JUS CIVILE

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

5-2021

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.

JUS CIVILE

INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Nuovi assetti della solidarietà nel rapporto di coppia **
di *Tommaso Auletta* 1300

Gli effetti economici delle crisi coniugali **
di *Enrico Quadri* 1347

Ancora sul cognome: due luoghi comuni e due proposte per una riforma annunciata *
di *Luciano Olivero* 1371

Lo *status* di consumatore-garante nella giurisprudenza di legittimità: ascesa e declino del professionismo di rimbalzo *
di *Edoardo Bacciardi* 1401

Pegno su strumenti finanziari dematerializzati e rotatività della garanzia *
di *Giovanni Berti de Marinis* 1419

Dignità e sorte degli embrioni soprannumerari *
di *Ippolito Barone* 1443

* Contributo sottoposto a revisione.

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

JUS CIVILE

pag.

Giurisprudenza

Usura e fissazione del "tasso soglia": considerazioni a margine di S.U. n. 19597/2020 *

Cass. civ., Sezioni Unite, sentenza 18 settembre 2020, n. 19597 1484
di *Flora Pirozzi* 1510

Algoritmi, trasparenza ed effettività del consenso *

Cass. civ., Sez. I, ordinanza 25 maggio 2021, n. 14381 1523
di *Susanna Sandulli* 1528

Il diritto degli artisti interpreti o esecutori extra SEE ad un'equa remunerazione: un diritto senza confini *

Corte di Giustizia UE, Grande Sez., sentenza 8 settembre 2020, C-265/19 1547
di *Martina Genovese* 1570

La Corte di Cassazione torna sul frazionamento del credito tra buona fede e giusto processo *

Cass. civ., Sez. II, ordinanza 24 maggio 2021, n. 14143 1582
di *Marina Federico* 1599

Voli aerei in ritardo e (doppia) 'compensazione': la rilevanza delle circostanze eccezionali *

Corte di Giustizia UE, Sez. VIII, sentenza 12 marzo 2020, C-832/18 1615
di *Valerio Brizzolari* 1627

JUS CIVILE

TOMMASO AULETTA

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Catania

NUOVI ASSETTI DELLA SOLIDARIETÀ NEL RAPPORTO DI COPPIA [*]

SOMMARIO*: 1. Ambito dell'indagine. – 2. I caratteri della vita affettiva di coppia: l'unione fondata sul matrimonio. – 3. Segue: I caratteri della vita affettiva di coppia: l'unione civile. – 4.* Segue*. I caratteri della vita affettiva di coppia: le convivenze. – 5. La solidarietà oltre l'estinzione del vincolo o della crisi della coppia.*

1. – Le riflessioni che mi propongo di sviluppare in queste pagine riguardano gli elementi fondamentali caratterizzanti la comunione di vita della coppia unita affettivamente e quelli che eventualmente diversificano il rapporto, a seconda del modello prescelto, per verificarne l'eventuale incidenza sullo scopo principale. Essi sono desumibili dal sistema delle norme che regolano i diversi istituti e delineano il contenuto del rapporto anche mediante l'eventuale previsione di diritti e doveri.

Può osservarsi preliminarmente che l'opzione del legislatore di disciplinare una pluralità di modelli mediante i quali soddisfare l'esigenza di ciascun individuo di poter condividere con un altro l'esistenza, mettendo in comune le proprie vite per ragioni di carattere affettivo e solidale costituisce indubbiamente una delle trasformazioni più significative registratesi di recente nell'ambito del diritto di famiglia, innovando rispetto alla scelta tradizionale che individuava nell'unione fondata sul matrimonio l'unico modello idoneo a tale scopo, caratterizzato inoltre, per lungo tempo, dal connotato della indissolubilità. Forti dubbi venivano manifestati infatti sulla possibilità di far scaturire effetti giuridici dall'unione affettiva dell'uomo e della donna stabilmente conviventi ma in assenza del matrimonio.

I mutamenti susseguitisi nella società col trascorrere del tempo cominciarono ad in-

[*] Il contributo è destinato agli studi in onore di Massimo Paradiso.

taccare gradualmente la "graniticità" dei suddetti principi a partire dalla metà del secolo scorso. Infatti si è andata lentamente diffondendo nella coscienza sociale l'idea che anche una unione affettiva di coppia non formalizzata possa considerarsi, a certe condizioni, una famiglia, caratterizzata dal mero dato fattuale, cioè dall'attuazione del rapporto che connota la vita coniugale, pur in mancanza di un atto costitutivo e della conseguente assunzione di obblighi al riguardo. Sotto l'altro aspetto ci si interrogava sulla funzionalità di un vincolo indissolubile, connesso all'impegno assunto al momento della celebrazione, anche quando l'*affectio coniugalis*, cioè la disponibilità a condurre una comunione di vita solidaristica, fosse ormai venuta meno a causa di circostanze sopravvenute o di mutate valutazioni sulle scelte di vita compiute originariamente che potevano avere compromesso irrimediabilmente il rapporto durante il suo svolgimento.

Proprio riguardo a quest'ultimo profilo una radicale inversione di rotta si registra – come è noto – con l'entrata in vigore della l. 898/1970, la quale introduce lo scioglimento del matrimonio come rimedio alla crisi della coppia, quando cioè la comunione di vita è divenuta intollerabile anche per uno solo dei suoi componenti. Molti anni dopo viene meno anche il principio secondo il quale solo mediante il matrimonio è possibile dare adeguato soddisfacimento, sotto il profilo giuridico, al bisogno dell'individuo di porre in essere una comunione di vita affettiva di coppia di carattere solidale. Mutamento derivante dall'approvazione della l. 76/2016, la quale riconosce rilevanza giuridica alle unioni civili e alle convivenze, come forme familiari alternative [1]. Esso costituisce l'approdo di una tendenza che aveva cominciato a svilupparsi gradatamente nella coscienza sociale e che via via aveva trovato riscontro anche in alcune normative di settore le quali, timidamente, iniziavano a prendere in considerazione la convivenza per riconoscerle una sia pur limitata rilevanza [2],

[1] Che trattasi di forme familiari è una conclusione a cui pervengono ormai sia la dottrina sia la giurisprudenza largamente prevalenti. V. per tutti SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze,* in *Fam. e dir.,* 2016, p. 845 ss.; ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1718 ss.; SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1792 ss.; ID., *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir*., 2016, p. 881 ss.

[2] Fra le disposizioni più significative si possono ricordare l'art. 199 cod. proc. pen. che non obbliga a testimoniare chi, "pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale convive o come tale abbia convissuto con esso"; analogo principio trova applicazione nel giudizio civile (art. 249 cod. proc. civ.). Inoltre il convivente può presentare domanda di grazia al Presidente della Repubblica a favore del condannato (art. 681 cod. proc. pen.); la l. 18 marzo 1968, n. 313 riconosce alla convivente il diritto alla pensione di guerra per decesso del *partner* in operazioni belliche (art. 42); la l. 26 luglio 1975, n. 354 prevede la concessione di permessi straordinari ai detenuti nel caso di pericolo di vita del convivente; l'art. 6 l. 149/2001 stabilisce che anche il periodo di mera convivenza rileva per verificare la stabilità della coppia

mediante l'attribuzione di specifici diritti a favore dei membri della coppia; nella medesima direzione si era orientata anche copiosa giurisprudenza nelle cui pronunzie venivano configurati diritti ulteriori sia nelle relazioni reciproche sia nei riguardi dei terzi [3], previa individuazione degli elementi caratterizzanti la fattispecie consistenti – si precisava – nella concreta attuazione del modello di comunione di vita solidaristica che i coniugi si impegnano a porre in essere con la celebrazione del matrimonio [4].

Peraltro, alla luce del recente mutamento normativo, occorre anche interrogarsi riguardo al riconoscimento di una possibile rilevanza giuridica – forse più limitata rispetto a quella prevista dalla l. 76 – della comunione di vita solidale da parte di coppia convivente, priva però di alcuni connotati rispetto a quelli previsti dal legislatore (v. § 4).

Nello svolgimento del discorso mi propongo di verificare inoltre, successivamente, se l'ipotizzato connotato solidaristico caratterizzante le diverse forme di comunione di vita affettiva di coppia possa altresì costituire il fondamento per alcune tutele predisposte dall'ordinamento in conseguenza della sua dissoluzione, quale retaggio di un passato che non può essere comunque cancellato mediante un tratto di penna come se l'esperienza vissuta e protrattasi per un periodo, più o meno lungo, non fosse mai esistita (quella che con riferimento al matrimonio è stata chiamata la c.d. solidarietà post-matrimoniale).

La scelta delle tematiche indicate non risulta casuale in quanto sono state in larga

---

in vista dell'adozione; l'art. 5 della l. 40/2004 consente alla coppia convivente di accedere alla fecondazione artificiale.

[3] La quale ha riconosciuto, ad esempio, il diritto del convivente — sotto il profilo della valutazione del danno futuro — al risarcimento per il danno (anche morale) subìto in seguito all'uccisione del *partner*, da parte di un terzo, sul presupposto che, in virtù della stabilità del rapporto e dell'adempimento regolare della contribuzione, gli apporti per il sostegno economico e morale forniti dal defunto si sarebbero protratti nel tempo: v. *ex multis*, Cass. 13 giugno 1977, n. 2449, in *Foro it.*, 1978, I, c. 727; Trib. Firenze, 18 ottobre 1979, in *Dir. e prat. ass.*, 1981, p. 170; C. Ass. Genova, 18 febbraio 1982, in *Giur. merito*, 1983, p. 433; Trib. Roma, 9 luglio 1991, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1992, p. 138; Cass. 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust.civ.*, 1994, I, p. 1849; Cass. 29 aprile 2005, n. 8976, in *Dir.e giust.*, 2005, 27, p. 18; Trib. Milano, 13 novembre 2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 409. Ed ancora, ha attribuito al convivente, in presenza di prole, il diritto al godimento sulla casa familiare subentrando nel contratto di locazione (ai sensi dell'art. 6 L. 27.7.1978 n. 392), stipulato dall'altro convivente, nel caso di sua morte o di scioglimento della convivenza: C. cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1988, I, p. 515; nonché, fra le tante, Trib. Milano, 31 maggio 1989, in *Dir. fam. e pers.*, 1989, p. 725; Pret. Milano, 30 novembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2278; Cass. 13 febbraio 2013, n. 3548. Ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno subìto da un convivente per la violazione da parte dell'altro degli obblighi familiari di lealtà, correttezza, solidarietà, Cass. 20 giugno 2013, n. 15481, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 994. Altre decisioni hanno stabilito l'irripetibilità delle prestazioni spontaneamente adempiute da un convivente per contribuire al soddisfacimento dei bisogni della famiglia per le quali v. la nota 95.

[4] V. citaz. a nota 10.

parte oggetto di riflessione in significativi contributi che Massimo Paradiso ha dedicato al diritto di famiglia, settore al quale è riconducibile buona parte della sua ampia produzione, verosimilmente per le rilevanti implicazioni etiche e sociali sottese ai diversi istituti (quali ad es., la famiglia, il matrimonio, la filiazione). Nei suoi scritti è dato cogliere, a mio parere, una particolare sensibilità e propensione alla salvaguardia di alcuni valori tradizionali che orientano l'interpretazione del dettato normativo, senza risparmiare, a volte, critiche verso il legislatore per alcune scelte, a suo parere, non oculate.

I lavori che ho preso in considerazione, funzionali alla tematica che mi propongo di sviluppare, al fine di impostare una sorta di dialogo e di confronto di idee con l'autore, sono i seguenti: l'ampia monografia su "La comunità familiare" del 1984 che ha poi costituito la base per la stesura di una seconda monografia su "I rapporti personali tra coniugi" (inserita ne "il codice civile. Commentario", fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, in due edizioni, l'ultima delle quali del 2012); il Commento ai commi 36 e 37 dell'art. 1 della l. 76/2016, dedicato alle convivenze, inserito nel volume "Le unioni civili e le convivenze" curato da Massimo Bianca, edito nel 2017 ed infine la relazione su "I rapporti personali nelle relazioni di coppia dopo la stagione delle riforme", tenuta nel corso del convegno catanese del 2018 dal titolo "Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme".

2. – Nel volume su "La comunità familiare", Paradiso osserva inizialmente che il matrimonio è l'unico l'istituto mediante il quale viene consentito a due persone di sesso diverso di costituire una famiglia, così riconoscendo rilevanza giuridica ad un interesse, ad un bisogno insito nella natura dell'uomo, di dare origine ad una comunione affettiva di coppia caratterizzata da garanzie di certezza, stabilità dei rapporti e serietà dell'impegno di realizzare il suddetto programma di vita [5]. L'assunzione di un impegno in tal senso – i cui connotati sono in larga parte desumibili dal contenuto dei c.d. doveri coniugali – ne è il tratto caratterizzante che consente di distinguere la famiglia in senso proprio da altre relazioni di coppia, composta da un uomo ed una donna, dai caratteri variegati, a volte anche simili a quelli propri dell'unione matrimoniale, ma rimessi essenzialmente alla spontanea attuazione dei suoi componenti dunque priva di doveri e della conseguente responsabilità nel caso di comportamenti difformi, soggetta a rapida estinzione per deci-

[5] PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 77.

sione unilaterale con la semplice interruzione della comunione di vita, dalla quale non scaturisce alcun effetto giuridico per il futuro.

La finalità delineata di obbligarsi a porre in essere una comunione di vita fra persone di sesso diverso costituiva un tempo, come ricordato (quando Paradiso scriveva la monografia menzionata), elemento distintivo ed esclusivo della coppia coniugata che consentiva di distinguerla anche rispetto ad altre formazioni sociali contemplate dall'art. 2 Cost., impegnate a promuovere i valori fondamentali della persona, nessuna delle quali risultava però idonea a perseguire un obiettivo vincolante altrettanto ambizioso e totalizzante per l'individuo; scelta, come accennato, la quale trova per lo più spinta propulsiva nell'affetto che muove i suoi componenti, fermo restando peraltro che il sorgere del vincolo giuridico non dipende comunque da questa motivazione, come nel caso in cui vi concorrano o siano addirittura prevalenti ragioni differenti (ad es., interessi di ordine economico), sempre che non si configuri un consenso simulato. L'unione si connota, in particolare, per il carattere solidaristico che ne contraddistingue i rapporti e – sottolinea Paradiso – «per l'incisività delle garanzie e della tutela accordata dall'ordinamento» [6]. In aggiunta alla generica riconducibilità di tale comunità sotto l'art. 2 Cost., peculiarità della famiglia fondata sul matrimonio è costituita dal più specifico riconoscimento riservatole dall'art. 29 Cost.

Esclusività del modello delineato normativamente, venuta meno di recente, come si è accennato, con l'entrata in vigore della l. 76/2016 la quale contempla le unioni civili e le convivenze che assumono connotazione simile all'unione fondata sul matrimonio (a prescindere dal problema se esse possano ricondursi o meno sotto il dettato dell'art. 29 Cost. [7)]. Le prime perché, secondo comune opinione, presuppongono l'assunzione di un impegno di realizzare una comunione di vita familiare per lo più per ragioni affettive, il quale consente di distinguerle rispetto ad altre formazioni sociali con obiettivi diversi e le rende pertanto simili alle unioni matrimoniali [8] (pur con differenze non del tutto mar-

---

[6] PARADISO, *op. cit.*, p. 56.

[7] È noto infatti che secondo la corrente di pensiero tradizionale l'art. 29 Cost. sarebbe applicabile solo alla famiglia fondata sul matrimonio mentre per estenderne l'applicazione ad altre forme di comunione di vita affettiva di coppia sarebbe necessaria una revisione della norma, in mancanza della quale esse ricadrebbero sotto il dettato dell'art. 2 Cost. Tale assunto non è condiviso tuttavia da altra corrente di pensiero la quale ritiene ammissibile una lettura evolutiva dell'art. 29. Essendo sterminata la letteratura in materia, si veda per qualche ragguaglio in proposito, SEGNI, *Unioni civili: non tiriamo in ballo la costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 707 ss.

[8] Per alcune sottolineature al riguardo, cfr. BONILINI, *La fonte dell'unione civile*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, V, *Unione civile e convivenze di fatto*, Torino, 2017, p. 8 s. Ma in senso con-

ginali). Le seconde perché si propongono il medesimo obiettivo senza l'assunzione di un obbligo in tal senso, suffragato dalla stipula di un negozio giuridico, bensì derivante dalla libera scelta dei suoi componenti, da cui scaturiscono comunque gli effetti delineati dalle norme. Forma familiare quest'ultima riconosciuta già da diversi anni dalla giurisprudenza (che non a caso la definisce come famiglia di fatto [9)] la cui esistenza dipendeva appunto dalla mera attuazione di una comunione di vita affettiva di coppia [10] analoga a quella che, di regola, caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio (ed oggi anche l'unione civile).

Si configura pertanto ormai un tratto fondamentale che accomuna il rapporto coniugale, l'unione civile e la convivenza: la sussistenza di una coppia, presa in considerazione dalla legge, che si propone di instaurare (o ha già instaurato nei fatti) una comunione di vita familiare fondata sulla solidarietà e sull'affetto [11] – salvo a verificare l'esistenza di eventuali differenze nelle modalità e nei contenuti mediante i quali il suddetto obbiettivo

---

trario DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°– 34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76 integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 115.

[9] Espressione comunemente utilizzata dalla giurisprudenza di ogni ordine e grado, ivi compresa quella della Corte Costituzionale. Con riferimento a quest'ultima, v. ad es., le seguenti pronunzie: 29 gennaio 1998, n. 2; 13 maggio 1998, n. 166; 14 novembre 2000, n. 491; 27 marzo 2009, n. 86.

[10] Cfr. ad es., Cass. 11 agosto 2011, n. 17195, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 25, secondo la quale «essa non indica soltanto il convivere come coniugi, ma individua una vera e propria "famiglia", portatrice di valori di stretta solidarietà, di arricchimento e sviluppo della personalità di ogni componente, e di educazione e istruzione della prole». E, successivamente, Trib. Torino, 1 dicembre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 518 (il quale fa riferimento a progetto ed un modello di vita comune analogo a quello che di regola caratterizza la famiglia legittima); Cass. 12 marzo 2012, n. 3923; Cass. 21 marzo 2013, n. 7214 (la quale parla della costituzione di un autentico consorzio familiare).

