiduciario, si aspettasse la corrispondenza dell’uso dei suoi poteri al fine del negozio, questo non avrebbe più alcun titolo alla qualifica fiduciaria”*³, idea puntualmente ripresa da Grassetti scrivendo che *“è solo dal leale comportamento del fiduciario, e non dai rigorosi mezzi di coazione legale, che si attende il pieno raggiungimento dello scopo pratico perseguito”*⁴.

Rispetto all’anno in cui la Cassazione, richiamata da Betti, nel 1941 si è pronunciata nel senso della non necessità della forma per il *pactum fiduciae* due circostanze sono intervenute la cui rilevanza deve essere considerata: la previsione nel codice civile del 1942 dell’art. 2932, che prevede l’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto, e la previsione nel 1996 della trascrivibilità di contratti preliminari che risultino da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (art. 2645 bis cod. civ.).

¹ P. 198.

² Ferrara, *Della simulazione nei negozi giuridici*, 2^a ed. 1905, p. 223, 225.

³ Così Messina, *Negozi fiduciari* (Introduzione e parte prima), 1910, p. 6, nota 2.

⁴ Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.* 1936, I, p. 355.



Venendo al merito, credo opportuno fissare alcuni punti.

Se il fiduciario dà spontanea esecuzione al *pactum fiduciae* verbale, l'atto scritto di trasferimento è valido (così, per il mandato immobiliare, Cass. 18 aprile 1980, n. 2501).

Se il fiduciario per non ritrasferire invoca la nullità del *pactum fiduciae* per difetto di forma, mostra di essere un fiduciario infedele e si pone il problema di evitare che egli possa ottenere un ingiustificato arricchimento, dato che non è né un compratore, né un donatario.

Con riferimento allo specifico quesito sollevato dall'ordinanza interlocutoria, la soluzione adombrata (idoneità della dichiarazione unilaterale del fiduciario) riprende il noto precedente di Cass. n. 10633/2014.

Si potrebbe dire che ritenere necessaria una dichiarazione scritta unilaterale ricognitiva del *pactum fiduciae* verbale significa che la Suprema Corte non si è ancora sentita di approdare ad un orientamento antiformalistico: così come è stato scritto con riferimento alla sentenza n. 20051 del 2013 in tema di mandato immobiliare da Vincenzo Mariconda⁵.

Ma forse per ora conviene accontentarsi, e ritenere che la dichiarazione scritta unilaterale del fiduciario, che trova fondamento e causa nel *pactum fiduciae* verbale, è idonea a costituire titolo per il ritrasferimento dell'immobile dal fiduciario inadempiente al fiduciante che agisca *ex art. 2932 cod. civ.*

In questa direzione va il mio auspicio in vista della decisione delle Sezioni Unite.

⁵ Note in tema di forma del mandato immobiliare, in *Studi a me dedicati*, Giuffrè, 2015, p. 1977.



CARLOTTA DE MENECH

Ricercatore di diritto privato – Università di Pavia

USO ECCESSIVO DEL PROCESSO E ... DELLA GIURISPRUDENZA (A DIECI ANNI DALL'INTRODUZIONE DEL TERZO COMMA DELL'ART. 96 C.P.C.)

SOMMARIO: 1. *L'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: un caso di previsione legislativa «ellittica».* – 2. *Il percorso ermeneutico di completamento dell'art. 96, 3° comma, c.p.c. (dalla struttura della norma alla sua funzione sanzionatoria).* – 3. *La necessità di misurare la tenuta della ricostruzione proposta alla stregua del principio costituzionale di legalità (dalla funzione sanzionatoria della norma alla sua struttura).* – 4. *La soluzione data dalla Corte costituzionale al dubbio circa la compatibilità tra liquidazione equitativa e riserva (assoluta o relativa) di legge.* – 5. *Considerazioni finali.*

1. – Ha osservato Carlo Castronovo nel concludere, lo scorso 15 novembre, il convegno per la presentazione dei volumi “Le parole del diritto” in suo onore¹, che «il diritto non è mai muto, ma appare, sempre più spesso, afono od ellittico». Onde è normale che la giurisprudenza risulti costantemente impegnata nello sforzo di incrementare il contenuto semantico del dato normativo, ossia – usando una metafora proposta dallo stesso Castronovo in un saggio pubblicato un paio d’anni prima² – nello sforzo di «fornire tessuto alla struttura essenziale costituita dalla legge». Viene così a determinarsi – proseguiva l’autore in quello scritto – un «rapporto tra legge e giurisprudenza che si può descrivere nei termini di quello tra l’ordito e la trama», a significare che la giurisprudenza deve svolgere il proprio compito, muovendosi nei binari della legge. E, laddove la legge bisognevole di riempimento non fornisca coordinate sufficienti, la funzione integrativa può esser adempiuta guardando al resto dell’ordinamento; mentre al contrario non può

¹ Ci si riferisce alle “Parole conclusive” pronunciate nell’ambito de *La scienza del diritto e la sua dimensione internazionale. The Science of Civil Law and its International Dimension. Convegno per la presentazione dei volumi «Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo».*

² C. CASTRONOVO, *L’aporia tra ius dicere e ius facere*, in *juscivile*, 2016, 5, 430.



venir assolta dalla giurisprudenza, ripiegando su se stessa in maniera autoreferenziale.

A chiarire ed a dimostrare quanto si è detto finora in linea teorica, torna utile ripercorrere la vicenda interpretativa (ed integrativa), cui ha dato luogo l'introduzione, dieci anni or sono, di una disposizione ellittica all'interno del codice di procedura civile. La previsione normativa in questione è l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c., che così recita: «in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata». Come si vede, nel redigere la norma, il legislatore non ha seguito lo schema consueto della regola di diritto, composto dalla compiuta descrizione di una ipotesi fattuale e del correlativo effetto giuridico; ma ha affidato alla sintetica formula d'esordio «in ogni caso» e al dato della soccombenza il compito di individuare la *species facti* ed ha rimesso all'equità giudiziale il potere di commisurare la sanzione.

Le carenze della tecnica normativa – da molti, criticamente, rilevate ³ – hanno reso necessario un percorso ermeneutico, volto a dare una configurazione strutturale e funzionale certa all'istituto – soltanto – abbozzato dal legislatore. Percorso che, come si illustrerà nel prosieguo, ha determinato risultati significativi, fintantoché l'interprete lo ha condotto appoggiandosi al saldo ordito del diritto vigente; mentre non ha prodotto alcun sensibile avanzamento, allorquando – fuoriuscendo dall'ordito – ci si è affidati ai mutevoli orientamenti del diritto vivente.

2. – Dapprincipio, gli sforzi dell'interprete si sono concentrati sulla struttura dell'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. e, segnatamente, sulla sua fattispecie. Quest'attività di completamento del tenore letterale della norma ha condotto dottrina e giurisprudenza ad una soluzione largamente maggioritaria: e cioè, che tra i presupposti applicativi della misura vi sia un contegno processuale illecito della parte soccombente e non vi sia, invece, il danno eventualmente sofferto dalla controparte a causa di tale condotta. Più in dettaglio, si sostiene che la condanna al pagamento di una somma equitativamente determinata possa esser pronunciata, qualora risulti che il soccombente ha agito o resistito con ma-

³ La doglianza relativa allo scarno tenore letterale del capoverso aggiunto in fine all'art. 96 c.p.c. è un leitmotiv che compare in quasi tutti i contributi in argomento: cfr., *ex pluribus*, v. FIENGO, *La responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Corr. Giur.*, 2016, 117; BRENDA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. ed i punitive damages. Considerazioni in margine ad un caso giudiziario*, in *Giur. it.*, 2013, 8-9, 1885; e DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 55 s.



la fede o colpa grave (arg. ex 1° comma dell'art. 96); oppure laddove consti che egli ha imprudentemente promosso l'esecuzione di un provvedimento cautelare, trascritto una domanda giudiziale o iscritto un'ipoteca giudiziale, ovvero iniziata o compiuta l'esecuzione forzata (arg. ex 2° comma dell'art. 96) ⁴.