[11] Mette in luce che è il valore affettivo del rapporto l'elemento caratterizzante la famiglia quale tratto comune alla diversità di modelli nei quali può prendere forma, BIANCA, *Famiglia è la famiglia fondata sull'affetto coniugale e sull'affetto filiale*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di Salanitro, Pisa, 2019, p. 119 ss. Nonché SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi,* in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1287 ss.; PERLINGIERI, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Nuovi modelli familiari e autonomia negoziale* (a cura di Romeo), Napoli, 2018, p. 94, il quale afferma che «omogenea è, infatti, la funzione, che si risolve nella realizzazione di una comunità materiale e spirituale al servizio dello sviluppo psicofisico dei suoi membri»; VENUTI, *Effetti personali, patrimoniali e successori,* in *Tratt. di dir. di famiglia*, diretto da Zatti. *Le riforme*, I, *Legami di coppia e modelli familiari* (a cura di Ferrando-Fortino-Ruscello), Milano, 2019, p. 39. A sua volta RENDA, *Il matrimonio. Una teoria neoistituzionale,* Milano, 2013, p. 263, sottolinea che è proprio la solidarietà fra i membri della coppia l'elemento costitutivo della familiarità. Ed all'affetto che muove la coppia a stare insieme dà rilevanza lo stesso legislatore individuando, mediante il comma 36, l. 76/2016, la convivenza nel legame affettivo e di reciproca assistenza morale e materiale che unisce stabilmente due persone.

viene realizzato. In tutte le unioni affettive menzionate si riscontra infatti – come sottolinea Paradiso riguardo alla coppia coniugata – quella «perenne tensione tra istanze soggettive e una prospettiva comunitaria e solidaristica», il cui punto di equilibrio è affidato all'attività dell'interprete [12]. Ciò in quanto all'interno di dette formazioni sociali deve essere garantita, per un verso, adeguata tutela alla libera esplicazione dei diritti fondamentali della persona se il relativo esercizio non influenza in alcun modo la vita in comune (libertà di manifestazione del pensiero, di associarsi, di compiere scelte politiche, ecc.) ma per altro verso trovano giustificazione limitazioni anche di libertà e diritti fondamentali il cui esercizio può condizionare il raggiungimento degli obiettivi che caratterizzano l'unione (quali, ad es., l'esercizio della libertà sessuale, lavorativa, di scelta del luogo in cui soggiornare, di utilizzazione delle proprie risorse, del diritto al segreto e alla riservatezza), limiti non ugualmente proponibili nel contesto di altre formazioni sociali con obiettivi diversi e non altrettanto totalizzanti, caratterizzate pur sempre da connotati solidaristici, non paragonabili a quelli propri della comunione affettiva di coppia.

Tuttavia, che l'obiettivo essenziale del matrimonio sia rappresentato dall'assunzione di un impegno da parte di due persone di mettere in comune la propria vita potrebbe apparire esito non scontato ove ci si limitasse a prendere in considerazione la lettera delle norme contenute nel codice civile le quali non ne fanno menzione. Onde non sorprende che in tempi pur non recenti, autorevole dottrina poneva in luce la difficoltà di ricostruirne un'appagante nozione universalmente condivisa e costante nel tempo [13]. E tuttavia la dottrina largamente prevalente [14] non avanza alcun dubbio al riguardo con riferimento all'istituto contemplato attualmente dal nostro ordinamento. Non può stupire pertanto che, analogamente, nessuna indicazione in tal senso sia riscontrabile nella l. 76/2016, volta a disciplinare le altre formazioni familiari (o simil familiari [15], a seconda dei punti di vista) costituite dalla unione civile e dalle convivenze, quantunque, è vero, non comparabili, per radicamento giuridico e sociale, al matrimonio, nonostante che, in verità, già da diversi anni si fosse sviluppato – come accennato – un ampio dibattito sulla rilevanza giuridica della convivenza ed i relativi tratti caratterizzanti, pur in assenza di una disciplina normativa [16]. Tale silenzio non riguarda dunque solo le unioni non matrimoniali,

---

[12] PARADISO, *op. cit.*, p. 49.

[13] JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1957, p. 1 ss.

[14] Basta consultare anche solamente la manualistica in materia.

[15] Come considerate da BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 509 ss.

[16] A titolo meramente esemplificativo per ragguagli in proposito si rinvia a D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 1995; PROSPERI, *La famiglia "non fondata sul matrimonio"*, Napoli,

onde non appare giustificato negarne la corrispondenza di scopo col matrimonio sopravvalutandone l'incidenza, come pur è stato sostenuto [17]. Peraltro palesemente contraddittorio sarebbe il richiamo normativo al legame affettivo di coppia quale connotato della *convivenza,* anche fra omosessuali, e negare la rilevanza di tale finalità come impegno che la coppia (etero od omosessuale) voglia perseguire dando vita ad un rapporto giuridicamente vincolante [18].

Un'utile indicazione al riguardo (ma nulla più [19]) può cogliersi nel dettato dell'art. 1 l. div., il quale impone al giudice, al fine di pronunciare lo scioglimento del matrimonio, di accertare «che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita». Quel che appare più rilevante è invece che le finalità dell'istituto siano desumibili con sufficiente certezza, dal complesso delle regole che lo disciplinano (si pensi, in special modo, ai doveri che ne derivano ed al regime patrimoniale della coppia, ai diritti successori, alle regole di governo della famiglia e di esercizio della responsabilità genitoriale). Indicazione che potrebbe in ipotesi non valere con pari forza per l'unione civile non tanto perché manca fra le norme un esplicito rinvio all'art. 1 della legge sul divorzio ma in quanto è parzialmente differente il complesso delle regole che la disciplinano (diversità che sembrerebbe riguardare i doveri della coppia e la responsabilità genitoriale, la quale non risulta affatto regolamentata), ancor più marcata nella regolamentazione delle convivenze. Anticipando alcune conclusioni (v. § successivo), ciò tuttavia non appare sufficiente, almeno a mio parere, per sostenere che le unioni non matrimoniali abbiano una finalità diversa da quelle fondate sul matrimonio.

Nel tentare di dare una risposta alle problematiche enunciate sembra opportuno muo-

---

1980; GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983; TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 19 ss.; ROPPO, *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio*, Padova, 1992; DOGLIOTTI, *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv*., sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 188 ss. e aggiornamento, II, Torino, 2003, p. 705 ss.; BUSNELLI-SANTILLI, *La famiglia di fatto*, in *Comm. al dir. it. della famiglia*, a cura di Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1993, VI, 1, p. 757 ss.; FRANCESCHELLI, *Famiglia di fatto*, in *Enc. dir.*, VI, agg., Milano, 2002, p. 365 ss.; BALESTRA, *La famiglia di fatto,* Padova, 2004; RICCIO, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007.

[17] DE CRISTOFARO, *op. cit*., p. 113 ss., il quale, pur criticando le scelte compiute dal legislatore, nega che dall'unione civile sorga un impegno (ma solo un probabile obiettivo) di realizzare la comunione di vita materiale e spirituale fra i contraenti come accade invece per il matrimonio.

[18] Sostanzialmente nello stesso senso GATTUSO, *Principi e caratteri generali*, in *Tratt. di dir. di famiglia*, diretto da Zatti. *Le riforme*, I, cit., p. 10.

[19] Tanto è vero che anche nel passato la dottrina maggioritaria riteneva questo lo scopo del matrimonio.

vere nella nostra indagine da alcune riflessioni sul matrimonio. Può osservarsi al riguardo che la finalità innanzi menzionata è ormai unanimemente riconosciuta, con riferimento a questo istituto, sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina. Quest'ultima si esprime infatti in proposito in maniera sostanzialmente uniforme, anche se con accenti diversi, affermando che la coppia con il matrimonio «intende assumere un impegno di stabile comunione materiale e spirituale, di reciproco aiuto, di sentimenti ed amore» [20]; e nel negozio costitutivo del vincolo si individua «la funzione di gratificazione affettiva e di mutua solidarietà» [21], per dare vita ad una «società coniugale» formata da persone di sesso diverso [22], nel rispetto dei principi di uguaglianza formale ed anche sostanziale. Detta funzione trova riscontro nella fattispecie del matrimonio simulato, la quale ricorre ove lo scopo degli sposi non sia quello di perseguire il suddetto obbiettivo ma esclusivamente di ottenere lo *status* coniugale per conseguirne strumentali vantaggi [23].

Analoghi richiami si ritrovano nelle pronunce della giurisprudenza la quale riconosce in maniera costante al giudice, esperito il tentativo di conciliazione, il potere di pronunciare la separazione e il divorzio avendo constatato – come enunciato dall'art. 1 l. div. – la cessazione della comunione spirituale e materiale tra i coniugi e l'impossibilità di ricostituirla; ed analogamente viene indicato come tratto tipizzante la separazione di fatto l'interruzione del «consortium vitae, cioè [di] quel minimo di organizzazione domestica comune, caratterizzata dalla disponibilità al reciproco aiuto personale per mancanza di *affectio coniugalis*» [24], nonché per carenza della collaborazione [25]. Di converso, si considera avvenuta la riconciliazione ove sia stata ripristinata l'unità familiare, cioè la comunione di vita sotto il profilo spirituale e materiale [26]: intesa la prima come volontà «di ri-

---

[20] V. in tal senso ad es., BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, VI ed., Milano, 2017, p. 19; RENDA, *Il matrimonio*, cit., pp. 245 ss. ed ivi la perentoria affermazione secondo la quale «lo scopo tipico del matrimonio è la comunione di vita dei coniugi e non un qualunque altro scopo comune ai suoi membri» (p. 281); FINOCCHIARO, *Matrimonio civile,* in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, p. 812 ss.; SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, I, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di magistrati e docenti, Torino, s.d., p. 16 ss.; FERRANDO, cit. alla nota successiva.

[21] FERRANDO, *Matrimonio civile*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994, p. 243 ss.; ID., *Il matrimonio,* in *Trattato di dir. civ. e comm.*, Milano, 2015, p. 33 ss.

[22] BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, VI ed., Torino, 2014, p. 46.

[23] FERRANDO, *Matrimonio civile*, cit., p. 274.

[24] Cass. 24 febbraio 1981, n. 1124, in *Dir. eccl.*, 1981, II, p. 581; Cass. 11 agosto 1977, n. 3709.

[25] Trib. Roma, 10 giugno 1983, in *Temi romana*, 1983, p. 839.

[26] Sostanzialmente in tal senso, Cass. 23 gennaio 2018, n. 1630, in *Notariato*, 2018, p. 192; Cass. 21 novembre 2014, n. 24833, *ivi,* p. 600; Cass. 10 gennaio 2014, n. 369; Cass. 24 dicembre 2013, n. 28655; Cass. 25 maggio 2007, n. 12314, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 1283, nota di Bellisario; Cass. 11 ottobre

servare al coniuge la posizione di esclusivo compagno di vita e di adempire ai doveri coniugali» e la seconda nella ripresa della convivenza «caratterizzata da una comune organizzazione domestica e, normalmente, da rapporti sessuali» [27]. Rilevanti ai nostri fini appaiono inoltre alcune decisioni in cui viene negato il diritto all'assegno di mantenimento dovuto in seguito alla separazione o all'assegno post-matrimoniale nel caso di divorzio ove il giudice abbia accertato che, a causa della brevissima durata della convivenza, la comunione spirituale e materiale fra i coniugi non si fosse, in realtà, mai costituita [28].

La finalità indicata peraltro – sia detto per inciso – viene marcatamente accentuata dal codice di diritto canonico del 1983, secondo il quale «l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole» [29].

L'essenza del matrimonio quale comunione di vita tra persone legate affettivamente in vista del reciproco completamento trova conferma in alcune regole che consentono di individuare i tratti caratterizzanti la vita coniugale nella realizzazione dell'unità della coppia e dell'intero gruppo familiare, fondata sulla solidarietà [30], sull'uguaglianza e dunque sulla pari dignità tra gli sposi. Valori intimamente collegati [31], desumibili innanzitutto dagli artt. 2, 3, e 29 Cost. i quali trovano piena attuazione nella riforma del 1975 mediante i doveri coniugali e genitoriali menzionati dagli artt. 143 e 147 cod. civ., sia pur senza precisarne i contenuti; ed ancora dai diritti e doveri dei figli (art. 315 *bis* cod. civ.), dalle regole sul governo della famiglia (artt. 144 e 145 cod. civ.) e sull'esercizio della responsabilità genitoriale (artt. 316 ss. cod. civ.), dalla disciplina sui regimi patrimoniali familiari (artt. 167 ss. cod. civ.).

Più precisamente, secondo Paradiso, assolvono in special modo la funzione di favorire il perseguimento dell'unità della famiglia, i doveri di fedeltà, collaborazione, coabita-

---

2001, n. 12428; Cass. 9 agosto 1983, n. 5324, in *Giur. it.,* 1985, I, 1, 112, con nota di Orsi; Cass. 24 marzo 1983, n. 2058; Cass. 5 aprile 1978, n. 1562.

[27] Cass. 24 marzo 1983, n. 2058, cit.

[28] V. ad es., Cass. 10 gennaio 2018, n. 402, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 287; Cass. 26 marzo 2015, n. 6164; Cass. 22 marzo 2013, n. 7295, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1464; Cass. 22 agosto 2006, n. 18641, *ivi*, 2007, I, c. 770.

[29] La norma aggiunge che esso «tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento» peculiarità che lo contraddistingue naturalmente dal vincolo civile.

[30] Ben definita, ad esempio da DEVOTO-OLI, *Vocabolario della lingua italiana,* Milano, 1981, vol. II, nel suo significato più elevato, come «la coscienza viva ed operante di partecipare ai vincoli di una comunità, condividendone le necessità, in quanto si esprime in iniziative individuali e collettive di sostegno morale e materiale».

[31] Infatti la solidarietà favorisce il consolidarsi dell'unità della coppia ed entrambe non potrebbero pienamente esplicarsi in un rapporto tra persone diseguali.

zione nonché le regole riguardanti la collegialità nel governo della famiglia, le quali rimettono all'accordo degli sposi la fissazione della residenza e la determinazione dell'indirizzo di vita e delle altre questioni essenziali. L'obbiettivo di salvaguardare l'unità della famiglia viene riconosciuto anche alla disposizione che affida al giudice, pur con limiti accentuati, il potere di risolvere l'eventuale dissenso, nonché alle norme che riconoscono ai coniugi la possibilità di assumere la medesima cittadinanza ed un unico cognome volto ad identificare il nucleo familiare.

Il rispetto del valore dell'uguaglianza è a sua volta, chiaramente declinato dall'art. 143, comma 1, cod. civ., secondo il quale «il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri» nei rapporti reciproci ma anche nei confronti dei figli, alla luce del dettato dell'art. 147 cod. civ.; nel menzionato criterio democratico di governo della famiglia con conseguente attribuzione dei medesimi poteri decisionali riguardanti le questioni della famiglia e l'esercizio della responsabilità genitoriale, nell'adempimento dei doveri verso i figli, ed ancora nell'equiparazione tra il lavoro professionale e domestico, con abolizione di qualsiasi diversificazione di ruoli o sfere di competenza [32].

Ed in nome dell'uguaglianza tra i membri della coppia si giustifica la soluzione seguita dalla dottrina prevalente [33] – verso la quale si riscontrano peraltro resistenze in giurisprudenza [34] ed in una parte minoritaria della dottrina [35], motivate col richiamo agli effet-

---

[32] Osserva RENDA, *op. cit*., p. 259 che tale soluzione «è la garanzia sia di un'esplicazione piena ed incondizionata della personalità di ciascuno all'interno della famiglia, sia della realizzazione di quell'affettività che sostanzia e vivifica la comunione di vita».

[33] Pur con diversità di motivazioni. V. in proposito BIANCA, *op. ult. cit*., p. 55 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive agli artt. 24-28 Nov., in Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, Padova, 1977, 1, p. 220 ss.; ID., *Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1982, p. 3 ss. (in part. 15 ss.); FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 610 ss. (in part. p. 623 ss.); FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 148 ss. (ed ulteriori citaz. a nota 83); PERCHINUNNO, *Le obbligazioni «nell'interesse familiare»*, Napoli, 1982, p. 85 ss.; ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, p. 353 ss.; SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, cit., p. 547; BOCCHINI, *Rapporto coniugale e circolazione dei beni,* Napoli, 1989, p. 59; BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia,* cit., p. 118.

[34] Cfr. Cass. 23 settembre 1986, n. 5709; Cass. 18 giugno 1990, n. 6118, in *Foro it.*, 1991, I, c. 831; Cass. 28 aprile 1992, n. 5063, *ivi*, 1992, I, c. 3000; Cass. 4 agosto 1998, n. 7640, in *Fam. e* dir., 1999, p. 138; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3471, *ivi*, 2007, p. 557. Da ultimo, Trib. Pistoia, 11 gennaio 2018, in *Banca dati Pluris*. Pur tuttavia Cass. 25 luglio 1992, n. 8995, in *Vita notar.,* 1993, p. 219, ha ritenuto responsabile il marito riguardo alle obbligazioni contratte dalla moglie per le cure sanitarie dei figli. Analogamente, Cass. 29 novembre 1995, n. 12390 e Cass. 8 agosto 2002, n. 12021, parlano, riguardo alle spese per cure mediche dei figli, di obbligazione solidale dei genitori sorta in virtù di mandato tacito. Ha invece adottato la soluzione opposta Cass. 10 ottobre 2008, n. 25026, con riferimento ad un caso in cui un solo genitore aveva

ti personali del contratto – secondo la quale ciascun coniuge risponde solidalmente delle obbligazioni contratte dall'altro nel dare attuazione all'indirizzo di vita concordato. Quantunque tale regola non sia espressamente enunciata (diversamente da quanto si verifica in altri ordinamenti [36)], Paradiso osserva, in maniera condivisibile che, in caso contrario, il potere attuativo innanzi menzionato, riconosciuto ad entrambi i coniugi senza distinzioni, dall'art. 144, comma 2, cod. civ., verrebbe di fatto vanificato nei confronti del coniuge sprovvisto di risorse, con conseguente violazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale [37]. Difficilmente infatti egli troverebbe persone disposte a fargli credito in mancanza di adeguate garanzie che è di fatto impossibilitato a fornire. Può solo aggiungersi che, in mancanza di accordo sull'indirizzo di vita, tale potere di obbligare anche l'altro coniuge può ricondursi al dovere di collaborazione, in virtù del quale ciascuno sposo deve provvedere alle normali esigenze della famiglia «anche mediante il compimento degli atti gestionali» [38].