Il metodo impiegato per guadagnare tale risultato consiste nell'integrazione verticale della norma ⁵. Questo procedimento ermeneutico si fonda sulla valorizzazione del raccordo tra l'ultimo alinea dell'art. 96, aggiunto dalla novella, ed i suoi primi due commi, già esistenti nella versione originaria del codice di rito; e si attua ricavando da questi ul-

⁴ V., tra i tanti, DALLA MASSARA, *op. cit.*, 59 s.; VACCARI, *L'art. 96, comma 3°, cod. civ. proc.: profili applicativi e prospettive giurisprudenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 73; BALENA, *La nuova pseudo riforma della giustizia civile*, in *Giust. proc. civ.*, 2009, 3, 17 ss.; FINOCCHIARO, *Ancora sul nuovo art. 96, comma 3° c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1193; MORLINI, *Il punto sulle spese di lite e la responsabilità per lite temeraria*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 6, 2096 s.; ed in giurisprudenza v., ad es., Corte cost., 31 maggio 2012, n. 138 consultabile *online* su *cortecostituzionale.it*; Cass., ord. 11 febbraio 2014, n. 3003, consultabile *online* su *lanuovaproceduracivile.com*; Cass., ord. 30 novembre 2012, n. 21570, in *Danno e resp.*, 2013, 299 ss. con commento di VANACORE; Cass., 30 luglio 2010, n. 17902, in *Foro it.*, 3134 ss.; Trib. Verona 7 febbraio 2012, consultabile *online* su *ilcaso.it*; e Trib. Bari 28 aprile 2011, in *Foro. it.*, 2011, I, 2171 ss. La medesima opzione ricostruttiva si rinviene nel Protocollo dell'Osservatorio "Valore-Prassi" costituito presso il Tribunale di Verona, il cui testo è pubblicato in DALLA MASSARA e VACCARI (a cura di), *Economia e comportamento delle parti nel processo civile. Prime applicazioni del Protocollo 'Valore Prassi' sugli artt. 91, 96 e 614-bis c.p.c.*, Napoli, 2012, 4 ss.

Non mancano, tuttavia, in dottrina alcune diverse proposte ricostruttive, le quali hanno ricevuto sporadica adesione da parte della giurisprudenza. Secondo alcuni autori (v. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 86 s.; e LUISO, *Diritto processuale civile. Parte generale*, I, Milano, 2015, 437; e in giurisprudenza da T.A.R. Umbria, 21 gennaio 2010, n. 26, in *Giur. merito*, 2010, 831), la formula «in ogni caso», posta ad inizio del terzo capoverso dell'art. 96 c.p.c., segnerebbe una netta cesura rispetto alle fattispecie contemplate dai commi 1 e 2 della disposizione; sicché, la condanna al pagamento di una somma equitativa potrebbe esser pronunciata dal giudice indipendentemente dall'accertamento di un danno e – anche – a prescindere dal riscontro di un illecito processuale; restando, perciò, ancorata al solo dato oggettivo della soccombenza. Dal canto opposto, si situa la tesi (sostenuta da SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 264; e BUSNELLI e D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o "condanna punitiva"?*, *Danno e resp.*, 2012, 6, 591 s.), secondo cui i presupposti applicativi dell'ultimo alinea dell'art. 96 c.p.c. coinciderebbero integralmente con quelli del primo e del secondo comma della previsione normativa, ivi compreso, dunque, il danno. La novità introdotta dal legislatore consisterebbe allora, semplicemente, nell'attribuzione al giudice di un potere officioso-equitativo finalizzato a sopperire in extremis all'insuccesso della parte vittoriosa nel fornire la dimostrazione del pregiudizio sofferto a causa dell'illecito. Secondo un'ulteriore ricostruzione (proposta in letteratura da GIORDANO, *Brevi note sulla nuova responsabilità processuale c.d. aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 437; ed accolta da Trib. Bari 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2171; Trib. Torino, ord. 16 ottobre 2010, I, in *Giur. merito*, 2011, 2701 e Trib. Terni, ord. 17 maggio 2010, in *Giur. merito*, 2011, 2701), la fattispecie cui si ricollega il potere di condanna giudiziale andrebbe invece rinvenuta all'esterno dell'art. 96 c.p.c. e, precisamente, s'identificherebbe con la violazione dolosa od anche meramente colposa del dovere di comportarsi secondo lealtà e probità sancito dall'art. 88 c.p.c., mentre prescinderebbe dalla sussistenza di un danno.

⁵ Così DALLA MASSARA, *op. cit.*, 57 ss., definisce il metodo da egli stesso adoperato.



timi il materiale normativo necessario ad integrare la fattispecie, testualmente lacunosa, del terzo comma. Considerato che i presupposti delle obbligazioni risarcitorie contemplate dai primi due commi sono un contegno illecito, un danno, ed il nesso causale tra condotta ed evento lesivo, è tra questi che deve compiersi la scelta finalizzata a colmare il vuoto dell'ultimo capoverso della disposizione. Di scelta si tratta – e non importazione *tout court* – poiché l'espressione «in ogni caso», collocata in apertura del nuovo comma, evidenzia che il legislatore ha inteso imprimere un distacco rispetto a quel che precede e, quindi, astringe l'interprete ad operare una trasposizione parziale delle fattispecie delineate dai capoversi precedenti.

Esauriti gli indizi utilmente reperibili nel contesto dell'art. 96 c.p.c., la selezione degli elementi fattuali viene compiuta guardando ai lavori preparatori della riforma; all'interno dei quali è rilevabile l'intenzione del legislatore di incrementare le potenzialità operative della responsabilità aggravata, dianzi assai ridotte in ragione delle difficoltà che la parte vittoriosa comunemente incontra nel fornire dimostrazione delle *deminutiones* provocate dal comportamento processuale scorretto del soccombente⁶. Rilievo che, all'evidenza, induce a completare la fattispecie del terzo comma attraverso le sole condotte illecite descritte dai primi due, lasciando, invece, confinato nell'area della giuridica irrilevanza il nocumento eventualmente sofferto dal danneggiato vincitore.

Una volta fissata questa premessa strutturale, l'opinione dominante ha potuto agevolmente inferirne che l'obbligazione pecuniaria, a cui il litigante temerario è esposto, non adempie ad una funzione risarcitoria, bensì afflittivo/deterrente⁷. Più di preciso, si

⁶La relazione illustrativa della l. n. 69/2009 esplicita l'intento di ampliare l'ambito applicativo della responsabilità aggravata sollevando la vittima dell'abuso processuale dall'onere di provare il danno sofferto. Si ha, in questo caso, coincidenza tra la volontà del legislatore (ossia l'«intenzione del legislatore storico, “in carne ed ossa”, cioè degli uomini (in ipotesi, identificabili) che hanno partecipato attivamente alla redazione e all'approvazione di un certo testo normativo»: v. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 2004, Milano, 150): e volontà della legge (vale a dire «la ragione, il motivo, lo scopo, il “risultato pratico”, per cui una certa norma è stata emanata», e desumibile dal contesto che l'ha occasionata: v. ID., *op. ult. cit.*, 150 s.). Infatti, osservando lo scenario giuridico precedente la novella del codice di rito, è dato ravvisare diversi tentativi di far uscire la condanna per responsabilità aggravata dalle strettoie della regola risarcitoria: in questo senso, può richiamarsi la giurisprudenza che ha quantificato i danni da lite temeraria, facendo espressamente riferimento a nozioni di comune esperienza, ovvero impiegando i criteri stabiliti dalla Corte Edu per la determinazione dei pregiudizi da irragionevole durata del processo (v. GHIRGA, *op. cit.*, 82 s., e giurisprudenza ivi citata).

⁷V., *ex multis*, DALLA MASSARA, *op. cit.*, 59 ss.; VACCARI, *op. cit.*, 77 ss.; BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile. I principi*, I, Bari, 2009, 300; FINOCCHIARO, *op. cit.*, 1187 ss.; DONZELLI, *Sanzioni civili pecuniarie e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2019, 373; Corte cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Danno e resp.*, 2017, 409, con nota di BREDA; Cass. 21 luglio 2016, n. 15017; Cass., ord. 12 giugno 2018, n. 15209; Cass. 22 ottobre 2014, n. 22465; e Trib. Milano 18 luglio 2016, tutte consultabili *online* su leggiditalia.it.



afferma che la sanzione comminata dall'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. ha lo scopo di prevenire e reprimere comportamenti processuali abusivi che ledono l'interesse di un soggetto privato a non essere pretestuosamente coinvolto in un procedimento giurisdizionale o a non subire l'indebita procrastinazione del giudicato favorevole, e, al contempo, pregiudicano l'interesse di tutti i consociati all'efficiente e celere funzionamento della giustizia civile⁸. Connotazione teleologica che trova una nitida conferma nel potere del giudice di irrogare la sanzione *ex officio*.

Ciò che, invece, è parso stridere con la funzione punitiva della misura è il fatto che il suo beneficiario venga individuato dalla legge nella controparte, anziché nell'erario statale. Ma la contraddizione è solo apparente, giacché – come la Corte costituzionale, interpellata al riguardo nel 2016, ha avuto modo di precisare – la devoluzione al privato della sanzione vale ad assicurarne «una maggiore effettività, ed una più incisiva efficacia deterrente, sul presupposto che la parte vittoriosa possa, verosimilmente, provvedere alla riscossione della somma, che ne forma oggetto, in tempi e con oneri inferiori rispetto a quelli che graverebbero su di un soggetto pubblico»⁹. La scelta operata dal legislatore si lascia comprendere, cioè, nella prospettiva dei vantaggi correlati a meccanismi di *private enforcement*. Vantaggi che, mentre il giurista continentale ha iniziato ad apprezzare ed a tenere in considerazione solo in tempi recenti, i sistemi di *common law* pongono, invece, tradizionalmente alla base della conformazione di alcuni modelli giuridici loro propri. Tra questi ultimi vi sono, per esempio, i *punitive damages*, a cui – non a caso – la sanzione prevista dall'art. 96 del nostro codice di rito viene, sovente, accostata¹⁰. Come quest'ultima, anche i danni punitivi vengono assegnati in pagamento al soggetto leso – non già per compensare il danno che questi abbia subito (danno che né l'una, né gli altri

Di finalità deterrente/sanzionatoria discorre anche chi lega la condanna pecuniaria di cui all'art. 96, ult. co., c.p.c. al solo elemento della soccombenza (GHIRGA, *op. cit.*, 85 ss.) ovvero alla violazione dei doveri sanciti dall'art. 88 c.p.c. (cfr. GIORDANO, *op. cit.*, 437). Per contro, coloro che includono tra i presupposti applicativi della norma l'esistenza di un danno, parlano di funzione risarcitoria (cfr. SCARSELLI, *op. cit.*, 263), oppure risarcitoria e punitiva (cfr. BUSNELLI e D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 591 s.)

⁸ Allo scopo di evidenziare questo dato, l'illecito processuale sanzionato ai sensi della norma in esame viene, da alcuni, descritto come «illecito plurioffensivo»: v., per es., LOMBARDO, *Abuso del processo e lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 4, 2018, 898.

⁹ In questi termini si esprime Corte cost. 23 giugno 2016, n. 152, cit.; e, analogamente, in precedenza Trib. Piacenza, ord., 22 novembre 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 12, 2576.

¹⁰ Cfr., *ex multis*, BRENDA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. ed i punitive damages. Considerazioni in margine ad un caso giudiziario*, in *Giur. it.*, 2013, 8-9, 1885; ASPRELLA, *L'art. 96, comma 3, c.p.c. tra danni punitivi e funzione indennitaria*, in *Corr. giur.*, 2016, 1586 ss.; FRANZONI, *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss.; ed in giurisprudenza Cass., ord. 12 giugno 2018, n. 15209, Trib. Campobasso 14 marzo 2013; Trib. Varese 23 gennaio 2010, Trib. Prato 6 novembre 2009, Trib. Milano 29 agosto 2009, tutte consultabili *online* su *leggiditalia.it*; Trib. Piacenza 22 novembre 2010, in *Guida al diritto*.



necessariamente postulano ¹¹), bensì – allo scopo di sollecitare e retribuire l’utile apporto che – si reputa – egli possa dare alla repressione di determinati comportamenti illeciti.

3. – Guadagnata la certezza che il terzo capoverso dell’art. 96 c.p.c. adempie ad una funzione preventivo/sanzionatoria, dottrina e giurisprudenza hanno avviato una ulteriore riflessione sulla struttura della norma; svolgendo, in questo secondo momento, una funzione – non più incrementativa del dato positivo, bensì – valutativa del medesimo. Difatti – se, in prima battuta, scrittori e giudici hanno dovuto incaricarsi di forgiare il contenuto della disposizione, onde risalire, poi, alla sua valenza teleologica – l’aver identificato quest’ultima nell’idea di punizione e deterrenza sollecita l’interprete a domandarsi se le scarse indicazioni offerte dal legislatore in punto di fattispecie e – soprattutto – di effetto giuridico siano sufficienti a soddisfare il principio costituzionale di legalità (arg. ex artt. 23 e 25, comma 2, Cost.).

Con riferimento alla fattispecie, il quesito riceve soluzione affermativa, ancor prima di venir posto in termini realmente problematici. Vero è che l’ultimo capoverso dell’art. 96 c.p.c. non contempla presupposti fattuali sufficienti a fondare la legittima imposizione di una prestazione pecuniaria punitiva (tale, infatti, non può essere la soccombenza, dato che proporre una domanda infondata o resistere ad una domanda fondata sono facoltà rientranti nel diritto d’azione e di difesa garantito dall’art. 24 Cost. e, quindi, non possono costituire, di per sé, fatti illeciti ¹²). Ed altresì vero è che gli elementi, ritagliati per via ermeneutica dai primi due commi della disposizione, danno corpo a fattispecie dai contorni labili e sfumati; in particolare, quella – a più ampio spettro operativo – consistente nell’«aver agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave». La genericità di questa formula ha trovato, però, rimedio – e, così, anche riparo da serie accuse d’incostituzionalità – nell’opera di tipizzazione progressiva che la giurisprudenza teorica e quella pratica hanno condotto muovendosi, precipuamente, nel segno della legge. Gli interpreti hanno infatti enucleato specifiche figure di lite temeraria, lasciandosi guidare dai principi, sanciti dall’art. 111 Cost. nella versione novellata dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, del giusto processo e di ragionevole durata del medesimo ¹³, e facendosi, so-

¹¹ Sulla connotazione non risarcitoria dei *punitive damages*, sia consentito fare rinvio a DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie, Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano, 2019, 65 ss.

¹² Per questa spiegazione v., ad es., BALENA, *op. loc. ult. cit.*

¹³ Cfr., ad es., Cass. 9 ottobre 2017, n. 23542, consultabile *online* su *leggiditalia.it*; e FINOCCHIARO, *op. cit.*, 1191.



vente, influenzare da regole dettate dal codice di rito¹⁴. Con la conseguenza che le condotte sanzionabili ai sensi della norma in esame formano, ad oggi, un catalogo che gode di ampio consenso ed è, dunque, dotato di una certa stabilità¹⁵. All'interno della cornice preesistente costituita dall'art. 96 c.p.c. è stata, cioè, aggiunta una nuova "normatività", che ha consentito di spegnere sul nascere il sospetto che la pochezza e la vaghezza dei requisiti applicativi della disposizione ne comportino l'incostituzionalità.

Per contro – e passiamo così dalla fattispecie all'effetto giuridico – l'assoluta discrezionalità che il legislatore conferisce al giudice nella quantificazione della misura ha indotto non pochi autori a sostenere che l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. si pone in contrasto con il principio costituzionale di legalità¹⁶. Le ragioni, da cui trae spunto questa opinione, possono così sintetizzarsi. La funzione afflittiva dell'istituto evoca l'esigenza garantistica che il potere giudiziale di commisurare la prestazione pecuniaria trovi un solido argine nella legge (c.d. *nulla poena sine lege*). Al contempo, peraltro, l'indole sanzionatoria della norma appalesa che la liquidazione equitativa, cui essa fa esclusivo riferimento, non è quella prevista dall'art. 1226 c.c. e, quindi, non trova un sicuro criterio orientativo nel necessario approssimarsi alla dimensione del pregiudizio sofferto dalla vittima. A ciò si aggiunga, poi, che la giurisprudenza non appare capace di ovviare alle insufficienze di questo secondo segmento della disposizione, dotandosi di parametri commisurativi che – in quanto elaborati sulla scorta di principi dell'ordinamento o ricavati da altre previsioni normative – si prestino ad un'applicazione diffusa e costante¹⁷.

¹⁴ Uno dei comportamenti più frequentemente sanzionati ai sensi della norma in esame consiste nell'aver intrapreso iniziative processuali manifestamente infondate sotto il profilo giuridico (v. nt. successiva). Queste fattispecie – come evidenzia DALLA MASSARA, *op. cit.*, 64 – presentano un'assonanza con le ipotesi disciplinate dagli artt. 360-*bis* e 367 c.p.c.