Le difficoltà che si profilano, sul piano probatorio, ove il coniuge provvisto di mezzi mettesse in discussione la conformità all'indirizzo di vita concordato dell'obbligazione contratta dall'altro vengono superate dall'autore sostenendo che quest'ultimo potrebbe limitarsi a dimostrare che l'obbligazione non risulta esorbitante rispetto al tenore di vita della famiglia ed ha soddisfatto un bisogno della stessa, mentre debba invece risultare più stringente ove essa ecceda detto limite o comunque l'ordinaria gestione delle risorse familiari. In tali ipotesi infatti egli sarà chiamato a dimostrare la conformità del suo agire al contenuto dell'accordo sull'indirizzo di vita già formulato o «la sicura inerenza della spesa ad un obiettivo ed univoco bisogno della famiglia», anche mediante ricorso alla prova per presunzioni [39].

---

preso l'iniziativa di iscrivere i figli ad una scuola privata, ritenendo che il bisogno essenziale dell'istruzione avrebbe potuto soddisfarsi altrimenti, mediante il ricorso ad una scuola pubblica. In realtà il problema avrebbe dovuto essere risolto verificando se la scelta della istruzione privata era riconducibile all'indirizzo di vita concordato.

[35] Cfr. per tutti PALERMO, *Obbligazioni solidali nell'interesse della famiglia?*, in *Riv. notar*., 1979, I, p. 496; FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, III, Milano, 1975, p. 141; PEREGO, *Se in regime di separazione dei beni, un coniuge risponda delle obbligazioni contratte dall'altro nell'interesse della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 351 ss.; BARCHIESI, *Sull'obbligazione nell'interesse della famiglia*, in *Riv. dir. comm*., 1994, I, p. 207 ss.; SESTA, *Obbligazioni assunte da un coniuge nel nome dell'altro*, in *Fam. e dir.,* 1996, p. 141 ss. ed ivi ampie citazioni.

[36] Ad es. in Germania (§ 1357 BGB) ed in Francia (art. 220 cod. civ.) è appunto prevista la responsabilità solidale dei coniugi per le obbligazioni contratte al fine di soddisfare bisogni familiari.

[37] PARADISO, *op. cit.,* p. 410 ss. (ed ivi ulteriori citaz.), in part., p. 414.

[38] BIANCA, *op. ult. cit*., p. 58.

[39] Ad es., l'avere fatto fronte in precedenza a spese analoghe: PARADISO, *op. cit*., p. 417 s.

Il condizionamento della responsabilità solidale per le obbligazioni familiari alla conformità delle medesime all'indirizzo di vita concordato potrebbe risultare peraltro inadeguato a garantire la parità fra i coniugi qualora il terzo – soprattutto al cospetto di obbligazioni di una certa importanza – si rifiutasse di contrarre ove dal coniuge più abbiente non fosse fornita specifica garanzia reale o personale, in assenza di sicuri riscontri di conformità all'indirizzo di vita concordato. Rischio solo in parte attenuato dalla possibilità di invocare i principi della rappresentanza apparente.

Da rimarcare inoltre è l'apprezzabile sforzo compiuto dall'Autore per giungere ad ricostruzione unitaria della disciplina relativa alla responsabilità dei coniugi riguardo alle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia mediante un coordinamento tra le regole inderogabili relative al dovere di contribuzione ed al governo della famiglia (il c.d. regime primario) e quelle caratterizzanti i singoli regimi patrimoniali (artt. 159 ss. cod. civ.) rimessi alla scelta dei coniugi. In questa prospettiva si afferma che alla regola innanzi menzionata configurante una responsabilità solidale per le obbligazioni contratte per soddisfare le esigenze della famiglia debba attribuirsi preminenza rispetto a quelle specifiche inerenti ai singoli regimi, le quali andrebbero interpretate alla luce della prima. Comprensibile appare allora la conclusione secondo la quale di tali obbligazioni, riconducibili all'indirizzo di vita concordato, debbano rispondere entrambi i coniugi anche se eccedenti l'ordinaria amministrazione, quantunque contratte da uno solo di essi, in difformità alle regole previste per la gestione del fondo patrimoniale e della comunione legale, onde il creditore potrebbe aggredire anche i beni sottoposti a tali regimi.

Nel quadro della ricostruzione compiuta, l'autore ritiene inoltre legittima anche l'alienazione, per iniziativa unilaterale, di un bene della comunione o vincolato in fondo patrimoniale quantunque essa configuri un atto di straordinaria amministrazione, richiamando l'art. 192, comma 2, cod. civ. il quale esclude l'obbligo del rimborso ove tale atto abbia soddisfatto una necessità della famiglia, conclusione che solleva invero qualche dubbio.

Problematico appare infatti, almeno a mio avviso, il coordinamento con quanto stabilito dal combinato disposto degli artt. 181 e 184 cod. civ. riguardo ai beni in comunione legale e dall'art. 169 cod. civ. per il fondo patrimoniale. Infatti secondo le suddette norme, se l'atto di alienazione compiuto unilateralmente concerne un immobile viene considerato senz'altro invalido, più precisamente annullabile, previa richiesta del coniuge pretermesso; se riguarda un bene mobile è comunque illegittimo, nei rapporti interni, in quanto comporta un dovere di reintegrazione del patrimonio, senza che tali effetti possano essere esclusi dalle ragioni, eventualmente pur apprezzabili (soddisfacimento dei bi-

sogni familiari), che abbiano indotto il coniuge all'alienazione. Ciò trova conferma nel dettato dell'art. 181 cod. civ. il quale affida al giudice la valutazione di legittimità del dissenso all'alienazione espresso dall'altro coniuge, che può essere superato solo mediante autorizzazione alla stipula dell'atto previo accertamento della sua funzionalità al soddisfacimento di una necessità della famiglia. Regola questa, ribadita anche nel contesto dell'art. 168 cod. civ. con riferimento al fondo patrimoniale.

Anche il richiamo al dettato dell'art. 192, comma 2, cod. civ. solleva qualche perplessità al fine di escludere l'obbligo del rimborso, in quanto la norma fa rinvio alle ipotesi contemplate dall'art. 189 cod. civ., cioè al caso in cui il coniuge abbia unilateralmente contratto un'obbligazione rientrante nella straordinaria amministrazione che abbia soddisfatto una necessità della famiglia, onde viene allora escluso l'obbligo di reintegrare la comunione i cui beni siano stati espropriati per tacitare il creditore. Trattasi infatti di situazione differente da quella della menzionata illegittima alienazione da parte di un coniuge di un bene in comunione o vincolato in fondo patrimoniale.

La caratteristica solidale dell'unione coniugale emerge anch'essa da numerosi riscontri, primi fra tutti quelli desumibili dal contenuto dei doveri coniugali che Paradiso ricostruisce – seguendo una linea di pensiero tradizionale – in maniera puntuale nei contenuti caratterizzanti, al fine di distinguerli tra di loro.

La marcata rilevanza della solidarietà dell'unione matrimoniale si evince innanzitutto dalle regole relative al c.d. regime primario [40], le quali pongono a carico di entrambi i coniugi il dovere (inderogabile) di contribuire ai bisogni della famiglia in maniera proporzionale alle sostanze ed ai redditi di ciascuno nonché alla capacità di lavoro. Quest'ultimo riferimento, in particolare, sta ad indicare la necessità che gli sposi si impegnino, anche col proprio fattivo contributo, al soddisfacimento dei suddetti bisogni, almeno di quelli che non è ugualmente funzionale delegare ai terzi, sostenendone le relative spese (si pensi in particolare all'educazione dei figli). Tale dovere assume una dimensione collettiva, come testimoniato dalla regola prevista dall'art. 315 *bis*, ult. Comma, cod. civ.: anche i figli conviventi sono tenuti a contribuire ai bisogni familiari in ragione delle loro sostanze, del reddito e della capacità lavorativa [41]. Richiamo quest'ultimo estremamente significativo in quanto comporta un loro più intenso coinvolgimento, rispetto al

[40] In quanto ne costituiscono il "perno fondamentale" del relativo assetto economico ed il quale attiene essenzialmente alla gestione del reddito: PARADISO, *op. cit.*, p. 389 s.

[41] Per tale ragione, secondo PARADISO, *op. cit.*, p. 379 ss. il dovere di contribuzione si avvicina maggiormente e risulta strettamente connesso al dovere di collaborazione piuttosto che a quello di assistenza materiale perché costituisce espressione del dovere di solidarietà riferito alla famiglia nel suo complesso.

passato, nell'incidere sull'andamento della famiglia, rendendo doveroso un contributo fattivo al soddisfacimento delle relative esigenze, compatibilmente con le loro capacità e con la formazione ancora in corso, essendo raro nella pratica che essi dispongano di un patrimonio a ciò idoneo (se si eccettua l'ipotesi di figli ormai adulti ma ancora conviventi con i genitori).

Ed ancora è la solidarietà di coppia (e quella familiare) la stella polare che deve orientare i coniugi nell'individuare, di comune accordo, i bisogni da soddisfare in attuazione del dovere di collaborazione anche se relativi ad un solo componente (si pensi ad es., alle esigenze di cura nella malattia o alla formazione professionale e lavorativa); essi, a seconda delle circostanze, dovranno considerarsi dunque "comuni", ed entrambi sono pertanto impegnati a renderne possibile il soddisfacimento [42].

Indiscussa dunque la discrezionalità della coppia, priva di figli, di individuare di comune accordo e senza alcun controllo estraneo, i bisogni da soddisfare in virtù delle risorse disponibili, è in base al valore della solidarietà dovuta fra coniugi il criterio che può orientare l'interprete nel valutare, nel caso di disaccordo, se si configuri una responsabilità ascrivibile ad uno di essi. Soluzione sulla quale può incidere in certa misura il fatto che sussistano o meno risorse disponibili da impiegare nel soddisfacimento di un determinato bisogno e, in questa seconda ipotesi, la pretendibilità dello sforzo necessario per reperirle.

Riguardo poi, più in generale, alla determinazione del tenore di vita da condurre, Paradiso propone una soluzione in larga parte convincente sostenendo che, ove sussistano risorse adeguate, un coniuge, pur non dovendosi considerarsi costretto comunque ad impiegarle totalmente per soddisfare i bisogni della famiglia, non potrebbe però pretendere di imporre all'altro il godimento di un tenore di vita notevolmente inferiore rispetto a quello consueto con riferimento alla persona di analoga condizione in relazione alla condizione sociale. E, se l'altro lo avesse in un primo tempo accettato, potrebbe sempre pretendere successivamente la revisione dell'accordo, anche in assenza di un sopravvenuto mutamento della situazione iniziale. In mancanza di sostanze adeguate ingiustificato sarebbe peraltro il rifiuto del coniuge di svolgere un'attività remunerata consona alla specializzazione e capacità professionale acquisita, costringendo l'altro a condurre un tenore di vita nettamente inferiore a quello goduto da coppie di analoga condizione sociale [43].

---

[42] Tali caratteristiche consentono dunque di distinguere il dovere di contribuzione rispetto a quello di mantenimento a cui era in passato tenuto il marito verso la moglie ed oggi uno dei coniugi nel caso di crisi del rapporto familiare (con alcune peculiarità riguardo all'assegno divorzile).

[43] PARADISO, *op. cit.,* p. 403.

In presenza di figli l'esistenza di un accordo dei coniugi a tal fine potrebbe risultare invece insufficiente, ove esso comporti violazione del dovere di contribuzione nei loro riguardi, onde la decisione dei genitori non potrebbe sottrarsi al controllo di legittimità da parte del giudice. Decisione che potrebbe rivelarsi illegittima ove volta ad imporre al figlio una vita sacrificata pur avendo i genitori risorse o capacità lavorativa adeguate a garantirgli un certo benessere.

Un po' meno convincente, a mio parere è, invece, invocare la solidarietà familiare per fondarvi il diritto del figlio di godere del *medesimo tenore di vita* condotto dai genitori, sostenendo che eventuali finalità educative derivanti da una sobrietà di vita debbano essere esclusivamente perseguite mediante l'esempio e non mediante imposizione [44]. Entro i dovuti limiti appare invece ragionevole, che un certo tipo di benessere, pur goduto dai genitori, dovrà essere rimandato a quando il figlio sarà in grado di procurarselo con il proprio lavoro.

Espressione ancor più intensa della solidarietà coniugale è la scelta operata dall'ordinamento con riferimento alla comunione, quale regime legale della coppia, quantunque derogabile; essa tende infatti a realizzare in certa misura la ridistribuzione paritaria fra gli sposi della ricchezza prodotta durante la vita matrimoniale, a prescindere dalla misura del rispettivo apporto, completando «sul piano patrimoniale quella uguaglianza e solidarietà che informa il regime dei rapporti patrimoniali» [45].

Ed alla solidarietà di coppia si ispira anche il regime del fondo patrimoniale il quale può essere costituito persino con risorse provenienti da uno solo dei coniugi, delle quali l'altro – o anche i figli, se presenti – trarrà beneficio anche mediante trasferimento di ricchezza a suo favore.

C'è da aggiungere che ugualmente riconducibile alla solidarietà coniugale è la posizione privilegiata riservata rispetto agli altri familiari nella partecipazione alla successione.

Analogo fondamento deve riconoscersi al dovere di assistenza materiale, considerato non dissimile da quello di contribuzione, il quale – nell'indagine di Paradiso volta a ricercare il puntuale contenuto di ciascuno dei doveri coniugali – si focalizzerebbe maggiormente, rispetto a quest'ultimo, sul rapporto di coppia (come il dovere di assistenze morale). Esso consiste nel fattuale soddisfacimento dei bisogni dell'altro sposo, ad esempio sostenendolo in occasione di una malattia, aiutandolo nello studio o nel lavoro, ivi compreso quello inerente alla conduzione domestica e, verosimilmente, si potrebbe

[44] PARADISO, *op. cit.,* p. 399.

[45] PARADISO, *op. cit.,* p. 389.

aggiungere, anche nella disponibilità a coltivare la dimensione sessuale della vita di coppia. Disponibilità certamente rilevante che potrebbe considerarsi rientrare – seguendo un'altra impostazione [46] – nel complesso dei comportamenti caratterizzanti la vita affettiva di coppia, non necessariamente riconducibili ad uno dei doveri espressamente menzionati. La collaborazione all'attività lavorativa dell'altro (la quale non giustifica una pretesa al compenso) potrà rientrare nel dovere in esame solo se richiede un impegno limitato e saltuario, altrimenti dovrà essere economicamente compensata, come desumibile dalle regole riguardanti l'impresa familiare.

Non meno evidente è il fondamento solidaristico del dovere di assistenza morale, in virtù del quale ciascuno sposo è tenuto non solo al dialogo, all'ascolto ed al sostegno dell'altro sotto il profilo psicologico, ma anche al rispetto della sua personalità, astenendosi da comportamenti che potrebbero condizionarla, nonché favorendone lo sviluppo delle inclinazioni (si pensi alla sua realizzazione nel lavoro); ed ancora il rispetto dei suoi sentimenti, idee religiose, e politiche, della cultura e delle tradizioni, del riserbo per quanto attiene a vicende che non coinvolgono la vita in comune ma, di converso, anche il dovere di rendere partecipe l'altro delle vicende private che potrebbero incidere su di essa, ivi comprese quelle precedenti alla celebrazione (si pensi, ad esempio, alla generazione di un figlio o al ricorso all'aborto) [47]. In una visione non tassativa ed atomistica dei doveri di coppia, la doverosità della comunicazione potrebbe piuttosto ricondursi alla lealtà che deve improntare il rapporto affettivo al cui rispetto gli sposi sono certamente tenuti [48] quale dovere ulteriore rispetto a quelli normativamente menzionati.

Al valore della solidarietà coniugale è altresì da ricondurre il dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia il quale può riassumersi, secondo l'autore, «nell'adempi-

---

[46] A cui si ispira altra parte della dottrina la quale individua i doveri coniugali nel complesso dei comportamenti più idonei ad assicurare in maniera ottimale il perseguimento della comunione di vita, non escludendo la possibilità di configurare comportamenti esigibili (c.d. doveri impliciti) al di fuori di quelli riconducibili ai doveri espressamente menzionati dalla legge: v. in tal senso ad es., l'ampia e convincente riflessione di ZATTI, *Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio,* in *Tratt. Rescigno*, II ed., Torino, 1982, III, 2, p. 11 ss. e di TRIMARCHI, Affectio *ed unitarietà dei doveri di coppia*, in *Questa rivista*, 2019, p. 257 ss. Questa è la strada seguita anche dal BGB il quale, al § 1353 si limita a stabilire che «i coniugi sono obbligati fra loro alla comunione di vita coniugale», senza precisare oltre.

[47] Se si privilegia la linea ricostruttiva che tende a limitare i doveri coniugali a quelli espressamente menzionati dalla norma, la necessità di rendere parte l'altro coniuge di tali vicende sembra infatti potersi ricondurre appunto al dovere di assistenza morale, sia pur esteso nei suoi tipici contenuti.

[48] Rileva BIANCA, *La buona fede nei rapporti familiari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 910 ss. (in part. p. 913 s.) che il dovere di lealtà in base al quale può risultare doverosa la comunicazione di vicende che possono incidere sulla vita familiare è più ampio di quello di assistenza morale in quanto al suo rispetto sono tenuti anche i figli.

mento dei doveri e nella realizzazione della vita della comunità» la cui osservanza è assicurata dalla disponibilità alla cooperazione, allo svolgimento di attività – anche di carattere gestionale – volte al soddisfacimento delle esigenze ed al compimento degli affari riguardanti la famiglia, al superamento della ripartizione dei compiti stabiliti nell'accordo sull'indirizzo di vita [49]. In altre parole, il profilo indicato potrebbe riassumersi nel dovere di ciascun coniuge di mettere a disposizione della famiglia le sue competenze [50], energie e capacità [51].

Ma altri aspetti devono essere messi in luce: la fattiva disponibilità alla ricerca dell'accordo sulle questioni caratterizzanti l'indirizzo di vita [52] ed alla sua revisione ove la situazione presa in considerazione inizialmente abbia subìto rilevanti cambiamenti, senza irrigidimenti che ne renderebbero complesso il perseguimento e senza imposizioni [53]. La collaborazione risulta pertanto strumentale al funzionamento del criterio, prescelto dalla legge, al fine di assicurare il paritario governo della famiglia. Vi è peraltro chi lo considera un dovere ulteriore ed autonomo [54] rispetto a quelli inclusi nell'elenco enunciato previsto dall'art. 143.

Ed ancora la disponibilità ad accogliere nella propria casa congiunti dell'altro coniuge; in particolare un figlio nato da precedente matrimonio o anche al di fuori di esso e convivente con l'altro genitore al momento della celebrazione o del quale conoscesse l'esistenza (art. 252, comma 2, cod. civ.).

Le regole menzionate trovano applicazione, fino al momento dell'annullamento, anche nel caso in cui il vincolo sia affetto da una causa di invalidità, se i coniugi erano in buona fede al momento della sua costituzione in base a quanto disposto dall'art. 128 cod.

---

[49] PARADISO, *op. cit.,* p. 305 ss.

[50] Si pensi ad es., alla capacità di salvaguardare le disponibilità economiche della famiglia mediante appropriati investimenti.

51Può inquadrarsi, ad es., nell'ambito di tale dovere la prestazione professionale del marito architetto volta a rendere possibile la ristrutturazione della casa familiare: per tale fattispecie v. Trib. Napoli, 4 luglio 2001, in *Fam. e dir.,* 2002, p. 55, anche se il giudice l'ha ricollegata al dovere di assistenza materiale.

[52] In senso conforme FURGIUELE, *op. cit*., p. 114; G. CONTE, *I rapporti personali tra coniugi,* in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato di diritto di famiglia diretto da Ferrando, II, Bologna, 2007, p. 47; RENDA, *op. cit.*, p. 284 s., sottolinea la stretta interdipendenza fra obbligo di collaborazione e ricerca dell'accordo sull'indirizzo di vita.

[53] Violerebbe pertanto il dovere di collaborazione oltre che quello di contribuzione il coniuge che pretendesse di imporre all'altro un tenore di vita eccessivamente ristretto rispetto alle sue possibilità economiche.

[54] ZATTI, *op. cit*., p. 61; RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Trattato di diritto di* famiglia, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando-Fortino-Ruscello, II ed., Milano, 2011, p. 1065.

civ. Ma anche nel caso di mala fede regole particolari sono previste a tutela dei figli onde essi sono comunque considerati generati all'interno del matrimonio. Irripetibili sono inoltre le prestazioni relative alla contribuzione per i bisogni della famiglia in quanto esse trovano comunque giustificazione nell'attuazione della comunione di vita [55].

3. – Come in precedenza sottolineato, anche nell'unione civile e nelle convivenze sembra potersi individuare il medesimo scopo del matrimonio di realizzare una comunione di vita della coppia. Una conferma in tal senso riguardo all'unione civile si riscontra nella sentenza della Corte costituzionale 138/2010 [56] nella quale, si ravvisa la necessità di introdurre nell'ordinamento il riconoscimento di una formazione sociale caratterizzata da una «stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia … con i connessi diritti e doveri». In tal modo alludendo alla necessità di riconoscere anche alle persone del medesimo sesso la possibilità di unire, per ragioni affettive, la propria esistenza, vivendo pienamente il rapporto di coppia. Che in tal modo debba essere inteso il generico riferimento alla «condizione di coppia» trova conferma in un altro passo della sentenza nel quale, negata la necessaria equiparazione di trattamento fra persone unite civilmente e coniugate – ma non la finalità generale degli istituti [57] – non se ne esclude *la possibilità*, mediante futuri interventi da parte della Corte medesima ove «sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza». Assimilazione che sarebbe certamente inappropriata ove il rapporto fra gli uniti civilmente avesse finalità diverse da quello nascente dal matrimonio. Ulteriore conferma di tale assunto è possibile riscontrare in altra decisione della Corte, di alcuni anni successiva (170/2014) [58], la quale, nel richiamare le espressioni contenute nella precedente decisione, riconosce alla coppia già coniugata il cui vincolo sia stato sciolto per mutamento di sesso di uno dei suoi componenti, il diritto al riconoscimento di un istituto che le consenta di «mantenere in vita un rapporto di

[55] Sulle problematiche al riguardo ci si permette di rinviare al nostro, *Gli effetti dell'invalidità del matrimonio*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, cit., I, p. 287 ss. (in part., p. 302 ss.)

[56] La quale può leggersi, ad esempio, in *Fam. e dir.,* 2010, p. 653, con nota di Gattuso.

[57] Anche dalla costituzione dell'Unione civile scaturisce, tra l'altro, la nascita di un vero e proprio *status* di carattere familiare. V. in senso conforme M. BIANCA, *Il comma 20 quale crocevia per l'inserimento della nuova disciplina delle unioni civili nel sistema*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, p. 260 s.

[58] In *Corr. giur.*, 2014, 1041, con commento di Auletta.

coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima» [59].

Non meno significativi in tal senso sono i riscontri che emergono dai lavori che hanno preceduto l'approvazione della l. 76/2016. In numerosi interventi dei parlamentari emerge infatti l'obbiettivo di consentire alla coppia del medesimo sesso, mossa – si sottolinea – *dagli stessi desideri e dalle stesse esigenze di quella coniugata*, di formalizzare il proprio rapporto di vita familiare *per ragioni affettive*. Coincidenza di esigenze che emerge anche con riferimento alla c.d. convivenza, nel contesto della quale è pur sempre individuabile l'intento di dare corpo ad un progetto di comunione di vita per ragioni affettive, pur respingendo una formalizzazione del rapporto.

Tale essenza trova conferma – come si vedrà dal successivo esame sui contenuti del rapporto – nel tenore complessivo delle norme che disciplinano l'istituto, senza che in senso contrario possa risultare determinante la mancanza di un rinvio, nel testo della legge, all'art. 1 l. div., per desumere una diversità di scopo [60].

Sull'individuazione delle finalità essenziali che accomunano le diverse espressioni della vita di coppia la dottrina appare ampiamente coesa. Per definire l'unione civile si parla infatti di «una comunione di vita spirituale e materiale, basata su di un rapporto affettivo di assistenza e di solidarietà» [61] tra persone del medesimo sesso, atto a configurare la formazione di una famiglia [62] in vista del diritto contemplato dagli artt. 8 della Cedu e 7 della Carta fondamentale dell'Unione Europea. Diversi i profili che ne accomunano la disciplina a quella matrimoniale [63] i quali risulterebbero ingiustificati ove lo scopo fondamentale fosse del tutto diverso.

---

[59] Anche PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 94 s. ritiene significativa tale enunciazione al fine di individuare nell'unione civile e nel matrimonio una funzione omogenea.

[60] Dal quale può desumersi – come in precedenza ricordato nel testo – che l'essenza del matrimonio consiste nella realizzazione della comunione spirituale e materiale tra i coniugi.

[61] SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, VIII ed., Milano, 2019, p. 213.

[62] Per rilievi inerenti al carattere familiare dell'unione v. per tutti QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1688 ss.; SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, loc. cit.; PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 94 ss; GATTUSO, *op. cit.*, p. 8 ss.; VENUTI, *op. cit.*, p. 43. Mentre RUSCELLO, *La convivenza di fatto*, *Note introduttive*, in *Tratt. di dir. di famiglia*, diretto da Zatti. *Le riforme*, I, cit., p. 131 parla di famiglie atipiche a proposito di unione civile e convivenza. Ancor più frequente è il ricorso al sintagma "unioni parafamiliari" o "paraconiugali": per tutti v. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1780, nonché la citaz. a nota 15.

[63] Per rilievi in proposito si veda, ad es., FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 889 ss.

Riguardo poi alla convivenza è la stessa legge (comma 36) ad indicarne i caratteri distintivi facendo riferimento a «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale».

Ciò premesso, tenuto conto che il legislatore non ha inteso equiparare *in toto* la disciplina dell'unione civile e del matrimonio [64], occorre verificare se le differenze introdotte possano incidere significativamente se non sull'essenza, sulle modalità di realizzazione dello scopo.

Nello scritto su "I rapporti personali nelle relazioni di coppia dopo la stagione delle riforme" [65], Paradiso aderisce alla corrente di pensiero che tende a desumere dalle differenze presenti nella rispettive discipline sul matrimonio e sull'unione civile una sorta di contrapposizione o comunque di profonda diversità fra i due istituti, la cui attenuazione sul piano interpretativo non sarebbe ammissibile in quanto non terrebbe conto del fatto che la disciplina prevista è frutto di un compromesso dell'ultima ora che ha pesantemente condizionato l'approvazione della legge in seno alle forze politiche di maggioranza la quale altrimenti non avrebbe visto la luce se non fosse mutata rispetto al testo iniziale. Essa infatti, sottolineano gli autori che si collocano all'interno della corrente di pensiero suddetta, ha raggiunto il *quorum* necessario all'approvazione solo al termine di una contrastata trattativa proprio in seguito all'introduzione di emendamenti volti ad introdurre significative differenze rispetto al matrimonio in modo da garantire una sorta di primazia del medesimo, unico istituto in grado di dare origine tutt'ora ad un rapporto familiare (come testimoniato anche dai dati testuali che si riferiscono agli uniti civilmente come coppia e non come famiglia e dalla preclusione, enunciata dal comma 20, di applicare all'unione le norme del codice civile riguardanti i coniugi non richiamate espressamente).

Paradiso è tra gli autori che sviluppa con maggior rigore detta contrapposizione, mediante un'interpretazione strettamente aderente al dato letterale onde attenersi fedelmente alle scelte compiute dal legislatore, escludendo tra l'altro che l'interprete sia legittimato ad introdurre qualsiasi correttivo, persino qualora una interpretazione meno rigida possa condurre a configurare un quadro delle regole che garantisca maggiore coerenza fra finalità e disciplina dell'istituto [66]. Posizione forse sostenibile, ma a costo di non dar peso ad

---

[64] Con conseguenti differenze di carattere sistematico, lessicale e, per limitati aspetti, anche sostanziale, pur senza radicalmente distaccarsene per il rischio di configurare una discriminazione con conseguente violazione dell'art. 3 Cost.

[65] In *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit., p. 201 ss. ed anche in *Familia*, 2018, p. 613 ss. (le citaz. successive si riferiranno al primo scritto).

[66] Salvo poi a derogare a questa linea quando configura l'esistenza dei doveri al rispetto e alla lealtà re-

alcune evidenti incongruenze presenti nella legge (si pensi al riferimento all'indirizzo di *familiare* riguardo ad una coppia che non sarebbe famiglia) e l'esistenza di alcuni passaggi quantomeno (volutamente) equivoci (si pensi all'espressione, su cui molto si è discusso, secondo la quale «resta fermo quanto previsto e *consentito* (nostro il corsivo) in materia di adozione dalle norme vigenti»). Al contrario, mi sembra invece legittimo, anzi doveroso per l'interprete, adoperarsi al fine di pervenire alla ricostruzione di un quadro complessivo della disciplina coerente rispetto agli obbiettivi generali in vista dei quali essa è stata introdotta.

Secondo Paradiso l'unione civile tende a salvaguardare un rapporto esclusivo di coppia di carattere individuale, il quale nasce e si esaurisce al proprio interno, carente delle aperture e della capacità espansiva proprie del matrimonio (testimoniato dal fatto che la coppia non è in grado di dare vita ad una discendenza generata naturalmente e non è prevista la costituzione del un rapporto di affinità tra ciascuno dei suoi membri ed i parenti dell'altro) [67]. Un istituto – rileva l'A. – privo di storia e tradizione, costruito a tavolino dal legislatore e, per precisa scelta politica, dalla precaria stabilità (ne è possibile infatti un rapido scioglimento per decisione unilaterale, una sorta di recesso *ad nutum*), dai labili contenuti caratterizzanti il rapporto, testimoniati dalla mancata previsione dei doveri di fedeltà e collaborazione fra i membri della coppia, cioè di quell'impegno reciproco che costituisce caratteristica esclusiva del matrimonio. Esso si esaurirebbe in un mero patto di assistenza dando vita ad una sorta di partenariato su base volontaria, utile per venire incontro alla solitudine degli individui; ricostruzione che rischia però di svilire a tal punto i caratteri dell'istituto dal negarne la stessa funzione fondamentale di assicurare tutela all'esigenza delle persone del medesimo sesso di costituire una comunione affettiva di coppia, come testimoniato dal fatto che l'autore finisce con l'avanzare dubbi circa «l'opportunità di precluderne l'accesso a persone legate da rapporti di parentela» [68].

L'impianto argomentativo suddetto invocato con diversità di accenti anche da altri autori, non mi sembra sempre persuasivo, ancor meno le conclusioni estreme che indu-

---

ciproca fra conviventi (PARADISO, *Commento ai commi 36 e 37 dell'art. 1 della legge 76/2016*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di Bianca, cit., p. 487) che non sono menzionati dalla legge ma deriverebbero tutt'al più da un'opera di razionalizzazione del sistema da parte dell'interprete. Non del tutto chiaro è invece se, nel pensiero dell'autore, anche il c.d. i*mpedimentum criminis* dovrebbe costituire un presupposto per applicare le norme sulla convivenza (e se fosse così anche in questo caso si ricorrerebbe all'integrazione del sistema in via interpretativa) o solo per la validità del contratto di convivenza.

[67] Analogamente SESTA, *Unione civile e convivenze*, cit., p. 1793, il quale mette in rilievo che le norme sono volte a tutelare i diritti degli uniti civilmente e non "l'istituzione".

[68] *I rapporti personali nelle relazioni di coppia dopo la stagione delle riforme*, cit., p. 213 ss.

cono a negare la configurabilità dell'impegno in capo agli uniti civilmente di porre in atto una comunione di vita materiale e spirituale [69] o a fare dell'unione una sorta di istituto volto al mero sostegno morale e materiale. Si negherebbe infatti alle persone del medesimo sesso il diritto di vivere pienamente una condizione affettiva di coppia, quantomeno simile all'essenza della vita matrimoniale, che si diversifica da qualsiasi altro rapporto affettivo di natura familiare. Ove ciò fosse vero dovrebbe pervenirsi inevitabilmente alla conclusione che il legislatore non ha soddisfatto le condizioni poste dalla Corte Costituzionale nelle decisioni 138/2010 e 170/2014, realizzando quanto richiesto ed è venuto meno anche alle prescrizioni poste dalla Corte di Strasburgo [70] di introdurre nell'ordinamento un istituto volto a salvaguardare il diritto delle coppie del medesimo sesso alla vita familiare [71].

Prima di giungere a questa conclusione occorre almeno verificare se non sussistano spazi, sul piano interpretativo, per delineare un quadro normativo compatibile con gli obiettivi tracciati dalle Corti menzionate pur in presenza di una disciplina dell'unione civile sicuramente non coincidente con quella riguardante la coppia coniugata. Compito dell'interprete è pertanto quello di ricostruire le divergenze in materia, valutandone l'incidenza sulle finalità dell'istituto ma anche individuare le lacune tali solo in apparenza, in quanto suscettibili di essere colmate mediante interpretazione sistematica.

In questa prospettiva sembra allora opportuno osservare innanzitutto, con riferimento alla regole volte a salvaguardare l'unità della coppia delineate al § precedente, che nella disciplina sull'unione civile non solo non vengono menzionati, come si è detto, i doveri di fedeltà e di collaborazione (salvo a verificare se essi siano realmente inesistenti), ma altresì non è contemplato l'intervento del giudice volto, eventualmente, a dirimere il disaccordo nell'assunzione delle decisioni più importanti riguardanti la coppia (strumento peraltro scarsamente significativo sotto il profilo dell'effettività [72]). Più agevole è lo scioglimento del legame mediante pronunzia giudiziale, preceduta da una dichiarazione, anche unilaterale, resa davanti all'ufficiale dello stato civile (trascorsi tre mesi dalla me-

---

[69] Trattasi della lettura proposta da DE CRISTOFARO, cit. alla nota 17.

[70] Nella sentenza del 21 luglio 2015, Oliari c. Italia ric. n. 18766/11 e 36060/11, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1069 con nota di Bruno.

[71] Riguardo al collegamento tra le sentenze enunciate e la disciplina sull'unione civile e la convivenza v. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.,* 2016, p. 1771 ss. Nello stesso senso del testo, rileva VENUTI, *op. cit*., p. 39, che la disciplina dell'unione civile non può presentare una insanabile discontinuità rispetto al matrimonio senza che si profili il rischio di violazione del principio di ragionevolezza.

[72] Di diverso avviso è però DE CRISTOFARO, *op. cit*., p. 130.

desima) differenza peraltro da non sopravvalutare in quanto riflette una tendenza generale volta a rendere più agevole anche lo scioglimento del matrimonio mediante uno significativo contenimento dei tempi della separazione, di cui costituisce il presupposto, e di semplificazione del procedimento (la c.d. sua degiurisdizionalizzazione). La tutela dell'unità della coppia risulterebbe per tali ragioni a tutto concedere un po'indebolita [73] ma non di certo vanificata, come testimoniato peraltro dall'esistenza del dovere di coabitazione, dalla disciplina sul cognome della coppia, dalla collegialità nel governo della famiglia ed in particolare dalla determinazione dell'indirizzo di vita.

Riguardo poi alla (presunta) irrilevanza del dovere di fedeltà, si è sviluppato, subito dopo l'approvazione della legge, un ampio dibattito in dottrina una parte della quale ritiene che la mancata menzione sia motivata dall'intento del legislatore di differenziare la coppia unita civilmente da quella coniugata [74] anche per l'impossibilità della prima di generare naturalmente [75]. D'altra parte non sussisterebbero spazi sul piano interpretativo per configurare un dovere siffatto in quanto si introdurrebbe indebitamente un limite alla libertà sessuale e personale dell'unito civilmente [76]. Ma in senso opposto si è orientata

[73] Come testimoniato, secondo la giurisprudenza, anche dal fatto che al fine di pronunziare lo scioglimento dell'unione il giudice non dovrebbe accertare il venir meno della comunione materiale e spirituale tra le parti: Trib. Milano, 3 giugno 2020, in *Banca Dati Dejure;* Trib. Novara, 5 luglio 2018, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 514. Per sottolineature sulla scarsa considerazione riservata dal legislatore alla stabilità dell'unione, cfr. DE CRISTOFARO, *op. cit*., p. 135 ss.