¹⁵ Senza pretesa di esaustività, possono ascrivere a tale elenco: la proposizione di domande fondate su presupposti giuridici manifestamente erronei, ovvero su una prospettazione di fatto palesemente smentita dalle risultanze istruttorie; il disconoscimento pretestuoso della sottoscrizione apposta ad un documento; la parcellizzazione di una domanda giudiziale diretta al soddisfacimento di una posizione giuridica suscettibile di tutela unitaria; la riproposizione di una domanda già rigettata con sentenza passata in giudicato; la proposizione di un ricorso per cassazione a mezzo di un procuratore sfornito di procura speciale, oppure senza l'indicazione dei quesiti di diritto; il proporre opposizione a decreto ingiuntivo con intento manifestamente dilatorio.

¹⁶ In questo senso, v. BALENA, *op. cit.*, 301; LUISO, *op. cit.*, 437; VACCARI, *op. cit.*, 78. A difesa della legittimità costituzionale dell'art. 96, comma 3, c.p.c. si sono espressi, invece, GHIRGA, *op. cit.*, 90-92; LOMBARDI, in LOMBARDI e GIORDANO, *Il nuovo processo civile*, Roma, 2009, 145; Cass., ord. 30 novembre 2012, n. 21570, consultabile *on line* su *ilcaso.it*; Trib. Min. Milano, decr. 4 marzo 2011, in *Fam. e dir.*, 2011, 809, con nota di CARRATTA; e Trib. Roma 11 gennaio 2010, in *Giur. mer.* 2010, 2175 ss.

¹⁷ Molti e diversi sono, infatti, i criteri commisurativi che vengono usati nel diritto applicato: l'intensità del dolo o la gravità della colpa (v. Trib. Verona 25 febbraio 2013, inedita), il profitto ingiusto avuto di mi-



Da ultimo, il dubbio d'incostituzionalità della norma in esame, *in parte qua* omette di indicare linee direttrici per la quantificazione giudiziale della somma, è stato rinforzato dalla sentenza del luglio 2017, con cui le Sezioni Unite della Cassazione¹⁸, nell'affermare la riconoscibilità delle sentenze straniere recanti condanna ai *punitive damages*, a condizione che rispettino i principi fondamentali dell'ordinamento italiano, hanno delineato lo "statuto costituzionale" delle «prestazioni sanzionatorie» interne che – come quella comminata dall'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. – afferiscono al diritto privato. Statuto costituzionale a cui i giudici di legittimità hanno ascrivito il principio di proporzionalità, nonché quello di «perimetrazione della fattispecie» e di «puntualizzazione dei limiti quantitativi irrogabili», richiamando a sostegno sia la riserva assoluta di legge che l'art. 25, comma 2, Cost. sancisce in relazione alla pena di diritto pubblico, la riserva relativa che l'art. 23 Cost. detta in materia di prestazioni patrimoniali imposte.

4. – Il condizionamento esercitato dalla pronuncia in tema di danni punitivi emerge evidente nella motivazione dell'ordinanza con cui, nell'inverno 2018, il Tribunale di Verona – recependo le perplessità dianzi espresse solo in letteratura – ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 96, ult. alinea, c.p.c. per contrasto con gli artt. 23 e 25, comma 2, Cost.¹⁹. La censura d'incostituzionalità, prospettata dal provvedimento di rimessione, non investe l'intero testo della previsione legislativa. La fattispecie dell'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. – argomenta il giudice scaligero, accedendo all'impostazione che traspare dal panorama dottrinale e giurisprudenziale precedente

ra dal responsabile dell'abuso (v. Trib. Milano, 12 gennaio 2012, in *Giur. it.*, 2013, 1885, con nota di BRENDA), l'entità della condanna alle spese giudiziali liquidate (v. Trib. Padova, ord. 16 gennaio 2014, inedita; Trib. Santa Maria Capua Vetere, ord. 23 dicembre 2013, in *Osservatorio Mediazione Civile* 2014; Trib. Reggio Emilia 25 settembre 2012), il capitale riconosciuto alla parte vittoriosa (v. Trib. Milano 27 giugno 2015, inedita; Trib. Brescia 15 gennaio 2014, consultabile *online* su *ilcaso.it*, Trib. Lodi 4 marzo 2013, inedita), la durata del processo (v. Trib. Verona 19 giugno 2014, consultabile *online* su *ilcaso.it*), etc.

¹⁸ Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1365, con nota di CONSOLO e BARONE, *Postilla minima di messa a giorno*; in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1198, con note di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio*, e di BRIGUGLIO, *Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turning point «nell'interesse della legge»*; in *Danno e resp.*, 2017, 419, con note di LA TORRE, *Un punto fermo sul problema dei "danni punitivi"*; di CORSI, *Le sezioni unite: via libera al riconoscimento di sentenze comminatorie di punitive damages*; e di PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*. V., inoltre, C. M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 31 gennaio 2018.

¹⁹ Trib. Verona, ord. 23 gennaio 2018, consultabile *online* su *quotidianogiuridico.it.*, nella cui motivazione viene espressamente richiamato il precedente delle Sezioni Unite.



l'ordinanza – «risulta sufficientemente determinata» grazie all'unione tra il profilo – in esso contenuto – della soccombenza ed i «presupposti – fissati nel primo comma – dell'agire o resistere in giudizio con mala fede o colpa grave»; ed inoltre, risulta adeguatamente concretizzata nel diritto vivente mediante l'individuazione di un elenco di condotte processuali ad essa riconducibili, tra cui anche quella ravvisata nel giudizio *a quo* consistente nel proporre una domanda fondata su presupposti giuridici palesemente erronei. Invece – secondo il tribunale remittente – l'attività ermeneutica non può sopperire alla vacuità dell'art. 96, ult. alinea, c.p.c., nella parte in cui non prevede l'entità minima e massima della sanzione e compie un mero rinvio all'equità.

Pronunciandosi (dopo circa un anno e mezzo) sulla questione d'incostituzionalità rimessale, la Consulta ha salvato l'ultimo capoverso dell'art. 96 c.p.c. dalla declaratoria d'illegittimità²⁰, evitando, così, di privare il nostro sistema normativo di una misura utile a contrastare l'uso improprio dell'apparato giurisdizionale civile; misura, la cui introduzione era stata caldeggiata da una componente significativa della dottrina processualistica, sulla base dell'esempio fornito dalla legislazione di Paesi stranieri²¹.

La Corte costituzionale giunge a tale esito, statuendo anzitutto la non ammissibilità della questione sollevata con riferimento alla riserva assoluta di legge stabilita all'art. 25, comma 2, Cost.: questo disposto costituzionale impone al legislatore di limitare la discrezionalità del giudice nella irrogazione della pena, fissando una cornice edittale, *nonché* dei precisi criteri commisurativi, ma – secondo la Corte – questi presidi garantistici si riferiscono esclusivamente alle sanzioni di diritto penale pubblico ed a quelle «amministrative “di natura sostanzialmente penale”»²², mentre non operano per le sanzioni pecuniarie civili.

Il Giudice delle leggi ritiene, invece, pertinente alla prestazione sanzionatoria comminata dal codice di rito l'altro parametro indicato dall'ordinanza di remessione: ossia l'art. 23 Cost.

²⁰ Corte cost. 6 giugno 2019, n. 139, consultabile *online* su cortecostituzionale.it.

²¹ Cfr. DONDI, *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della l. 24-3-2001, n. 89)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 65 e ss.; DONDI e GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile in una prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 195 ss.; COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 346 ss.

²² Sull'estensione a queste ultime della riserva legislativa assoluta, sancita dall'art. 25, comma 2, Cost., sia consentito rinviare a DE MENECH, *op. cit.*, 187 ss., dove si spiega che la Corte costituzionale è pervenuta a tale risultato interpretativo, «appoggiandosi alla ricostruzione, parallelamente operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, della nozione di pena quale presupposto rilevante ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 Cedu (tra cui vi è anche il principio di stretta legalità), [c]on lo scopo di impedire che la c.d. “truffa delle etichette” determini un surrettizio aggiramento delle tutele dettate in relazione alla pena».