[74] M. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto,* in *w.w.w.giudicedonna.it,* 2016, p. 8; DE CRISTOFARO, *op. cit*., p. 125 s.; E. BIVONA, *L'obbligo di fedeltà dopo la stagione delle riforme*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di Salanitro, cit., p. 273 ss. ed anche in *Familia*, 2019, p. 125 ss. Per l'inesistenza del dovere di fedeltà si pronunziano anche SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia,* cit., p. 1796; BALLARANI, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, in *Dir. succ. e fam.,* 2016, p. 642 s. Alla medesima conclusione pervengono anche autori che tuttavia non risparmiano critiche alla scelta del legislatore: ad es., BALESTRA, *Le convivenze di fatto. Nozioni, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.,* 2016, p. 929; DELL'ANNA MISURALE, *Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge*, in *Giustizia civile.com*, 2016; SAVI, *Commento al comma 11 della legge*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze,* Pisa, 2016, p. 82 ss. il quale ritiene la scelta legislativa non in linea con i valori costituzionali e tale da non giustificare i diritti di natura economica a favore di chi contrae un legame affettivo così evanescente; IORIO, *Costituzione dell'unione civile, impedimenti e altre cause di nullità. Gli obblighi dei contraenti. Il regime patrimoniale. Lo scioglimento dell'unione civile*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto l. 20 maggio 2016, n. 76*, (a cura di M. Gorgoni), Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 90 ss., il quale sottolinea la disparità di trattamento riservata ai componenti dell'unione civile e auspica un intervento in proposito da parte della Corte Costituzionale o del legislatore.

[75] FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, pp. 1392 ss.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 227.

[76] V. in tal senso BIANCA, *Commento al comma 1*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di Bianca, cit., p. 4, il quale individua nella fedeltà un normale connotato della comunione di vita ma ne nega ad un tempo la

altra dottrina – probabilmente maggioritaria – la quale ha posto in luce la stretta funzionalizzazione del dovere col perseguimento della comunione di vita affettiva [77] e l'esigenza di superare la rigida elencazione dei singoli doveri, individuandone il contenuto complessivo proprio in base all'obbiettivo che l'istituto è chiamato a perseguire [78], o comunque ammettendone l'introduzione mediante un accordo sull'indirizzo di vita [79]. I limiti del presente contributo non consentono – come fatto invece in altra sede [80] – di chia-

---

doverosità del rispetto; anche PARADISO, *I rapporti personali nelle relazioni di coppia dopo la stagione delle riforme* cit., p. 216, giustifica l'inesistenza del dovere in vista della tutela della libertà personale. Peraltro l'A. nel suo *Commento ai commi 36 e 37*, cit., 487 ammette l'esistenza di un *dovere* di rispetto e lealtà reciproca che faccio fatica a comprendere come non inglobi – senza peraltro esaurirlo – il dovere di fedeltà.

[77] QUADRI, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur*., 2016, p. 897; CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale,* in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, p. 13 ss.; CASABURI, *La disciplina delle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in AA.VV., *Unioni civili e convivenze*, Pisa, 2016, p. 66 ss.; FERRANDO, *Conclusioni al Convegno "Modelli familiari e nuovo diritto"* (Padova, 7-8 ottobre 2016) in *Nuove leggi civ. comm.,* 2016, II, p. 1777; CICERO, *Non amor sed consensus matrimonium facit? Chiose sull'obbligo di fedeltà nei rapporti di convivenza familiare*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 1095 ss. il quale osserva che «È inconfigurabile la famiglia composta da partners volontariamente "infedeli", se alla fedeltà si attribuisce il corretto contenuto, di lealtà al progetto familiare»; ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, p. 338; OLIVERO, *Unioni civili e presunta licenza d'infedeltà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 213 ss.; PERLINGIERI, *op. cit.,* p. 108 s.; VENUTI, *op. cit*., p. 48; BERTELLI, *L'«l'obbligo» reciproco di fedeltà nelle unioni civili*, in questa *Rivista*, 2020, p. 1244 ss.

[78] CASABURI, *op. cit*., pp. 69 ss.; M. TRIMARCHI, Affectio *ed unitarietà dei doveri di coppia*, cit., p. 267; ID., *Doveri familiari e contribuzione*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo le riforme,* cit*.,* p. 477 ss.; ZATTI, *Introduzione al convegno "Modelli familiari e nuovo diritto"* (Padova, 7-8 ottobre 2016), cit., p. 1664 il quale considera riconducibile il dovere di fedeltà a quello di assistenza, in una visione non atomistica dei doveri di coppia. Operano un collegamento tra fedeltà ed assistenza morale, ritenendo leso quest'ultimo dovere ove i comportamenti tenuti siano lesivi della dignità della persona anche G. PERLINGIERI, *op. cit.,* p. 110; BONAMINI, *Unione civile e dovere di fedeltà*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, V, cit., p. 216; GATTUSO, *op. cit.,* p. 13. *Contra,* G. DE CRISTOFARO*, op. cit*., *passim*.

[79] DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze,* Milano, 2016, p. 49; FASANO-GASSANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle unioni civili*, Milano 2016, p. 66 s. In senso contrario, BIVONA, *Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 866; ID., *L'obbligo di fedeltà dopo la stagione delle riforme*, cit., p. 152 s. in quanto ammettere una integrazione pattizia dei doveri «significherebbe autorizzare una arbitraria deviazione di tale modello o "tipo", così piegato alla realizzazione delle individuali aspettative del singolo, verso uno differente ed in tutto sovrapponibile al matrimonio». Osservazione sulla quale potrebbe convenirsi solo considerando immeritevole di tutela un intento volto a rafforzare la coesione del rapporto caratterizzante l'unione civile, valutazione questa, però, che solleva alcuni dubbi. Né un ostacolo all'integrazione pattizia potrebbe rinvenirsi nell'inderogabilità dei doveri nascenti dall'unione da intendersi, a mio avviso, come divieto nei confronti di accordi volti a sminuire il contenuto essenziale dei medesimi ma non anche ad accrescerlo al fine di rafforzarla (ammesso e non concesso che l'esistenza del dovere di fedeltà non sia riconducibile alla legge).

[80] Mi permetto di rinviare pertanto al mio, *Commento al comma 11*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. Bianca, cit., p. 135 ss.

rire le ragioni che mi inducono a propendere per quest'ultima soluzione. Mi limito a rilevare però la stretta connessione tra fedeltà ed esclusività dell'unione, carattere quest'ultimo che emerge con certezza dai dati normativi i quali vietano a chi è coniugato o unito civilmente con altra persona di costituire un nuovo vincolo prima dello scioglimento del precedente, con conseguente accettazione di una limitazione della libertà di autodeterminazione (art. 1, comma 4, lett. a), l. 76/2016). D'altra parte se la fedeltà non consiste – come ormai generalmente sostenuto – solamente nel non tradire l'altro sotto il profilo della sessualità ma soprattutto nel riservargli un ruolo affettivo esclusivo (ben più significativo) quale compagno di vita, stento a comprendere come tale dovere possa costituire una prerogativa solamente del matrimonio e non un connotato tipico della coppia unita affettivamente e del suo diritto alla vita familiare. Dunque una limitazione alla libertà personale sarebbe pienamente giustificabile in quanto scaturisce dalla libera scelta di contrarre l'unione civile.

Aggiungo peraltro che se anche si pervenisse alla conclusione opposta circa l'esistenza del dovere, ne risulterebbe certamente indebolita la tutela dell'unità della coppia ma non il connotato della solidarietà caratterizzante la comunione di vita affettiva della medesima (punto focale della presente riflessione).

Discorso diverso dovrebbe farsi probabilmente ove si negasse anche la rilevanza del dovere della collaborazione – come ritiene Paradiso – ma su questo aspetto si tornerà in seguito.

Anche la mancanza di espansività dell'unione al di là del rapporto di coppia non appare del tutto scontata secondo il diritto effettivo, tenuto conto che, pur in presenza dell'incapacità di generare naturalmente, un'ampia corrente giurisprudenziale ammette l'adozione particolare da parte di coppie del medesimo sesso ed il riconoscimento in Italia dello stato giuridico di figlio, ove attribuito in un Paese straniero in seguito alla generazione mediante fecondazione artificiale. Anche riguardo al significato da riconoscere al silenzio normativo sul riconoscimento di un rapporto di affinità tra l'unito civilmente ed i parenti dell'altro non sussiste uniformità di vedute. È pur vero che l'opinione prevalente è orientata per la soluzione negativa[81], altri però giudica quantomeno irragionevole

[81] Ad es., QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, II, pp. 1691 e 1694, il quale non risparmia critiche a tale scelta; SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare,* cit., p. 885; DE CRISTOFARO, *op. cit*., p. 119; PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in questa *Rivista*, 2016, p. 199; VENUTI, *op. cit*., p. 59; RUSCELLO, *La convivenza di fatto,* cit., p. 130; PARADISO, *I rapporti personali nelle relazioni di coppia dopo la stagione delle riforme*, cit., p. 216.

tale scelta per mancanza di un plausibile fondamento e dunque non conciliabile con la nascita di uno *status* [82] con conseguente applicabilità di alcune norme che si riferiscono agli affini "di fatto" [83], altri – ancor più radicalmente – non ritengono ostativo il silenzio delle norme al riconoscimento di tale rapporto [84].

Come il matrimonio anche la disciplina dell'unione civile garantisce il pieno rispetto del valore dell'uguaglianza dei suoi componenti, come testimoniato innanzitutto dall'affermazione del comma 11 secondo la quale essi «acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri»; principio che deve applicarsi, pur in assenza di uno specifico riferimento normativo [85], anche riguardo ai doveri della coppia nei confronti dei figli – ove sussistenti – e all'esercizio della responsabilità genitoriale con uguaglianza di poteri [86]. Non sussiste in seno alla coppia alcuna distinzione di ruoli sul piano normativo, come attestato dalla regola secondo la quale la contribuzione ai bisogni familiari deve compiersi in relazione oltre che alle sostanze, anche alla capacità di lavoro professionale e casalingo di ciascuno. Il governo della famiglia spetta ad entrambi, con uguaglianza di poteri ed a ciascuno dei membri dell'unione è consentito assumere iniziative per dare attuazione all'indirizzo della vita familiare concordato (comma 12), coinvolgendo l'altro nella responsabilità patrimoniale per le obbligazioni assunte a tal fine (alla stregua di quanto si è detto al § 2 per la coppia coniugata) [87].

Ed in special modo è dato cogliere il medesimo fondamento solidaristico dell'unione rispetto a quella fondata sul matrimonio. Infatti i bisogni familiari sono determinati di comune accordo ed anche una esigenza individuale può essere annoverata fra i bisogni

---

[82] Circa la configurabilità della nascita di uno *status* familiare di unito civilmente, v. per tutti, FERRANDO, *La disciplina dell'atto. Gli effetti: diritti e doveri*, cit., p. 890 ss. la quale, per tale motivo, considera irragionevole la scelta di escludere il vincolo di affinità.

[83] C.M. BIANCA, *op. ult. cit*., p. 5. Nello stesso senso M. BIANCA, *Commento al comma 20,* in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. Bianca, cit., p. 270.

[84] CASABURI, *op. cit.,* p. 57 s.; OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in AA.VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, p. 53; PERLINGIERI, *op. cit.,* p. 90. In senso dubitativo si esprime GATTUSO, *op. cit.,* p. 10.

[85] Dovuto ad un erroneo convincimento del legislatore storico che la coppia del medesimo sesso non può avere figli generati naturalmente. Ciò può accadere invece nel caso di unione civile derivante dallo scioglimento del matrimonio per mutamento di sesso. Inoltre, come accennato nel testo, la giurisprudenza ammette il ricorso della coppia del medesimo sesso all'adozione ed il riconoscimento di provvedimenti stranieri in seguito a generazione mediante PMA.

[86] Per l'applicabilità delle norme volte alla tutela degli interessi dei figli, nonostante il silenzio normativo, si pronunziano numerosi autori: v., ad es., PERLINGIERI, *op. cit*., p. 95 ss.; GATTUSO, *op. cit.,* p. 15 ss.

[87] *Contra,* VENUTI, *op. cit*., p. 47.

comuni che l'altro deve concorrere a soddisfare, alla luce delle regole sulla contribuzione familiare, qualora risulti essenziale o rientri comunque nel tenore di vita compatibile con le risorse disponibili. Tale connotazione trova conferma nell'applicazione agli uniti civilmente del medesimo regime legale della comunione e di quelli convenzionali previsti per il matrimonio; ciò comporta che anche l'unito civilmente ha diritto, in virtù della solidarietà di coppia, alla uguale distribuzione delle ricchezze prodotte nel corso della comunione di vita matrimoniale, a prescindere dal fatto che abbia concorso ad incrementarle. Egli è inoltre equiparato al coniuge riguardo ai diritti successori.

Espressione della solidarietà dell'unione è costituita inoltre dalla previsione dei doveri di assistenza morale e materiale i quali vanno ricostruiti essenzialmente secondo i medesimi connotati delineati a proposito del rapporto fra coniugi. Una differenza, secondo alcuni [88], sarebbe costituita dalla irrilevanza dei rapporti sessuali i quali non sarebbero in alcun modo contemplati, fermo restando naturalmente che non potrebbe profilarsene alcun divieto. Ciò è testimoniato dal fatto, si osserva, che fra i casi di scioglimento dell'unione non è prevista la mancata consumazione ed inoltre l'errore sulla impotenza del *partner* su una sua anomalia o su una deviazione sessuale non è causa di invalidità del vincolo contratto. Tale silenzio è in realtà dovuto ad un atavico atteggiamento che considera immorali i rapporti tra omosessuali, il quale sembra ormai socialmente in larga parte superato.

Posta in questi termini la differenza appare alquanto marginale tenuto anche conto del modo in cui viene inteso quello che un tempo si definiva – con espressione non felice – il c.d. *ius in corpus* nel matrimonio. L'esercizio della sessualità, secondo l'interpretazione ormai prevalente, si connota infatti per la sua spontaneità ed è tutt'al più riconducibile alle decisioni sulla conduzione della vita di coppia, onde ben difficilmente il sistematico rifiuto potrebbe indurre il giudice a pronunziare l'addebito della separazione tra i coniugi. Ma anche se non si ritengano ingiustificatamente discriminatorie tali previsioni esse non inciderebbero significativamente sul rapporto in quanto ne scaturirebbe solo la conseguenza che, in caso di scioglimento dell'unione, il pervicace rifiuto dei rapporti sessuali non potrebbe incidere sulle ragioni della decisione al fine di determinare l'importo dall'assegno eventualmente dovuto a favore dell'unito civilmente economicamente svantaggiato.

Un rafforzamento della connotazione della vita di coppia sarebbe infine indubbiamente costituita dalla doverosità dei comportamenti caratterizzanti la collaborazione nel matrimonio, in precedenza delineati (§ 2). Dovere tuttavia al cui rispetto non sarebbero, pe-

[88] SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare,* cit., p. 887; BALLARANI, *op. cit.,* p. 637.

rò tenuti gli uniti civilmente secondo la linea di pensiero, nell'ambito della quale è da ricondurre – come si è accennato in precedenza a proposito del dovere di fedeltà [89] – anche l'opinione di Paradiso, che considera determinante il silenzio normativo al riguardo proprio a riprova dell'intento del legislatore di differenziare detta unione rispetto al matrimonio. Si aggiunge, a conforto di tale affermazione, che il dovere in esame assume una marcata funzione familiare («nell'interesse della famiglia», recita l'art. 143 cod. civ.) che mancherebbe nell'unione civile in quanto gli effetti che ne conseguono sarebbero limitati al rapporto di coppia [90].

C'è da osservare tuttavia che alcuni autori, i quali si appellano al silenzio normativo per negare l'esistenza del dovere di fedeltà, ritengono non potersi ricorrere al medesimo argomento per negare la rilevanza del dovere di collaborazione [91]. In effetti il suo mancato richiamo, quantunque sorprendente, non è a mio parere ostativo alla relativa configurabilità, in quanto la sua esistenza è desumibile dal complesso della disciplina sull'unione civile e dalla finalità di garantire una comunione di vita solidale in seno alla coppia. Basta riflettere su quanto detto in proposito con riferimento al matrimonio (v. § 2). Né ostativa in tal senso può risultare la più marcata dimensione familiare del dovere rispetto agli altri sia perché, come si è accennato, anche l'unione civile costituisce una famiglia in seno alla quale possono esservi dei figli ed ancor più perché il dovere di collaborazione non è richiamato dall'art. 143 cod. civ. solo con riferimento alla coppia con figli potendovi essere ovviamente una coppia coniugata priva di prole. Che poi l'esistenza di tale dovere sia carattere esclusivo del matrimonio poteva valere per il passato ma non dopo l'introduzione dell'unione civile la cui disciplina, ed in particolare le regole sul suo governo, sono quasi coincidenti.

Infatti se, come detto, gli uniti civilmente devono concordare l'indirizzo di vita e le decisioni di maggiore rilevanza, la disponibilità alla ricerca dell'accordo ed alla sua modifica in seguito al mutamento della situazione in presenza della quale esso è stato assunto impegna anche gli uniti civilmente. Ugualmente è a dirsi riguardo alla cooperazione e alla fattiva disponibilità al soddisfacimento delle esigenze comuni (fra le quali vanno ricomprese anche quelle esclusive dell'altro [92]) mettendo a disposizione le proprie energie, competenze, capacità, nonché riguardo alla disponibilità al superamento della ripartizione dei compiti familiari determinati mediante l'indirizzo di vita.

---

[89] V. citaz. alle note 76, 77, 78.

[90] FADDA, *op. loc. cit.*

[91] C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 4.

[92] VENUTI, *op. cit.*, p. 43.

Il dovere di collaborazione risulta dunque funzionale all'attuazione dei doveri di assistenza morale e materiale nonché del dovere di contribuzione contemplati dalla legge anche per l'unione civile e per l'assunzione delle decisioni riguardanti la vita di coppia [93]. Ciò significa, a mio parere, che l'interprete non può essere condizionato dal silenzio normativo nell'elencazione dei doveri della coppia, onde la disponibilità a collaborare deve considerarsi esigibile anche in seno agli uniti civilmente il cui legame si connota, in virtù delle ragioni prospettate, per il suo carattere solidale, non diverso da quello proprio dell'unione matrimoniale.