Ora, la giurisprudenza costituzionalistica ha tradizionalmente sostenuto che il principio di legalità sancito da tale dispositivo, in ragione del suo carattere più blando, possa ritenersi rispettato, sol che la norma impositiva predetermini criteri commisurativi *oppure* limiti edittali²³ (cosa che il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. non fa). Peraltro – aggiunge ora la Consulta, senza voler rinnegare il proprio consolidato indirizzo – la sufficienza e la necessità di una simile base legislativa sono state sempre predicate in merito a prestazioni patrimoniali di natura tributaria, la cui quantificazione è rimessa all'autorità amministrativa; mentre da tale esigua base normativa possono finanche prescindere prestazioni patrimoniali che abbiano carattere processuale, risultando quindi riposte nelle mani dell'autorità giudiziaria. Perciò, nel rimettere la quantificazione della somma di cui all'art. 96, ultimo comma, c.p.c. all'equità giudiziale, «il legislatore ha [legittimamente] fatto affidamento» – così si esprime la Consulta – «sulla giurisprudenza che, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente, soprattutto della Corte di cassazione, può specificare il precetto legale»; compito che i giudici di legittimità avrebbero effettivamente assolto, stabilendo che la somma «va rapportata “alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa”». Sicché – conclude la Corte costituzionale – la questione sollevata in riferimento all'art. 23 Cost. è ammissibile, ma risulta infondata.

5. – Passando a formulare qualche considerazione sulla sentenza – e seguendo l'ordine scandito dal suo apparato argomentativo – occorre anzitutto mettere in risalto un punto che appare destinato ad assumere notevole influenza sul piano della valutazione dello *ius conditum*.

Si allude al chiarimento, operato dalla Consulta, secondo cui le pene pecuniarie di diritto privato non soggiacciono alla riserva assoluta di legge sancita dall'art. 25, comma 2, Cost. ed ai suoi stringenti corollari (precisione e tassatività della fattispecie, puntuale perimetrazione della conseguenza sanzionatoria, e via dicendo)²⁴. Questa statuizione vale a

²³ Cfr. Corte cost. 7 aprile 2017, n. 69, consultabile *on line* su cortecostituzionale.it; Corte cost. 23 maggio 1973, n. 67, in *Giur. cost.*, 1974, 811 ss. e Corte cost. 8 luglio 1957, n. 122, in *Giur. cost.*, 1957, 1101 ss. Egualmente orientata è la dottrina costituzionalistica: v., per tutti, A. FEDELE, *sub* art. 23 Cost., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1978, 100 s.

²⁴ Prima del recente pronunciamento della Consulta, sulla riconducibilità delle sanzioni civili alla riserva relativa dell'art. 23 Cost. ovvero alla riserva assoluta dell'art. 25, comma 2, Cost. si era espressa soltanto la dottrina, optando prevalentemente per la prima: cfr. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternativa di tutela*, a cura di M. De Acutis e G. Palombarini, Padova, 1984, 70; PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 28; BUSNELLI,



dissipare le ombre di incostituzionalità che la sentenza sui danni punitivi aveva proiettato – oltre che sull’ultimo capoverso dell’art. 96 c.p.c. – sulla pressoché totalità delle disposizioni civilistiche che comminano sanzioni pecuniarie. Disposizioni che quasi mai ricalcano il modello analitico della norma di diritto penale: vuoi perché individuano il comportamento sanzionato in maniera tale da lasciare un margine di indeterminatezza destinato ad esser eliminato solo al momento dell’applicazione giudiziale (v., ad es., l’art. 614-*bis* c.p.c., a mente del quale il giudice pone una prestazione pecuniaria sanzionatoria a carico dell’eventuale trasgressore del «provvedimento di condanna all’adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro [...] salvo che ciò sia manifestamente iniquo»), ovvero ad opera di un successivo atto negoziale (v. l’art. 70 disp. att. c.c., che parla genericamente di «infrazione», rinviando al regolamento condominiale il compito di individuare le condotte punibili mediante l’applicazione di una «sanzione [...] fino ad euro 200 e, in caso di recidiva, fino ad euro 800»); vuoi perché non inscrivono il potere giudiziale di determinazione del *quantum* sanzionatorio all’interno di un quadro composto sia da una cornice edittale, che da criteri di commisurazione (cfr., ad es., l’art. 12 l. 8 febbraio 1948, n. 47, il quale detta i soli parametri della «gravità dell’offesa» e della «diffusione dello stampato», ai fini della liquidazione della somma dovuta a titolo di riparazione pecuniaria per diffamazione a mezzo stampa; o l’art. 3, comma 3, l. 9 dicembre 1998, n. 431, in base al quale il locatore che «abbia riacquisito la disponibilità dell’alloggio a seguito di illegittimo esercizio della facoltà di disdetta ai sensi del presente articolo è tenuto a corrispondere» al conduttore una prestazione pecuniaria, da determinarsi «in misura non inferiore a trentasei mensilità dell’ultimo canone di locazione percepito»).

Peraltro, mentre le disposizioni sopra richiamate enunciano il comportamento vietato e contengono parametri o limiti di quantificazione della misura, sicché soddisfano la base legislativa richiesta dall’art. 23 Cost. per l’imposizione di prestazioni patrimoniali, lo stesso non può dirsi della davvero scarna formulazione del terzo capoverso dell’art. 96 c.p.c.²⁵. E se la valorizzazione dei primi due commi dell’articolo – insieme ad un lavoro

Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi, in BUSNELLI e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Torino, 2013, 246; C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 331. Contra v. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 97, ove si sostiene che le sanzioni civili siano governate dall’art. 25, comma 2, Cost.

²⁵ *Oltreché, a rigore, di tutte le altre previsioni legislative che comminano sanzioni patrimoniali civili senza orientarne la commisurazione: così l’art. 8, comma 4, l. 8 marzo 2017, n. 24; gli artt. 124, comma 2, e 131, co. 2, c.p.i.; e l’art. 156, comma 1, l.aut.*



ermeneutico attuato nel segno dei principi e delle regole in tema di processo civile – hanno consentito di riempire adeguatamente il vuoto che l’ultimo comma presenta in punto di fattispecie; la natura non risarcitoria dell’effetto giuridico – e, quindi, l’assenza di una norma o di sistema predefinito da cui attingere spunti ricostruttivi – hanno reso più arduo fissare dei confini stabili e sicuri per l’esercizio del potere di liquidazione equitativa, che, di conseguenza, resta assolutamente discrezionale in spregio alla riserva di legge dell’art. 23 Cost.²⁶.

Né a comporre il contrasto profilatosi tra l’art. 96, ult. comma, c.p.c. e l’art. 23 Cost., può servire – come, invece, afferma la recente decisione della Corte costituzionale – la circostanza che la prestazione patrimoniale in questione si collochi nel contesto processuale e venga quantificata ad opera del giudice. Perché se è vero – quel che il ragionamento della Consulta sottende, ossia – che l’intensità della riserva di legge sancita dall’art. 23 Cost. viene comunemente ritenuta mutevole a seconda di alcune caratteristiche della prestazione imposta, tra cui (anche) il tipo di ente deputato a liquidarla²⁷; è altresì vero che l’organo giurisdizionale non presenta alcuno dei connotati che, temperando la discrezionalità dell’ente impositore, vengono tradizionalmente reputati capaci di giustificare un affievolimento della riserva legislativa. Così, in particolare, la magistratura civile, cui spetta il compito di quantificare la sanzione per lite temeraria, non è un organo che prevede la partecipazione di rappresentanti della categoria su cui la prestazione patrimoniale è destinata ad incidere²⁸; e neppure è un organo dotato di competenze specialistiche, chiamato ad operare secondo criteri squisitamente tecnici²⁹. Del resto, a riprova del fatto che la veste giurisdizionale dell’organo non vale, di per sé, a delimitare la discrezionalità del medesimo nell’attività commisurativa, è utile ribadire l’eterogeneità dei parametri che – a dispetto di quel che la Corte costituzionale asserisce – vengono impiegati nel diritto applicato per quantificare la somma di cui all’art. 96, ult. co., c.p.c.; e, nel medesimo senso, è opportuno evidenziare le molteplici relazioni che la giurisprudenza instaura tra spese di lite e sanzione per abuso processuale, liquidando quest’ultima, a volte, in misura pari alle prime, altre volte, in una frazione di esse, altre volte ancora in un multiplo.

Peraltro, a ben riflettere, la prestazione patrimoniale in parola presenta una caratteristica

²⁶ V. D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L’art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, 136 e giurisprudenza citata, ivi, nt. 36.