Concludendo, sulla base delle considerazioni sin qui sviluppate, ritengo che non solo le finalità ma anche i caratteri più rilevanti del rapporto instaurato con l'unione civile non si diversifichino in maniera significativa rispetto a quelli caratterizzante il matrimonio.

4. – Come si è detto in precedenza, lo scopo fondamentale della coppia convivente, al pari di quella coniugata o unita civilmente è quello di condurre un'esistenza fondata sull'affetto e sulla solidarietà, dando spontanea attuazione al modello previsto dalla legge riguardo a queste ultime e dunque, pur con una certa approssimazione, nel sostanziale rispetto dei doveri a cui esse sono vincolate.

È questo un dato ormai desumibile dal comma 36 della l. 76/2016 ma che in verità poteva già cogliersi in precedenza nelle parole della giurisprudenza la quale individuava i tratti fondamentali della convivenza *more uxorio* in una stabile e continuativa comunanza di vita e di affetti e in una vicendevole assistenza morale e materiale avente le stesse caratteristiche di quelle dal legislatore ritenute proprie del vincolo coniugale [94]. Dalla medesima non scaturivano obblighi giuridicamente coercibili ma, sotto il profilo patrimoniale, mere obbligazioni naturali alla contribuzione, in vista del soddisfacimento dei bisogni della famiglia [95].

---

[93] CASABURI, *op. cit.,* p. 69; BONAMINI, *op. cit.,* p. 204 s. Per tale ragione E. QUADRI, *Unioni civili: disciplina del rapporto*, cit., p. 1695 e VENUTI, *op. cit*., p. 42, ne considerano irrilevante la mancata menzione.

[94] V. in tal senso ad es., Cass. 3 aprile 2015, n. 6855, in *Dir. fam.*, 2015, p. 932; Cass. 16 giugno 2014, n. 13654; Cass. 12 marzo 2012, n. 3923; Cass. 11 agosto 2011, n. 17195, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 45, con nota di Olivero e in *Fam. e dir*., 2012, p. 25, con nota di Figone; Trib. Torino, 1 dicembre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2012, I, p. 518, con nota di Magli; Cass. 7 giugno 2011, n. 12278, in *Resp. civ.*, 2011, p. 629; V. anche citaz. a nota 111.

[95] V. ad es. in proposito, Cass. 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it*, 1975, I, c. 2301; Cass. 26 gennaio 1980, n. 651; Cass. 20 gennaio 1989, n. 285, in *Arch. civ*., 1989, p. 498; Cass. 13 marzo 2003, n. 3713, in

È verosimile ritenere che a tali espressioni si sia sostanzialmente ispirato il legislatore [96] nella definizione contenuta al comma 36 in cui si parla, con riferimento ai conviventi, di «due persone … unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale». Diversamente dal passato sono stati introdotti dalle norme alcuni requisiti ostativi (una sorta di impedimenti) all'applicazione della tutela prevista, in quanto si richiede che i membri della coppia siano maggiorenni e non vincolati da rapporti di parentela, affinità, adozione, da matrimonio o unione civile. Da questo punto di vista la novità è di non poco momento, tenuto conto che la giurisprudenza non contemplava tali limitazioni per escludere la tutela.

Al riguardo Paradiso sottolinea giustamente che nel testo della norma si possono dunque distinguere due ordini di elementi: alcuni negativi che si traducono in *requisiti della fattispecie*, altri positivi i quali costituiscono *indici di riconoscibilità del fenomeno*, precisando che «i primi si caratterizzano per una loro definita rigidità, i secondi per una connaturata flessibilità nel loro contenuto e nel loro accertamento» [97]. Mentre dunque da questi ultimi è possibile desumere gli elementi caratterizzanti la comunione di vita affettiva fondata sulla solidarietà e i relativi connotati (da porre a confronto con quelli propri dell'unione coniugale e dell'unione civile), i primi costituiscono il formante che impedisce l'applicazione della tutela prevista dalla l. 76/2016.

Il carattere affettivo dell'unione non è da ricondurre né al primo né al secondo dei caratteri [98] bensì serve a delineare la finalità dell'istituto che non risulta applicabile a con-

---

Giur. it., 2004, p. 530, con nota di Di Gregorio; Trib. Napoli, 27 gennaio 2005, in *Dir. e giust.*, 2005, 17, p. 111; Trib. Bologna, 20 dicembre 2006, in *Merito,* 2007, p. 37; Cass. 15 maggio 2009, n. 11330, in *Corr. giur*., 2010, p. 72, con nota di Ruvolo; Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277; Cass. 25 gennaio 2016, n. 1266. Da ultimo, Trib. Lecce, 6 febbraio 2020, in *Banca dati Dejure*; Trib. Siena, 4 dicembre 2018, *ivi*.

[96] Che il legislatore abbia preso in considerazione la convivenza, sia pure in maniera limitata, verosimilmente non rende contraddittorio l'utilizzo del sintagma "famiglia di fatto" per individuare la coppia convivente. Il "fatto" consiste nella mancanza di un atto costitutivo e di doveri coercibili, onde il configurarsi della convivenza dipende dall'essersi la coppia uniformata *di fatto*, sostanzialmente al modello caratterizzante il matrimonio o l'unione civile. Di diverso parere SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, cit., p. 847 il quale mostra perplessità riguardo alla scelta di «utilizzare la definizione di "conviventi di fatto" rispetto a soggetti che sono parti di un rapporto formalizzato e legalmente disciplinato»; sostanzialmente dello stesso parere, BALESTRA, *le convivenze di fatto. Nozioni, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 922; POLIDORI, *Costituzione e presupposti delle convivenze di fatto*, in *Tratt. di dir. di famiglia*, diretto da Zatti. *Le riforme*, I, cit., p. 139.

[97] *Commento ai commi 36 e 37 dell'art. 1 della legge 76/2016*, cit., p. 478 ss.

[98] Escludono pertanto giustamente la configurabilità di un dovere siffatto, LENTI, *La nuova disciplina delle convivenze di fatto: osservazioni a prima lettura*, in questa *Rivista,* 2016, 2, p. 97; BALESTRA, *le convivenze di fatto. Nozioni, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 928.

vivenze fondate su altre ragioni (ad es., sull'amicizia, o in funzione della divisione delle spese per l'alloggio, ecc.) [99].

Posto da canto ogni discorso riguardante la condivisibilità delle scelte normative [100], limitati sono i dubbi in merito alla determinazione dei contenuti. Innanzitutto il silenzio riguardante in generale i casi di incapacità (o limitata capacità) di agire dei membri della coppia induce ad escludere che essa assuma rilevanza al fine dell'applicazione della disciplina ove sussista la capacità di intendere e di volere. Un impedimento siffatto potrebbe forse mutuarsi dal requisito della maggiore età ma non credo che un limite ulteriore possa desumersi analogicamente, tenuto anche conto che l'interdizione incide solo sulla validità del contratto di convivenza. Peraltro tale conclusione si pone in linea con quanto ritenuto nel passato e con l'esigenza di non precludere all'interdetto l'esercizio di un diritto fondamentale della persona di formarsi una famiglia. Per la medesima ragione è da escludere che il giudice possa limitare tale libertà all'interno di un provvedimento riguardante la persona sottoposta ad amministrazione di sostegno.

In contrario non credo rilevi che dalla convivenza possano scaturire obbligazioni a carico del suddetto incapace (in particolare riguardo ai limiti di disponibilità della casa familiare ed all'obbligazione alimentare). Elemento giustificativo di tali effetti giuridici di natura patrimoniale non risiede infatti nella capacità negoziale del soggetto, in quanto non derivano da un atto di autonomia privata, bensì dall'elemento fattuale costituito dall'attuazione della comunione di vita [101].

Dubbi si profilano invece riguardo all'incidenza del silenzio normativo sull'applicabilità della legge nel caso di condanna pronunciata nei confronti della persona (o eventualmente entrambe) per l'uccisione del coniuge o dell'unito civilmente dell'altro. Se per un verso infatti è condivisibile porre l'accento sulla riprovevolezza di tale comportamento [102] che meri-

---

[99] LENTI, *op. cit.,* p. 95 s.; M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze,* in *Fam. e dir.,* 2016, p. 865 s.

[100] Dubbi possono avanzarsi infatti sulla scelta di richiedere la maggiore età dei conviventi, di non contemplare fra gli elementi ostativi al riconoscimento della convivenza l'omicidio tentato o consumato nei confronti del coniuge o dell'unito civilmente dell'altro convivente, il mancato richiamo della coabitazione fra gli indici di riconoscibilità del fenomeno.

[101] Nel senso del testo è orientato anche POLIDORI, *op. cit.*, p. 142 il quale osserva che «la prescrizione della maggiore età in capo ai conviventi non sembra essere dettata da considerazioni di sistema attinenti a requisiti di capacità, i quali entrano in gioco esclusivamente qualora i conviventi intendano stipulare un contratto». *Contra*, PARADISO, *op. ult. cit*., p. 478 ss.; COPPOLA, *La convivenza di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, V, *Unione civile e convivenze di fatto*, cit., p. 637. Secondo C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 343 all'interdetto e al minore devono riconoscersi almeno i diritti e le facoltà che prescindono dalla capacità di agire.

[102] V. in proposito PARADISO, *op. ult. cit.,* p. 482.

terebbe di essere sanzionato anche col mancato riconoscimento della tutela riservata ad una convivenza fondata su tale presupposto, per altro verso occorre chiedersi se l'interprete possa colmare questa lacuna [103] specialmente in considerazione del fatto che esso viene menzionato al fine di precludere la stipulazione del contratto di convivenza e dunque la produzione di effetti ulteriori rispetto a quelli, abbastanza contenuti, previsti dalla legge. Sarei propenso a negare tale possibilità.

Incertezze non possono sussistere inoltre – a dispetto di quanto emerge dal contrastato dibattito sviluppatosi tra gli interpreti [104] – riguardo all'applicabilità della disciplina normativa ad una convivenza carente della dichiarazione anagrafica. Il comma 37 della l. 76/2016 mi sembra infatti abbastanza chiaro nel fare riferimento all'incidenza della medesima sull'*accertamento* della convivenza, dunque sugli *indici di riconoscibilità del fenomeno* (utilizzando l'espressione di Paradiso) non sugli elementi condizionanti la tutela. Dalla dichiarazione anagrafica scaturisce pertanto la presunzione circa l'esistenza della convivenza, superabile mediante la prova della mancanza degli elementi caratterizzanti il rapporto, e del momento in cui essa ha avuto origine.

---

[103] PARADISO, *op. ult. loc. cit.,* ad esempio, è orientato in senso positivo in quanto egli ritiene altrimenti incomprensibile la ragione per la quale la coppia non potrebbe concordarne validamente gli effetti patrimoniali mediante il contratto di convivenza.

[104] Per la funzione meramente probatoria si esprime la maggioranza degli interpreti. In dottrina, oltre a PARADISO, *op. ult. cit.,* p. 488 ss., v. anche, senza pretese di completezza, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, cit., p. 342; BALESTRA, *le convivenze di fatto. Nozioni, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 927 s.; PACIA, *op. cit*., p. 203; AMADIO *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1769 s.; DANOVI, *L'intervento giudiziale nella crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto*, in *Fam. e dir*., 2016, p. 1005; TRIMARCHI, *op. ult. cit.,* p. 866; SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.,* 2017, p. 1075; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 238; MAZZARIOL, *Convivenze di fatto e autonomia privata: il contratto di convivenza*, Napoli, 2018, p. 157 ss.; TORRONI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza: disciplina legislativa e ricorso all'autonomia privata*, in *Riv. notar.*, 2020, p. 651 ss. In giurisprudenza, Trib. Milano, 31 maggio 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1473, con nota di Siclari e in *Fam. e dir*., 2017, p. 891 nota di Pellegatta. In senso contrario PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il* nuovo *contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1755 s. (sulla base della discutibile argomentazione secondo la quale solo la registrazione anagrafica costituisce prova della stabilità della convivenza e dei connotati di unione affettiva caratterizzata dall'assistenza morale e materiale che consentirebbe poi al notaio di stipulare il contratto di convivenza richiesto dalle parti); TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, *ivi*, 2016, II, p. 1738 s.; SICLARI, *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità*, *ivi*, 2016, I, pp. 1478 ss.; LUISO, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Dir. fam. e pers*., 2016, p. 1087; GAZZONI, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in *personaedanno.it*, 2016, p. 1; E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Giustiziacivile.com*, 4, p. 2016; ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente*, in *Nuove leggi civ. comm.,* 2016, p. 677; COPPOLA, *La convivenza di fatto*, cit., p. 637; POLIDORI, *op. cit.*, p. 154 s., ma con argomentazioni non convincenti. In giurisprudenza Trib. Verona, 2 dicembre 2016, in *Foro it.,* 2017, I, c. 2883.

Abbastanza pacifico mi sembra inoltre che il generico (e per tale ragione criticabile) riferimento ai vincoli di parentela ed affinità in seno alla coppia debba considerarsi limitato, per ragioni di coerenza sistematica, a quelli che nel matrimonio e nell'unione civile non risultano dispensabili [105] anche perché, in linea di principio, danno vita ad un rapporto incestuoso.

È altresì indubitabile che l'assenza di un vincolo matrimoniale o di unione civile non si riferisca al rapporto tra i membri della coppia bensì tra uno (o ciascuno) di essi ed altra persona [106]. Ciò costituisce un'importante novità introdotta dalla legge rispetto alla consolidata interpretazione giurisprudenziale del passato la quale riteneva che occorresse riconoscere tutela alla persona che avesse dato origine ad una convivenza pur essendo ancora legata da un valido vincolo matrimoniale. Pertanto appare plausibile che, alla luce della normativa che determina i connotati della coppia convivente al fine di applicare la relativa tutela, essa non possa riconoscersi alla coppia priva della libertà di stato.

Passando adesso all'esame degli *indici di riconoscibilità del fenomeno* e dunque del contenuto solidaristico della comunione di vita della coppia si può osservare che la legge si limita a richiamare l'esistenza di legami affettivi di coppia su cui si fonda la reciproca assistenza morale e materiale. Come per il passato (sulla base delle indicazioni contenute nelle pronunzie giurisprudenziali), il legislatore ha inteso fare riferimento all'essenza, alla manifestazione di livello minimale, della comunione solidaristica per considerare esistente la convivenza: il ricorrere di una reciproca assistenza morale e materiale, del *mutuum auditorium* già riferito al matrimonio, del sostegno su cui si fonda una organizzazione comune di vita. Organizzazione che spesso si colora di elementi ulteriori quali la contribuzione ai bisogni comuni, la determinazione dell'indi-

---

[105] Trattasi dell'interpretazione più diffusa. V. per tutti LENTI, *op. cit*., p. 98; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.,* p. 343; PARADISO, *op. ult. cit.,* p. 482; POLIDORI, *op. cit.,* p. 143; COPPOLA, *op. cit.,* p. 640.

[106] Ove così non fosse la previsione risulterebbe del tutto inutile essendo ovvio che se la coppia è unita da un legame di intensità più accentuata (quello, appunto, derivante da matrimonio o unione civile) non avrebbe alcun senso prevedere l'inapplicabilità della più limitata tutela propria della convivenza. Tale lettura della norma è condivisa da PARADISO, *op. ult. cit*., p. 480 s., il quale si chiede tra l'altro la ragione per la quale sarebbe vietata la stipula di un contratto di convivenza in mancanza della libertà di stato, per regolare gli aspetti patrimoniali di un rapporto consentito dalla legge; LENTI, *op. cit.,* p. 97; M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.,* p. 864 s.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., p. 238; RIZZUTI, *Prospettiva di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in *giustiziacivile.com*, 8-9, p. 10 (il quale è critico sulla scelta al riguardo); COPPOLA, *op. cit.,* p. 640 la quale sottolinea che il medesimo impedimento debba considerarsi esistente anche in costanza di una convivenza non ancora cessata. In giurisprudenza, Trib. Palermo, 14 aprile 2020, in *Banca dati Dejure.* Ma in senso contrario all'interpretazione indicata nel testo si pronunciano C.M. BIANCA, *op. ult. cit.,* p. 343; BALESTRA, *le convivenze di fatto. Nozioni, presupposti, costituzione e cessazione*, cit., p. 924 s.; POLIDORI, *op. cit.,* p. 147 s.

rizzo di vita e la conseguente attuazione, la generazione di figli e l'esclusività dei rapporti sessuali.

È dubbio se tra i suddetti indici essenziali vada annoverata anche la coabitazione [107] (eventualmente corroborata dai riscontri anagrafici), come ritenuto da una parte minoritaria della giurisprudenza [108]. Essa infatti non è menzionata dal comma 36 e d'altra parte, come si è detto, la dichiarazione anagrafica di coabitazione prevista dal comma 37 assolve ad una funzione meramente probatoria e dunque non riveste carattere costitutivo. La giurisprudenza più recente ritiene configurabile la convivenza pur in mancanza di coabitazione [109]. Fermo restando che l'esistenza di una dimora comune nella quale la coppia si incontra, anche non regolarmente, è un connotato ricorrente e più funzionale ad assicurare la stabilità dell'unione, non risulta del tutto sconosciuta nella realtà l'esistenza di organizzazioni di vita fondate sulla mutua assistenza, frequenza nei rapporti e comunanza di interessi [110], in cui la coppia preferisca non coabitare, mantenendo residenze separate per ragioni peculiari (si pensi, in particolare, al caso di una coppia che venga da precedenti esperienze matrimoniali o di convivenza, con figli, che preferisca non alterare gli equilibri familiari consolidati andando ad abitare col nuovo *partner*), o addirittura sia impossibilitata a farlo (ad es., nel caso della detenzione). In senso contrario a tale opzione interpretativa non depone la presenza nella l. n. 76 di disposizioni sulla casa di comune residenza (commi 42, 43) le quali dettano un'apposita disciplina per il caso in cui vi sia stata convivenza senza peraltro che in essa debba necessariamente individuarsi un indice essenziale di riconoscibilità della fattispecie [111].

È da considerarsi certamente essenziale, alla luce del dettato del comma 36, il requisito della stabilità del legame, al quale in passato faceva anche ricorrente riferimento la giurisprudenza [112], la cui ricostruzione è tutt'altro che agevole per la sua genericità, il

---

[107] In senso positivo PARADISO, *op. ult. cit.,* p. 482 s. *Contra*, BRIZZOLARI, *Danno da morte del convivente: la coabitazione non è presupposto necessario per ottenere il risarcimento*, in *Familia,* 2018, p. 569 ss.; MAZZARIOL, *Coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una ''convivenza di fatto''*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, I, p. 1946 ss.; TORRONI, *op. cit.,* p. 653 s.

[108] Ad es., App. Bologna, 19 febbraio 2015, in *Banca Dati Pluris*; Trib. Varese, 26 novembre 2010, in *Giur. merito*, 2011, p. 1832.

[109] Cass. 21 gennaio 2011, n. 1410, in *Giust. civ*., 2011, p. 1189; Cass. 21 marzo 2013, n. 7128, in *Danno e resp*., 2013, p. 791; Cass. pen., 16 ottobre 2014 n. 46351, in *Resp. civ.* prev, 2015, p. 636; Cass. 13 aprile 2018, n. 9178, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, I, p. 1242, con nota di Mazzariol e in *Familia,* 2018, p. 563, con nota di Brizzolari; Cass. pen., 18 ottobre 2018, n. 56673; Trib. Lecce, 6 febbraio 2020, cit.

[110] Se ne veda un'esemplificazione in Cass. 17 dicembre 2020, n. 28915.

[111] *Contra,* PARADISO, *op. ult. cit.,* p. 483 s.

[112] Ad es., Trib. Bari, 25 settembre 2012, in *Banca dati Dejure*; Trib. Salerno, 23 marzo 2013, in *Banca*

quale sembrerebbe far pensare ad una durata minima nel tempo la cui determinazione finirebbe con essere rimessa alla discrezionalità del giudice in assenza di alcuna indicazione normativa. Apprezzabile è il tentativo di Paradiso di fornire una lettura più ampia, con la quale si suggerisce di considerare la "solidità" dell'unione sulla base di svariati indici, ivi compreso, eventualmente la sua durata nel tempo, che l'autore individua nella convivenza protrattasi per almeno un anno, facendo riferimento alle ipotesi di sanatoria del matrimonio per il protrarsi della convivenza dopo la celebrazione [113]. Tale indicazione consente di riscontrare il carattere della stabilità del legame anche a prescindere dalla sua durata fondata su scelte significative già adottate, dalle quali desumere la serietà del programma di vita tracciato per il futuro [114] (ad es., la generazione di un figlio, la dichiarazione anagrafica, la stipula di un contratto di convivenza, la ufficializzazione dell'unione nei rapporti familiari e sociali, l'intensità del legame affettivo e di assistenza reciproca già concretamente manifestato [115]).

Sembra opportuno peraltro ribadire che gli indici di riconoscibilità del fenomeno non costituiscono doveri (mi riferisco in particolare all'assistenza morale e materiale ma anche alla contribuzione, al rispetto e alla lealtà reciproca) di cui si possa esigere il rispetto [116]. Riguardo al profilo patrimoniale resta ancora valida la soluzione giurisprudenziale che configura l'adempimento di un dovere *morale e sociale* e dunque di un'obbligazione naturale nella contribuzione volta al soddisfacimento dei bisogni della famiglia [117]; fatta

---

dati Pluris; App. Bologna, 19 febbraio 2015, cit.; Cass. 9 settembre 2015, n. 17856; Cass. 17 febbraio 2016, n. 8401, in *Fam. e dir.,* 2016, p. 625; Cass. 3 novembre 2016, n. 22318, in *Foro it.*, 2017, I, c. 206.; V. anche citaz. a nota 94. Più genericamente fanno riferimento alla rilevanza della durata della comunione di vita Cass. 16 giugno 2014, n. 13654, cit.; Cass. 7 luglio 2011, n. 12278, cit.

[113] *Op. ult. cit*., p. 484 s.

[114] In senso conforme, Trib. Bari, 25 settembre 2012, cit., il quale fa riferimento alle caratteristiche, contenuti e finalit4à del rapporto.

[115] TRIMARCHI, *op. ult. cit.,* p. 866. Per una concreta esemplificazione v. Cass. 13 aprile 2018, n. 9178, cit.

[116] In senso conforme, POLIDORI, *op. cit.,* p. 149; TORRONI, *op. cit.,* p. 652. Non possono pertanto condividersi i tentativi di ricostruire l'esistenza di doveri giuridici fra i conviventi: v. ad es., in tal senso PARADISO, *op. ult. cit.,* p. 487 secondo il quale «nella convivenza devono trovar posto almeno *il rispetto e la lealtà reciproca*, e non solo come elemento o carattere fattuale, ma altresì come precipuo e specifico dovere dei conviventi»; F. ROMEO, *op. cit.,* p. 682, che individua nell'assistenza morale e materiale un preciso dovere dei conviventi e non un dato da cui desumerne l'esistenza; analogamente; BALLARANI, *op. cit.,* p. 646 s., il quale ipotizza anche l'esistenza di un dovere coercibile di contribuzione; RUSCELLO, *La convivenza di fatto,* cit., p. 132 e nota 17 il quale aggiunge a questi, anche i doveri di fedeltà e collaborazione; TRIMARCHI, Affectio *ed unitarietà dei doveri di coppia,* cit., p. 264 ss., il quale considera ad un tempo quelli in questione doveri ma anche elementi identificativi della fattispecie.

[117] V. citaz. a nota 95. Di parere diverso è F. ROMEO, *op. cit.,* p. 480 ss. ma con motivazione che lascia dubbi.

salva naturalmente l'ipotesi in cui un dovere coercibile sia stato introdotto mediante il contratto di convivenza, strumento che consente alle parti di programmare effetti ulteriori rispetto a quelli "minimali" previsti dalla legge (si pensi anche all'adozione del regime di comunione legale) [118].

Riassumendo, mi sembra possibile ribadire, sulla base dei dati normativi volti a regolare la materia, che anche la convivenza costituisce un istituto volto a soddisfare l'esigenza della persona di formare una famiglia mediante una relazione affettiva caratterizzata dalla comunione di vita solidale. Profondamente diversi sono però i caratteri che la contraddistinguono rispetto all'unione fondata sul matrimonio e all'unione civile, pur essendo rimessa alla discrezionalità degli interessati modellarla *in toto* su di esse (a seconda che la convivenza riguardi persone di sesso diverso o del medesimo sesso). Pur tuttavia essa può configurare una forma familiare dai connotati che scontano una certa "debolezza" sotto il profilo della tutela dell'unità della famiglia, dell'uguaglianza e della solidarietà fra i suoi membri non essendo previsti tra i caratteri distintivi essenziali (forse con riferimento ad alcuni aspetti, discutibilmente) l'esclusività sessuale e sentimentale (che tuttavia potrebbe considerarsi compresa nel connotato dell'assistenza [119]), la contribuzione, la collaborazione [120], il rispetto di regole particolari sul governo della famiglia, fatta eccezione naturalmente per l'esercizio della responsabilità genitoriale. Legittimi dubbi possono poi avanzarsi riguardo all'essenzialità della coabitazione. Più limitati sono i diritti spettanti al convivente che collabori nell'impresa familiare. Estremamente modesta è inoltre anche la tutela sotto il profilo successorio, concernente solo il godimento della casa "familiare" per un tempo determinato, e la rilevanza della solidarietà conseguente allo scioglimento dell'unione (di cui si parlerà al § successivo). Debolezza che potrebbe essere attenuata sia ad opera dell'interprete mediante interpretazione estensiva degli indici riguardanti l'assistenza morale e materiale, sia per iniziativa degli interessati mediante la stipula di un patto di convivenza.

A completamento dell'indagine in corso occorre soffermarsi su un ultimo aspetto riguardante la possibilità di riconoscere rilevanza ad una ulteriore figura di convivenza: quella che, pur non rispondendo ai requisiti previsti dalla legge, ne presenta gli stessi indici di riconoscibilità. Segnatamente le convivenze fra minorenni, quelle fra parenti ed

---

[118] Conf., TORRONI, *op. cit.,* p. 673 s.

[119] BALESTRA, *op. ult. cit.,* p. 929.

[120] Verosimilmente in virtù della scelta del legislatore di non considerare famiglia la convivenza: LENTI, *Le convivenze di fatto: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.,* 2016, p. 933.

affini a cui è preclusa inderogabilmente la celebrazione del matrimonio o la costituzione di una unione civile, nonché tra persone ancora vincolate con altre da matrimonio o da unione civile non ancora sciolti. La dottrina si mostra divisa circa la possibilità di riconoscere a queste forme di convivenza la protezione già prevista dalla giurisprudenza e da alcune norme di settore precedentemente all'approvazione della l. 76/2016, ferma restando la negazione delle forme di tutela contemplate da quest'ultima.

Se si accogliesse la soluzione positiva, si profilerebbe l'esistenza di un'ulteriore forma di convivenza a cui verrebbe riconosciuta una tutela più circoscritta. A conforto di tale soluzione deporrebbe la *ratio* della nuova legge di approntare una tutela aggiuntiva rispetto a quella precedente che non ne giustificherebbe una modifica *in peius* per le coppie prive dei connotati da essa previsti [121].

L'argomento sembrerebbe convincente ma verrebbe messo in crisi contestando la fondatezza della *ratio* enunciata. Potrebbe ritenersi infatti che il legislatore ha inteso sì ampliare per un verso la tutela in precedenza prevista ma per altro verso limitarne l'applicazione solo alle coppie che presentano i connotati descritti, le uniche meritevoli di protezione, non considerando tali le convivenze fra stretti congiunti o costituite in violazione della regola generale secondo la quale una persona non può porre in essere contemporaneamente una pluralità di modelli familiari. In questa prospettiva Il legislatore avrebbe dunque legittimamente avocato a sé la decisione di individuare le convivenze meritevoli di tutela da quelle che non lo sono, sottraendola alla valutazione della giurisprudenza. Se così fosse non risulterebbe contraddittoria la conclusione secondo la quale le convivenze che fuoriescono dagli schemi normativi non potrebbero godere della tutela loro riconosciuta in passato.

Il problema, delicato e complesso, richiederebbe approfondimenti che non è possibile sviluppare in questa sede. Può solo osservarsi che la dottrina prevalente ha sin qui privilegiato la soluzione di maggior salvaguardia delle convivenze "atipiche", con conseguen-

---

[121] Per la persistente tutelabilità dei diritti precedentemente riconosciuti dalla giurisprudenza v. per tutti, LENTI, *op. ult. cit.*, p. 932 in quanto i diritti "giurisprudenziali" sono ricavati dai principi generali del sistema che la legge non modifica. In caso contrario, si aprirebbero inoltre rilevanti lacune riguardo a quegli aspetti non disciplinati dalla nuova legge. Analogamente POLIDORI, *op. cit.,* p. 144 (con riferimento al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per uccisione del congiunto). Significativa al riguardo è l'argomentazione proposta da PERFETTI, *op. cit.,* p. 1753 secondo la quale ciò che era considerato nel passato meritevole di tutela non potrebbe successivamente cessare di esserlo. Giustificazione che finisce però col sottrarre al legislatore il potere di intervenire per modificare un'interpretazione giurisprudenziale non rispondente ai valori che si intenderebbe invece promuovere.

te applicazione delle tutele già riconosciute in precedenza [122], senza peraltro preoccuparsi, per quanto mi consta, di verificarne la "tenuta" alla luce della nuova disciplina [123].

5. – La crisi intervenuta in seno alla coppia con conseguente cessazione della convivenza costituisce un evento di primaria importanza perché incide sul progetto iniziale di condurre l'esistenza in comunione di vita, segnandone una battuta di arresto. Tale progetto viene definitivamente meno nel caso di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile (ma anche nel caso di annullamento del vincolo), solo temporaneamente ove intervenga la separazione fra i coniugi (non essendo essa prevista per gli uniti civilmente [124]). Sembrerebbe di conseguenza venire meno (o restare sospesa, a seconda dei casi) ogni pretesa al sostegno solidale che ciascuno dei membri della coppia costituiva per l'altro in costanza di convivenza.

Pur tuttavia se questo effetto è indubitabile sotto il profilo dei rapporti personali non così è a dirsi per quanto riguarda gli aspetti patrimoniali in quanto – come è noto – il giudice può liquidare, in seguito al divorzio o allo scioglimento dell'unione civile, un assegno, in presenza dei presupposti previsti dalla legge, a favore di un coniuge o di uno degli uniti civilmente così come nel caso di separazione o di annullamento del matrimonio, nonché a favore del *partner* ove la convivenza venga meno. Pur essendo diversi, nelle ipotesi menzionate i presupposti, la natura e la durata di tali assegni, essi sembrano però accomunati dal medesimo fondamento di assicurare un sostegno al componente più debole della coppia dal punto di vista economico, a causa degli eventi della vita o per le rinunce compiute nel periodo della convivenza a beneficio dell'altro e della famiglia, delle quali occorre tenere conto al fine di garantire un certo ristoro. Tale scelta trova fondamento nell'esigenza di non cancellare con un tratto di penna il legame passato derivante dall'avere condiviso con l'altro una parte della propria vita spesso caratterizzata da scelte concordate, con una sorta di ultrattività, pur limitata, della solidarietà pregressa

---

[122] Oltre agli autori cit. alla nota precedente, v. E. QUADRI, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: osservazioni (solo) a futura memoria?*, in *Giustizia civile.com*, 2016, p. 930; M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.,* p. 865; F. ROMEO, *op. cit.,* p. 682 s.; COPPOLA, *op. cit.,* p. 643 ss.

[123] Ad es., non si affronta il problema se il danno morale risentito da chi convive al di fuori delle regole (ad es., nel contesto di una convivenza incestuosa o posta in essere in contrasto col vincolo matrimoniale o da unione civile ancora esistente) possa considerarsi meritevole di tutela.

[124] Anche se non sembra potersi escludere una mera separazione di fatto.

(nel passato sintetizzata con l'espressione "solidarietà post-coniugale" che oggi potrebbe forse esprimere con maggior precisione in "solidarietà successiva al venir meno della comunione di vita").

Solidarietà che – come si vedrà – assume connotati diversi a seconda della pregressa forma di unione su cui si fonda, costituiti dai criteri di determinazione dell'importo della prestazione, dalla sua durata e dai presupposti per la concessione. Per individuare tali criteri ci si gioverà essenzialmente dell'applicazione che ne ha dato, nel tempo, la giurisprudenza.

Con riferimento al divorzio è proprio in nome della solidarietà su cui si fonda il matrimonio che la giurisprudenza ha riconosciuto per lungo tempo il diritto del coniuge, privo di *mezzi adeguati* (secondo la formula adottata dall'art. 5, comma 6, l. div.) di ricevere un assegno di importo tale da consentirgli di mantenere il medesimo tenore di vita condotto durante il matrimonio, ove l'altro coniuge fosse in grado di garantirglielo, finendo in tal modo col parificare, inopportunamente, le due situazioni [125]. Contraddizione a cui la Cassazione ha ovviato, con una più soddisfacente correzione di rotta, negli ultimi anni mediante le decisioni 11504/2017 [126] e 18287/2018 [127] (quest'ultima a sezioni unite) con un indubbio ridimensionamento del ruolo riconosciuto alla solidarietà post-coniugale, senza peraltro negarne la rilevanza. Alla luce delle decisioni menzionate, e di quelle successive che ne hanno fatto applicazione [128], emerge infatti come, in base ai criteri previsti dall'art. 5, comma 6 l. div., l'assegno divorzile assuma, ove sussista una disparità economica fra i coniugi [129], una funzione sia assistenziale sia perequativo-compensativa. Solo la prima trova applicazione quando ricorra unicamente la ragione in virtù

---

[125] Per alcune indicazioni riguardo allo sviluppo che le decisioni della Cassazione hanno avuto nel tempo, ci si permette di rinviare a AULETTA, *La lettura della cassazione, prima sezione, sulla natura ed i criteri fissati da S.U. 18287/2018 riguardo all'assegno di divorzio*, in *Familia,* 2020, p. 50 ss.

[126] In *Foro it*., 2017, I, c. 1859, con note di Casaburi, Bona, Mondini; ed *ivi,* c. 2707, con note di Patti e di M. Bianca. Ma la sentenza è stata inoltre pubblicata e commentata in svariate riviste.

[127] In *Familia*, 2018, p. 455 ss., con nota di Patti ma anche questa decisione è stata pubblicata in numerose riviste e commentata da molti autori.

[128] Le quali hanno adattato al caso concreto i principi enunciati dalle Sezioni Unite. V. ad es., Cass. 7 maggio 2019, n. 12021, in *Fam e dir.*, 2019, p. 713; Cass. 9 agosto 2019, n. 21234, in *Familia,* 2020, p. 45, con Commento di T. Auletta; Cass. 30 ottobre 2019, n. 21926, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1174. E, da ultimo, Cass. 9 dicembre 2020, n. 28104; Cass. 17 settembre 2020, n. 19331; Cass. 4 settembre 2020, n. 18522; Cass. 28 febbraio 2020, nn. 5603 e 5605. La giurisprudenza di merito applica i suddetti criteri in maniera costante.

[129] Cass. 23 luglio 2020 n. 15733 e 15734; Cass.,7 ottobre 2019, n. 24935.

della quale l'ex coniuge non sia in grado, con le proprie forze [130], di condurre un tenore di vita dignitoso, tale da consentirgli il soddisfacimento dei bisogni essenziali tenuto conto delle peculiarità della persona (sempre che l'altro sia in condizione di assicurare detto contributo) [131]. Non ne è prevista una durata limitata nel tempo, salvo che l'avente diritto abbia contratto nuove nozze o unione civile nonché, secondo l'interpretazione della giurisprudenza più recente, per l'instaurarsi di una convivenza [132], a prescindere dalla condizione economica in cui versi [133]. Pertanto nulla può pretendere l'ex coniuge che abbia risorse adeguate a condurre un tenore di vita dignitoso ove non sussistano i presupposti per applicare anche il criterio perequativo-compensativo.

L'assegno può eccedere il suddetto fine e l'importo idoneo a conseguirlo quando occorre anche compensare il coniuge richiedente, economicamente più debole, per il particolare contributo fornito alla formazione del patrimonio comune o di quello dell'obbligato, ovvero se egli si sia dedicato, al di là del dovuto ed in seguito ad una decisione concertata, al lavoro domestico o prestato comunque a beneficio della famiglia, con conseguenti rinunce che ne hanno limitato l'attività lavorativa e quindi le prospettive di guadagno da essa derivante, le quali hanno inciso sulla sua posizione economica al momento del divorzio (criterio perequativo-compensativo).