²⁷ Lo spiega FEDELE, *op. cit.*, 101 ss. e 126 ss., a cui si può fare rinvio per i necessari riferimenti bibliografici.

²⁸ Cfr. Corte cost. 31 maggio 1996, n. 180, consultabile *online* su cortecostituzionale.it.

²⁹ Cfr. Corte cost. 19 giugno 1998, n. 215, consultabile *online* su cortecostituzionale.it.



che – anziché giustificare un affievolimento della riserva di legge di cui all’art. 23 Cost. – dovrebbe comportarne, semmai, l’irrigidimento. Ci si riferisce alla sua funzione deterrente/sanzionatoria. Com’è intuitivo, l’efficace perseguimento di questa funzione postula, da un canto, la possibilità del giudice di calibrare la condanna in base alla effettiva gravità dell’illecito e, d’altro canto, la possibilità dei potenziali responsabili di prevedere il *quantum* sanzionatorio. Per soddisfare entrambe le esigenze, occorre che vi sia una *regola juris* capace di indirizzare stabilmente e univocamente l’esercizio della discrezionalità giudiziale; e tale – in un sistema come il nostro ove «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, comma 2, Cost.)³⁰ – non può essere una regola di fonte pretoria, neppure se delineata dalla Corte di cassazione e, quindi, accreditata dalla Corte costituzionale³¹, come è quella che prescrive di uniformare la sanzione per lite temeraria alle tariffe forensi.

Ciò è tanto più vero se la regola di formazione giurisprudenziale ha, come quest’ultima, un contenuto tale da non assicurare l’adeguamento della sanzione al concreto disvalore del comportamento illecito³², lasciando così presagire che i giudici di merito torneranno, prima o dopo, ad impiegare altri e, ancora diversi, criteri di commisurazione.

³⁰ Come spiega perspicuamente CASTRONOVO, *op. cit.*, 423, l’«art. 101 Cost. [...], nel dichiarare il giudice soggetto soltanto alla legge, in negativo significa che esso non lo è ai precedenti».

³¹ Emblematico, nel senso indicato nel testo, è il panorama giurisprudenziale sviluppatosi con riferimento alla questione della riconducibilità degli interessi moratori alla disciplina sull’usura. Come noto, la Cassazione reputa gli interessi moratori – e, più in generale, tutte le spese connesse all’inadempimento – rilevanti ai fini della determinazione del costo complessivo del rapporto (v., ad es., Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, in *Giur. it.*, 2001, 311 ss.). Intervenendo incidentalmente sulla questione, C. cost. 25 febbraio 2002, n. 29, in *Foro it.*, 2002, 934 ss., ha confermato tale impostazione, statuendo che il riferimento contenuto nella l. 24/01 «agli interessi “a qualunque titolo convenuti” rende plausibile [...] l’assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori». Ciononostante, una parte significativa della giurisprudenza di merito continua a pronunciarsi in senso contrario: cfr., ad es., Trib. Treviso, 12 marzo 2019, n. 572 e Trib. Lucca, 4 gennaio 2019, n. 25, consultabile *online* su *ilcaso.it.*; Trib. Milano, 27 settembre 2017, n. 9709, Trib. Napoli, 10 luglio 2017, n. 7906, Trib. Brescia, 8 giugno 2017, n. 1828, consultabile *online* su *expartecreditoris.it.*; Trib. Monza, 19 giugno 2017, n. 1911, Trib. Savona, 20 febbraio 2017, Trib. Milano, 16 febbraio 2017, Trib. Modena, ord., 11 gennaio 2017, tutte consultabili *online* su *expartecreditoris.it.*; Trib. Roma, 7 maggio 2015, n. 9168, consultabile *online* su *dirittobancario.it.*

³² Si pensi all’ipotesi in cui il destinatario di un decreto ingiuntivo svolga un’opposizione manifestamente strumentale e dilatoria, fissando in citazione termine a comparire a distanza di oltre un anno e quindi con un termine ben superiore ai novanta giorni previsti dalla legge. Una condotta di questo tenore giustificherebbe appieno l’irrogazione della condanna di cui all’ultimo comma dell’art. 96 c.p.c.. Tuttavia – considerato che i compensi di lite vengono determinati sulla base del valore della controversia e dell’attività processuale concretamente svolta in giudizio (fase di studio, fase introduttiva, fase istruttoria, fase decisionale: cfr. D.M. 55/2014) – l’importo della sanzione – commisurato secondo il criterio avallato dalla Corte costituzionale – potrebbe comunque risultare irrisorio, se la causa fosse di basso valore o qualora non venisse svolta una fase istruttoria (ad es., laddove il giudice fissasse immediatamente l’udienza di precisazione delle conclusioni).



A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, Giuffrè, Milano, 2019

1. – Il diritto privato patrimoniale della tradizione diffida della complessità.

In molti luoghi del codice di civile si respira quest'aria di diffidenza; per favorire la funzionalità, agile, dei rapporti giuridici (la loro nascita, il loro svolgersi, il loro estinguersi) il codice sembra preferire un modello (anche solo) implicitamente unisoggettivo secondo lo schema «un diritto-un titolare»: «il» debitore e «il» creditore (in quest'ordine compaiono, ad esempio, nell'art. 1175). Ciò sembra ripetersi anche in materia contrattuale; «il» proponente; «l'» oblato, che, insieme, fanno le (due) «parti» contraenti; la disciplina del contratto plurilaterale è piuttosto scarna (art. 1332: la pluralità nella sua dimensione procedimentale; artt. 1420, 1446, 1459 e 1466, la pluralità come problema in caso di nullità, annullamento o risoluzione riferiti a una sola parte).

Una diffidenza verso la complessità in genere, non solo quella declinata sul piano soggettivo, nella quale si può ravvisare una delle grandi differenze tra il diritto privato della tradizione e quello di derivazione europea; o, se si vuole, tra il diritto civile antico e quello moderno.

L'antico ama la semplificazione, la «mitezza», la norma dispositiva; la clausola generale; il moderno, al contrario, è contaminato da un'ideologia di tipo regolamentare, che tutto aspira a disciplinare, fino a smarrire, ma il discorso sarebbe davvero ampio, il senso originario del diritto privato, specie nella sua dimensione, così rilevante nel campo patrimoniale, di diritto dell'autonomia.

Un diritto (privato) divenuto sempre più specialistico, anche nella formulazione stilistica delle disposizioni che lo animano; un diritto che sembra travolto da un processo di trasformazione in qualcos'altro rispetto a quello ch'esso era fino a qualche decennio fa.

Ma tant'è rimane, come un monumento un po' in rovina ma ancora imponente, il Codice civile, la cui logica ispiratrice continua a essere quella antica; semplificante, anche se non sempre semplice.

2. – Diffidenza, dicevo, verso la complessità soggettiva, ma anche verso quella oggettiva (pensate alla mancanza nel nostro codice di regole sul collegamento negoziale o sulla causa mista): essa si avverte, ad esempio, nella disciplina della comunione dei diritti reali, laddove il codice cerca di imporre una sorta di precarietà della comunione, favorendone in ogni modo il suo scioglimento proprio perché consapevole che il diritto di



proprietà, per la sua natura, mal s'adatta alla contitolarità; si avverte nella disciplina, scarnissima, dei contratti plurilaterali; e si avverte, mi pare, anche nell'impianto codicistico in materia di obbligazioni plurisoggettive, cui è dedicato il volume che oggi presentiamo.

Mi pare evidente che, per il codice, la plurisoggettività attiva o passiva delle obbligazioni costituisca un problema prima di tutto pratico, legato a risolvere l'essenziale questione del chi adempie a chi; centrale nella soluzione di tutti i possibili conflitti tra il creditore e il debitore.

Al legislatore interessa non già sciogliere un nodo dogmatico, ma risolvere, semplificando, una fattispecie che nasce complessa, al fine di consentire alla vicenda obbligatoria un'estinzione non contaminata dalla sua plurisoggettività; perché sia nata complessa è dato, nell'ottica codicistica, meno rilevante del come si possano neutralizzare gli effetti perversi di questa complessità.

3. – Veniamo al nostro volume, che già nel titolo (*Le obbligazioni plurisoggettive*) reca una scelta di campo ben precisa e, del resto, dichiarata dall'Autore più volte e che, per quel che vale, mi sento di condividere integralmente.

Una notazione preliminare: D'Adda scrive bene, scrive facile, analizza i problemi, cerca di stare lontano dalle questioni troppo teoriche e, finalmente, restituisce centralità a un tema rimasto per lunghi anni nelle cantine del nostro discorrere, forse per il peso dei Maestri che lo avevano affrontato, uno dei quali, oggi, è qui presente tra noi.

Si tratta di un libro – che segna forse l'inizio di una nuova stagione di una collana di così grande prestigio, con i suoi due nuovi continuatori qui presenti oggi – nel quale non stento a intravedere un modello di prodotto scientifico, perché coniuga l'altezza dei profili trattati con la chiarezza estrema dello stile con cui l'Autore li esprime, il tutto, non è così ovvio constatarlo oggi, accompagnato da una ricerca approfondita, pienamente in linea con lo standard qualitativo del Trattato Cicu-Messineo-Schlesinger– Roppo-Anelli.

D'Adda non costringe il lettore a affrontare anche la difficoltà del suo modo di scrivere, con quell'autoreferenzialità che rende la scienza giuridica così lontana dalle altre scienze sociali; D'Adda non inonda il lettore di centinaia di pagine o note con quell'effetto palude che lo induce a smettere di leggere; egli governa pagine ben ordinate, in cui i problemi e le soluzioni sono chiaramente percepibili, senza ambiguità o senza occultamenti.

Offre un servizio al lettore e un contributo alla scienza, cioè a chi, in futuro, continuerà a occuparsi di plurisoggettività nelle obbligazioni.



Il tema è difficile, è vero; D'Adda ne è ben consapevole e vuole trasmettere questa sensazione, utilizzando spesso e volentieri sostantivi e aggettivi molto eloquenti: ansia, preoccupazione. Fa bene a usarli, perché intorno a questo tema le migliori teste della civilistica si sono esercitate al fine di sciogliere il dilemma: come può un adempimento liberare più debitori?

4. – Nel primo capitolo del libro D'Adda sposa, proprio per risolvere questo problema, la prospettiva funzionalistica: mi pare oramai chiaro che si tratta della prospettiva vincente, assimilata anche dalla lettura che la giurisprudenza di legittimità offre dell'*eadem causa obligandi*, essendo oramai pacifico che la diversità del titolo non escluda la solidarietà.

Una lettura che sembra estendere il modello della solidarietà, e che si può percepire, ad esempio, anche sul versante della responsabilità extracontrattuale (interpretando in modo esteso la nozione di «medesimo danno» di cui all'art. 2055 c.c.; lettura sulla quale l'Autore nutre qualche giusta perplessità: un minimo di connessione, scrive, ci vuole tra le posizioni dei condebitori, pena la trasformazione della solidarietà in una sorta di sanzione a carico di soggetti totalmente slegati l'uno dell'altro).

Se stiamo sul terreno della solidarietà passiva, il Codice sembra aver trasformato la complessità soggettiva in un'occasione per riaffermare, sia pure non in modo illimitato, il *favor creditoris*; assume centralità l'interesse creditorio (D'Adda, p. 14); l'obbligo solidale presuppone una pluralità di rapporti obbligatori, non un obbligo unitario (D'Adda, p. 15). Tutti si impegnano a eseguire la medesima prestazione, secondo il quadro o l'assetto stabilito nel programma negoziale da cui scaturisce l'obbligazione solidale.

Non mi pare che D'Adda si avventuri alla ricerca di quella «comunione di interessi» che, secondo la Relazione al Codice civile n. 597, starebbe alla base della solidarietà passiva; e fa bene, perché sappiamo che, nei rapporti interni, l'interesse esclusivo può ostacolare la divisione (art. 1298). Trovo, allora, che la solidarietà si neutra rispetto agli interessi dei condebitori; essa è solo un meccanismo, uno schema estintivo, che assume, per così dire, la fisionomia del fatto-titolo da cui ha avuto origine.

Le domande strutturali hanno poco senso; c'è un'unica prestazione, ma i rapporti obbligatori sono tanti quanti sono i condebitori; questo approccio può risolvere agevolmente problemi processuali classici, come ad esempio quello del *litisconsorzio* tra condebitori, o problemi meno classici ma ugualmente importanti.

Mi ha colpito, ad esempio, la questione dell'accertamento dei presupposti per il sequestro conservativo, nel caso di un'obbligazione solidale: basta l'incapienza patrimo-



niale del singolo debitore contro cui il sequestro è chiesto o è necessaria l'incapienza di tutti i patrimoni dei condebitori? Sarebbe curioso se l'accertamento del pericolo di non soddisfacimento del credito fosse subordinato, ai fini del sequestro conservativo, alla sussistenza di analogo pericolo in capo agli altri condebitori: se così fosse, e qualche decisione in tal senso c'è, il creditore da favorito (dalla solidarietà) diventerebbe sfavorito! Insomma: ci sono più rapporti giuridici ciascuno dotato di vita propria, anche se la prestazione è la medesima e l'estinzione del rapporto obbligatorio beneficia, così, di un meccanismo semplificato.

5. – La solidarietà passiva è meccanismo che il Codice civile costruisce secondo un modello basato su presupposti soggettivi e oggettivi abbastanza determinati. Ma non è l'unico modello di solidarietà. Per esempio nelle obbligazioni tributarie il legislatore talvolta espressamente dispone la solidarietà (anche in assenza dei requisiti previsti dal codice civile), talvolta non la dispone (quando, magari, ce ne sarebbero i presupposti civilistici): quando tace, la riserva di legge, secondo qualche opinione, impedirebbe l'applicazione del meccanismo solidaristico (e qui la solidarietà certo aiuterebbe il creditore Fisco, ma potrebbe depauperare troppo il debitore cittadino). È un tema su cui forse anche i civilisti potrebbero dire qualcosa: non mi pare ancora del tutto chiaro il rapporto tra solidarietà civilistica e solidarietà tributaria, specie in relazione all'estensione degli effetti di atti (per es. di accertamento) compiuti dall'amministrazione nei confronti di uno dei condebitori. Interessante la vicenda giurisprudenziale concernente la possibilità per il coobbligato non impugnante di avvalersi del giudicato reso nei confronti di altro coobbligato: nel 1991, le Sezioni Unite (n. 7053) rispondono sì, purché non si confligga con altro giudicato e sempre che il giudicato favorevole non fosse basato su ragioni personali; su altri versanti, mi pare, peraltro, che nel rapporto tributario la Cassazione sia ferma sull'esistenza di una pluralità di rapporti di identico contenuto, per esempio in relazione alla questione del litisconsorzio. Tutto però è abbastanza incerto e la stessa giurisprudenza – di dimensioni davvero notevoli, vista l'importanza del fenomeno tributario – percorrere sentieri incerti, con risultati disdicevoli in punto certezza del diritto.

6. – Il volume di D'Adda lo dimostra assai bene: se c'è una parte (ancora) viva del Codice civile è proprio quella dedicata al diritto delle obbligazioni, che ha riacquisito, oggi, quella sua trasversalità che ne ispirò l'articolazione.

JUS CIVILE



Sembra un diritto almeno in parte immune dallo specialismo, salvato proprio da quella generalità garantita dal catalogo così ampio delle fonti delle obbligazioni; a questo diritto [cui il Cicu-Messineo-Roppo-Anelli ha dedicato nuovi volumi presto in uscita] sono appese le residue speranze dei civilisti della mia generazione, che è poi la stessa del nostro Autore; troppo giovani per non essere attratti dal «moderno», ma sufficientemente vecchi per non poter dimenticare l'antico. [ALBERTO MARIA BENEDETTI]



A. D'ADDA, *Le obbligazioni plurisoggettive*, Giuffrè, Milano, 2019

A proposito di un libro sulle obbligazioni plurisoggettive

1. – Mi trovo qui con sentimenti misti. Da un lato un sentimento di piacere: perché mi fa molto, molto piacere partecipare a un evento in cui si celebra la fatica scientifica di un caro amico, oltre che stimato collega, come Alessandro D'Adda. Dall'altro lato un sentimento di imbarazzo, dovuto a due ragioni.

La prima ragione – che penso di condividere con Franco Anelli – è che il libro esce come volume del Trattato Cicu – Messineo, del quale sono (siamo) condirettori. E quindi: se ne parlassimo male, sarebbe come parlare male di noi medesimi, siccome imputabili di colpa in vigilando o addirittura in eligendo; mentre se ne parlassimo bene saremmo sospettati di farlo strumentalmente, solo per salvarci da questa imputazione. Insomma, sui nostri interventi si distende minacciosa l'ombra del conflitto di interessi.

La seconda ragione di imbarazzo (che questa volta non condivido con nessuno, essendo tutta e solo di chi parla) sta nella mia incompetenza riguardo alla materia trattata dal libro, che sinceramente non ho mai studiato. Incompetenza tanto più vistoso in quanto, nell'odierno panel dei presentatori, mi trovo seduto accanto a uno studioso che è – lui sì – un vero signore e padrone della solidarietà obbligatoria, un autentico master and commander delle obbligazioni soggettivamente complesse. Parlo come ovvio di Francesco Busnelli, che non a caso troviamo, nella prima nota del primo capitolo, ad aprire l'elenco degli autori citati: giusto riconoscimento di un indiscusso primato scientifico (che tuttavia non impedisce a D'Adda di prendere qualche volta le distanze dal Maestro, così manifestando apprezzabile indipendenza di pensiero).

2. – Ciò detto, se mi si passa il giochino di parole rilevo che le obbligazioni soggettivamente complesse sono un mondo oggettivamente complesso. Complesso, e perfino un po' misterioso: sia per i singoli, specifici aspetti problematici che il tema esibisce in gran numero e che danno luogo a discussioni e controversie mai del tutto risolte; sia riguardo alla configurazione generale dell'istituto, e cioè all'identificazione dei suoi elementi costitutivi – essa pure molto discussa e molto controversa. Ora, questi elementi costitutivi sono poi gli stessi da cui dipende la perimetrazione di quella che D'A chiama “area della



solidarietà” (e quindi l’applicazione o disapplicazione della relativa disciplina): e questo ci dice che la ricostruzione concettuale della figura non è per nulla neutra rispetto alle soluzioni operative dei problemi che di volta in volta concretamente si pongono. Fra ricostruzione e soluzioni c’è di sicuro una relazione di condizionamento, ma non sempre è facile capirne la direzionalità: un certo problema pratico riceve una certa soluzione perché questa deriva deduttivamente da un certo modo di configurare in via teorica la solidarietà? Oppure, all’inverso, si parte dalle soluzioni più desiderabili dei vari problemi e quindi si afferma una certa “teoria della solidarietà” piuttosto che un’altra, in quanto è quella che permette di rivestire e legittimare quelle soluzioni nel modo più coerente e appropriato? Nulla di nuovo, però: questo è un dilemma che s’incontra mille volte quando ci si trova a scrutinare il lavoro dei giuristi.

Quale che sia la connessione, è chiaro comunque che ne esce come decisivo l’aspetto metodologico: l’identificazione delle linee di metodo secondo le quali affrontare il tema della solidarietà. E qui dico apertamente che il metodo professato e applicato da D’Adda mi piace moltissimo.

3. – Il metodo D’Adda mi piace moltissimo perché non guarda all’obbligazione solidale come a un “ente”, ma guarda – in modo che vorrei dire “laico” – alla solidarietà come a una tecnica di amministrazione dei rapporti di debito-credito, per fini e secondo criteri che dovrebbero essere di razionalità e giustizia. Molto felicemente, nell’intervento che ha preceduto questo mio, Francesco Busnelli lo definisce metodo bottom-up molto più che top-down.

È un metodo che privilegia la funzione sulla struttura. Non si perde a indagare la morfologia (tanto meno l’ontologia) dell’obbligazione solidale, e rifiuta di invischiarsi più che tanto nella “classica” alternativa fra approccio monistico (un unico rapporto obbligatorio) e approccio pluralistico (diversi rapporti obbligatori uniti in un fascio”). Anche se, dovendo a ogni costo scegliere, alla fine propende per quest’ultimo.

È un metodo che privilegia l’interesse sulla fattispecie. Non si appassiona a disegnare la fattispecie; preferisce concentrarsi sulla considerazione e sull’equilibrata selezione degli interessi in gioco. E mette al centro dei suoi ragionamenti il nesso fra due idee: da una parte l’idea di “medesima prestazione” scolpita nell’art. 1292 c.c. (l’idem debitum, che nella visione del nostro Autore fa premio sull’eadem causa obbligandi come elemento di identificazione della figura); e dall’altra parte l’idea di interesse del creditore, in cui si ravvisa la ratio di fondo della solidarietà e della presunzione di solidarietà ex art. 1294



c.c., esempio paradigmatico di scelta legislativa ispirata a favor creditoris.

Inserisco qui una considerazione di ordine generale: metodologico, o sistematico, se si vuole. Penso che occupandosi di obbligazioni solidali sia da valorizzare molto (D'Adda lo fa, ma io lo farei perfino di più) la norma che afferma la derogabilità delle regole legali, nel momento in cui afferma la prevalenza del “titolo” sulla legge quale fonte di disciplina del rapporto (ultimo inciso dell'art. 1294 c.c.).

Questo significa dare spazio all'autonomia privata. Significa che la materia della solidarietà non sottende un interesse pubblico prevalente sugli interessi privati coinvolti, bensì sottende un'esigenza di equilibrio fra gli interessi privati coinvolti. Significa che la categoria generale di riferimento cui guardare idealmente quando ci si misura con l'obbligazione solidale non è l'ordine pubblico imperativo, ma è piuttosto la buona fede nella relazione fra i protagonisti del rapporto obbligatorio (so che va sempre più di moda predicare la commistione fra i due paradigmi, e i rimedi correlati; ma io rimango tenacemente affezionato alla loro distinzione).

4. – Vedo una ricaduta particolarmente felice del metodo D'Adda nel modo in cui si affronta la questione del rapporto fra gli artt. 1292 e 2055 c.c.; fra la solidarietà che molto grossolanamente definiamo “contrattuale” e quella che con altrettanta grossolanità chiamiamo “extracontrattuale” (ma più appropriatamente dovremmo dire: fra la solidarietà quoad prestazione dovuta e la solidarietà quoad risarcimento del danno).

Riceve, e soprattutto ha ricevuto, più credito di quanto meriterebbe la tesi della disomogeneità e della divaricazione fra le due sottofigure di solidarietà, col suo corollario operativo di un allargamento francamente esagerato dell'area della solidarietà risarcitoria ex art. 2055 c.c.: allargamento promosso da un concetto di “medesimo danno” (pendant “extracontrattuale” al concetto di “medesima prestazione” dell'art. 1292 c.c., ma a differenza di questo non espressamente sostenuto dalla previsione normativa) che ne esce ampliato a dismisura. È con estrema decisione e nettezza che D'Adda contrasta questa tesi (e i suoi esiti pratici), predicando l'opposta linea della convergenza fra i due filoni della solidarietà, e la conseguente riduzione dell'area della solidarietà risarcitoria entro confini più misurati (linea e riduzione peraltro fatte proprie da recenti indirizzi giurisprudenziali che temperano gli eccessi di un passato neanche troppo lontano, e a cui giustamente l'Autore guarda con simpatia).

Trovo anche molto apprezzabile il modo in cui il libro tratta di un'altra questione più specifica, e sempre un po' misteriosa. Sì, perché nel generale mistero dell'obbligazione

JUS CIVILE



solidale, c'è una zona che (almeno a me) è sempre parsa circondata da un mistero particolarmente fitto: la transazione su obbligazioni solidali (ma anche su crediti solidali), di cui si occupa l'art. 1304 c.c., costruito su due elementi cui non facile dare prima facie contenuti precisi. Perché da un lato può significare cose diverse quella "improduttività di effetti" cui la norma condanna la transazione nei confronti dei condebitori o concreditori non transigenti i quali "non dichiarano di volerne profittare"; mentre dall'altro lato non è neppure immediatamente chiaro che cosa significhi questo "profittare" della transazione da parte dei non transigenti. Per non dire di quel tanto di nebbia che sempre circonda la transazione "sulla quota", in cui inevitabilmente si imbattono gli avvocati coinvolti in azioni sociali di responsabilità contro amministratori o ex amministratori cui si addebita qualche malpractice a danno della società.

Ebbene trovo che su questo tema D'Adda – riprendendo peraltro riflessioni già sviluppate una dozzina di anni fa in un bell'articolo sulla Rivista di diritto privato – dica cose davvero illuminanti, in 30 preziose pagine (da 246 a 277) che ho letto con gusto e con profitto. Come del resto tutto quanto il libro. [VINCENZO ROPPO]