Entrambi i criteri trovano fondamento nella solidarietà che residua dopo lo scioglimento del vincolo matrimoniale (ma i medesimi principi si applicano agli uniti civilmente essendo coincidente la disciplina in materia) [134]. Il primo, per l'evidente ragione che

---

[130] Vale a dire, tenuto conto dei propri redditi, delle altre sostanze e della capacità lavorativa valutata in concreto (in base all'età, allo stato di salute, alla situazione del mercato del lavoro, agli oneri familiari ancora esistenti).

[131] V. ad es., Cass. 9 settembre 2020, n. 18681; Cass. 7 ottobre 2019, n. 24935 nella quale si afferma «la imprescindibile finalità assistenziale dell'assegno, con la quale *può* concorrere, in determinati casi, quella compensativa».

[132] V. ad es., tra le più recenti Cass. 17 dicembre 2020, n. 28915, cit.; Cass. 16 ottobre 2020, n. 22604; Trib. Imperia, 7 aprile 2020, in *Banca dati Dejure*; Cass. 28 febbraio 2020, n. 5606, in *Guida al dir.*, 2020, 22, p. 85; App. Milano, 7 gennaio 2020, in *Banca dati Dejure;* Trib. Salerno, 3 gennaio 2020, *ivi*; Cass. 12 novembre 2019, n. 29317; Trib. Torre Annunziata, 8 maggio 2019, in *Familia,* 2020, p. 85; Cass. 28 febbraio 2019, n. 5974; Cass. 10 gennaio 2019, n. 406; Cass. 5 febbraio 2018, n. 2732. Indirizzo posto peraltro in discussione di recente da Cass. 17 dicembre 2020, n. 28995 la quale ha rimesso alle Sezioni Unite la valutazione sulla ragionelezza della soluzione alla luce della funzione non solo assistenziale ma anche perequativo-compensativa dell'assegno.

[133] Cass. 11 agosto 2011, n. 17195, in *Fam. e dir.,* 2012, p. 25; Trib. Torino, 1° dicembre 2011, in *Nuova giur.civ. comm.,* 2012, I, p. 518; Trib. Milano, 6 febbraio 2012 e Trib. Roma, 17 febbraio 2012, in *Banca dati Pluris*; Cass. 18 novembre 2013, n. 25845.

[134] V. in tal senso Cass. 23 luglio 2020, nn. 15773 e 1774.

altrimenti l'ex-coniuge potrebbe solo contare sul sostegno economico offerto eventualmente da altri familiari pesando comunque su di essi e, in mancanza di tale possibilità, rischiando di trovarsi in situazione di assoluta indigenza. Soluzione questa certamente inaccettabile, anche in presenza di un rapporto di breve durata, per l'affidamento derivante dal vincolo contratto [135]. Ma anche il criterio perequativo-compensativo trova analogo fondamento, sia pure per ragioni diverse. Infatti sono pur sempre da ricondurre alla solidarietà le scelte che hanno portato un coniuge (o l'unito civilmente) a fornire un contributo tale da favorire l'accrescimento del patrimonio dell'altro o di quello comune oppure quelle compiute, di comune accordo, per assicurare il miglior andamento della famiglia, che lo hanno indotto a sacrificare, in tutto o in parte, le sue aspettative economiche. Sacrifici che devono pertanto essere compensati proprio in virtù della solidarietà caratterizzante il vincolo, i cui effetti devono farsi sentire anche dopo lo scioglimento.

Sul medesimo principio di solidarietà successiva alla convivenza si fonda il diritto del titolare dell'assegno, di ricevere in tutto o in parte la pensione di riversibilità dovuta in seguito alla morte dell'altro, principio che fa sentire la propria influenza anche oltre la conclusione della vita del titolare, consentendo, nonostante tale evenienza, di non fare far venire meno il sostegno economico in atto [136].

La solidarietà suddetta sembrerebbe manifestarsi in maniera differente rispetto al caso menzionato quando si verifica la separazione, verosimilmente perché il vincolo, pur in crisi, è ancora in vita. Secondo costante giurisprudenza infatti il coniuge a cui la stessa non sia stata addebitata, se non è in grado con le proprie forze («privo di adeguati redditi propri», recita l'art. 156 cod. civ.) di conservare il tenore di vita condotto durante la convivenza matrimoniale [137] o potenzialmente fruibile sulla base delle risorse disponibili [138],

---

[135] Essa legittima una riduzione dell'assegno, come giustamente sostenuto da Cass. 22 marzo 2013, n. 7292, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1464 (in quanto, in mancanza di figli, difficilmente il contributo fornito dal richiedente può assumere quel particolare rilievo al cospetto di una durata estremamente breve dell'unione), ma non la totale negazione, come affermato, da ultimo, Cass. 10 aprile 2019, n. 10084, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 566, in quanto essa si pone in contrasto con la natura assistenziale dell'assegno.

[136] Per tale ragione Cass. 28 settembre 2020, n. 20477, ha escluso che la pensione sia dovuta ove l'assegno divorzile fosse stato fissato in misura meramente simbolica. A parte tale ipotesi, non è escluso peraltro che l'importo della pensione possa superare quello dell'assegno prestato prima della morte dall'obbligato.

[137] Giurisprudenza consolidata: da ultimo v. Cass. 26 giugno 2019, n. 17098, in Giur. it., 2020, 2425, con nota di Spangaro; Cass. 16 maggio 2017, n. 12196, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1859. Riguardo alla giurisprudenza di merito, App. Venezia, 9 aprile 2020; App. Milano, 2 marzo 2020; Trib. Vicenza, 20 febbraio 2020, tutte in *Banca dati Dejure*. Tuttavia Cass. 7 luglio 2008, n. 18613, in *Giust. civ.,* 2009, I, p. 1017 precisa che l'ammontare dell'assegno non deve essere tale da consentire *atti di spreco o di inutile prodigalità del suo destinatario*.

ha diritto a ricevere dall'altro, che sia in grado di prestarlo, un assegno di mantenimento di importo adeguato al raggiungimento di tale obbiettivo. Le rispettive condizioni economiche degli sposi sembrano dunque costituire gli unici parametri di riferimento al riguardo, fermo restando peraltro che al coniuge economicamente più debole cui sia stata addebitata la separazione spettano invece solo gli alimenti. Nel silenzio normativo, generalmente irrilevante si considerano la durata della convivenza nel corso del matrimonio [139] e il configurarsi o meno di un particolare contributo fornito dall'avente diritto alla formazione del patrimonio dell'altro o di quello comune, nonché dei sacrifici compiuti a beneficio della famiglia che hanno inciso sulle sue prospettive di guadagno. In virtù dei criteri suddetti la solidarietà si manifesterebbe in maniera più intensa a vantaggio del richiedente rispetto al caso del divorzio in quanto il diritto del coniuge più debole a godere del tenore di vita matrimoniale verrebbe comunque garantito anche in assenza dei sacrifici o del suddetto particolare contributo.

È da aggiungere, consolidando tale assunto, che secondo la giurisprudenza il coniuge già dedito al lavoro domestico ha diritto di mantenere tale assetto anche durante la separazione perché l'altro coniuge – se ne è in grado – dovrebbe garantirgli non solo lo stesso tenore ma anche lo stesso andamento di vita [140].

Le soluzioni menzionate contribuiscono a configurare un complesso di tutele che si traduce di fatto, paradossalmente, nell'estendere (se non addirittura con l'ampliare in alcuni casi l'incidenza del)la solidarietà caratterizzante la comunione di vita (e la relativa organizzazione) all'ipotesi in cui quest'ultima è venuta meno, fermo restando che può apparire ragionevole diversificare, in certa misura, la protezione spettante al coniuge ancora unito in matrimonio anche se non più convivente da quella del divorziato.

Un ridimensionamento del quadro delineato è dato cogliere in un recente, ma sin qui isolato, arresto della Cassazione [141] il quale, alla stregua di quanto stabilito per l'assegno

---

[138] V., ad es., Cass. 25 agosto 2006, n. 18547; Cass. 5 luglio 2006, n. 15326, in *Fam. e dir.,* 2007, p. 232; Cass. 3 ottobre 2005, n. 19291, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1362; Cass. 19 novembre 2003, n. 17537, in *Dir. fam. e pers.,* 2004, p. 425; Cass. 28 settembre 2001, n. 12136, in *Fam. e dir.,* 2002, p. 271; Cass. 4 aprile 1998, n. 3490, in *Giur. it.*, 1999, p. 729; Cass. 26 novembre 1996, n. 10465; Cass. 18 agosto 1994, n. 7437, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1995, I, p. 551.

[139] Cass. 18 gennaio 2017, n. 1162; Cass. 8 febbraio 2006, n. 2818; Cass. 16 dicembre 2004, n. 23378, in *Fam. e dir.,* 2005, p. 127; Cass. 22 ottobre 2004, n. 20638; Cass. 19 novembre 2003, n. 17537. Fatto salvo il caso in cui essa non sia mai stata attuata: da ultimo, Cass. 10 gennaio 2018, n. 402.

[140] Così, ad es., Cass. 29 luglio 2011, n. 16736, in *Giust. civ.,* 2012, I, p. 729; Cass. 2 luglio 2004, n. 12121, in *Guida al dir.,* 2004, 30, p. 50; Cass. 19 marzo 2004, n. 5555, in *Dir. fam. e pers.*, 2004, p. 343; Cass. 7 marzo 2001, n. 3291, in *Fam. e dir.,* 2001, p. 608.

[141] 19 giugno 2019, n. 16405, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, p. 1172.

divorzile, nega al coniuge separato il diritto di godere comunque del tenore di vita matrimoniale (anche se l'altro coniuge sarebbe in grado di assicurarglielo), bensì di un tenore di vita adeguato rispetto al contributo fornito alla vita familiare, soluzione adottata peraltro con riferimento ad un matrimonio di breve durata. La via additata appare meritevole di ulteriori sviluppi per giungere ad un parziale ridimensionamento della tutela sin qui garantita al coniuge economicamente più debole, giustificato per il fatto che, venuta meno la comunione di vita e mutata l'organizzazione della vita familiare, non vi è spazio per una pretesa alla liquidazione di un assegno di importo tale da consentire la conservazione del tenore di vita pregresso, bensì una certa agiatezza (dai connotati superiori a quelli propri del tenore di vita alimentare) tenuto conto che il vincolo che lega i coniugi è ancora in vita. Peraltro la liquidazione di un importo superiore, che consenta eventualmente di godere del tenore di vita pregresso, potrebbe giustificarsi sulla base del particolare contributo fornito dall'avente diritto alla formazione del patrimonio comune o di quello dell'altro coniuge, nonché dalla riduzione delle prospettive di guadagno in conseguenza della particolare dedizione alla famiglia (e per il particolare impegno richiesto in futuro per la cura della prole).

La solidarietà che residua dopo la cessazione della comunione di vita non giustifica poi di certo la liquidazione di un assegno che consenta addirittura di godere di un tenore di vita più elevato rispetto a quello condotto durante la vita matrimoniale, effetto a cui potrebbe pervenirsi facendo riferimento al c.d. tenore di vita potenziale; ugualmente scarsamente fondato è l'assunto secondo il quale il coniuge separato sia esentato dalla attività lavorativa, pur essendo in grado di svolgerla, se durante la vita matrimoniale si era dedicato all'attività domestica. I nuovi assetti della vita familiare giustificano infatti una riconsiderazione del ruolo un tempo ricoperto dal coniuge casalingo esigendo che si tenga conto della effettiva possibilità di quest'ultimo di inserirsi (o reinserirsi) nel mondo del lavoro in base al c.d. criterio di autoresponsabilità adottato di recente Cassazione in occasione del divorzio. In tal caso il diritto a ricevere l'assegno viene meno. Come si è detto a proposito dell'assegno divorzile, anche l'assegno di mantenimento viene meno, secondo la giurisprudenza [142], se l'avente diritto dà vita ad una famiglia di fatto.

L'incidenza della solidarietà che sopravvive alla crisi della coppia subisce invece un notevole ridimensionamento nel caso in cui a carico del coniuge avente diritto al soste-

[142] V., tra le più recenti, Trib. Verbania, 6 novembre 2020, in *Banca dati Dejure*. Trib. Torre Annunziata, 8 maggio 2019, in *Familia*, 2020, p. 85; Trib. Bari, 7 febbraio 2019, in *Banca dati Dejure*; Trib. L'Aquila, 18 gennaio 2019, *ivi*; Cass. 19 dicembre 2018, n. 32871; Cass. 27 giugno 2018 n. 16982, in *Guida al dir.*, 2018, 31, p. 59; Trib. Ancona, 21 maggio 2018; Cass. 9 settembre 2015, n. 17856.

gno economico sia stata addebitata la separazione. Egli infatti, proprio in virtù della sua condotta, potrà contare solo sulla liquidazione di un assegno di natura alimentare, volto cioè ad assicurargli una vita dignitosa. Detta solidarietà ha il sopravvento però, secondo la valutazione del legislatore, su quella dovuta dagli altri familiari, onde l'ex coniuge viene collocato in cima all'elenco dei familiari obbligati, secondo solo al donatario (art. 433 cod. civ.).

Ugualmente alla solidarietà che permane oltre l'estinzione della comunione di vita è ricollegabile l'assegno previsto dall'art. 129 cod. civ. per il caso di annullamento del matrimonio o dell'unione civile (in forza del richiamo operato dal comma 5 della l. 76/2016). Ciò sta a testimoniarne la rilevanza anche rispetto ad un vincolo viziato da una causa di invalidità, purché sussista la buona fede dei coniugi. Esso è a tutti gli effetti un assegno di mantenimento il quale tende a garantire un tenore di vita non dissimile da quello goduto durante il matrimonio, alla luce dei criteri in precedenza indicati per l'assegno dovuto in seguito alla separazione senza addebito. Se ne differenzia tuttavia per la durata temporanea (massimo un triennio), a prescindere dalla durata del matrimonio. Per tale ragione la tutela assicurata è indubbiamente inferiore a quella degli assegni esaminati in precedenza che presuppongono la validità del vincolo la quale fa invece difetto in questa ipotesi. Per attenuare tale aspetto sfavorevole per l'avente diritto la giurisprudenza ritiene che, passata in giudicato la sentenza di divorzio con liquidazione del relativo assegno, il sopravvenuto annullamento del matrimonio concordatario non impedisce la delibazione della relativa sentenza, senza tuttavia provocare l'estinzione dell'assegno divorzile [143].

Occorre considerare infine il modo in cui la solidarietà si manifesta nel caso di estinzione della convivenza della coppia non fondata sul matrimonio o sull'unione civile. Prima dell'approvazione della l. 76/2016 essa risultava del tutto priva di incidenza in quanto nulla era dovuto al *partner* più debole economicamente in tale circostanza, per mancanza di una previsione normativa che riconoscesse forme di tutela a suo favore, né

[143] Cfr. ad es., Cass. 18 settembre 2013, n. 21331, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, p. 111; Cass. 3 giugno 2009, n. 12982, in *Guida al dir.*, 2009, 26, p. 44; Cass. 4 marzo 2005, n. 4795, in *Giur. it.,* 2005, p. 2051; Cass. 23 marzo 2001, n. 4202, in *Familia*, 2001, p. 861. La soluzione è stata applicata persino in casi in cui il giudizio sulle questioni patrimoniali fosse ancora in corso, mentre lo scioglimento del matrimonio era già stato pronunziato in via definitiva. Ma in senso contrario, Cass. 23 gennaio 2019, n. 1882, in *Fam. e dir.,* 2019, p. 771. Per risolvere il contrasto insorto in seno alla Corte, Cass. 25 febbraio 2020, n. 5078, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, I, p. 867 ss., con commento di MARINO (*Le sezioni unite chiamate a pronunciarsi sul rapporto tra giudicato di divorzio e delibazione delle sentenze ecclesiastiche*) ha richiesto al primo presidente l'intervento delle Sezioni Unite. Nel commento alla sentenza ampi ragguagli sull'argomento.

la giurisprudenza aveva ritenuto di poterle desumere in via interpretativa. Soluzione di dubbia equità perché finiva col penalizzare il convivente che si fosse venuto a trovare in situazione di bisogno per il venir meno della (spontanea) contribuzione caratterizzante la comunione di vita (ricompresa dalla giurisprudenza fra gli indici identificativi del fenomeno) ma, nella visione del legislatore, giustificata dalla scelta secondo la quale le parti, nell'optare per la convivenza, non avevano voluto assumere alcun obbligo giuridico.

Una parziale inversione di rotta è contenuta nella nuova normativa del 2016 la quale, pur non disconoscendo in linea di principio la libertà di autodeterminazione dei conviventi, vi ha posto un limite proprio in forza della solidarietà derivante dall'avere la coppia comunque dato vita ad un rapporto familiare. In questa prospettiva il comma 65 prevede la possibilità che, su richiesta del convivente in situazione di bisogno, il giudice liquidi a suo favore un assegno, di natura alimentare, per una durata proporzionale al periodo della convivenza [144], sempre che l'obbligato sia in grado di prestarlo. Questi però viene collocato agli ultimi posti nella graduatoria degli obbligati, con precedenza solo rispetto ai fratelli e le sorelle. Dalla soluzione emerge chiaramente la differenza di trattamento rispetto alla posizione riservata al coniuge e all'unito civilmente, con la conseguente più debole rilevanza della solidarietà successiva al venir meno della comunione di vita. Esso però rappresenta pur sempre un progresso rispetto al passato. A differenza dei primi, l'assegno non è perpetuo ma – condivisibilmente – legato alla durata della convivenza. In virtù della sua natura esso è destinato a sopperire alla situazione del convivente che non sia in grado di condurre un tenore di vita dignitoso, soluzione anche questa che appare equilibrata. Non altrettanto è a dirsi riguardo al posizionamento del *partner*, tenuto alla corresponsione, nell'ambito della graduatoria degli obbligati al di sotto degli altri familiari ad eccezioni di fratelli e sorelle. Proprio in virtù della solidarietà che si fonda sulla passata comunione di vita egli dovrebbe precedere gli altri familiari (figli, discendenti, genitori, ascendenti, affini) [145]. Probabilmente opportuno sarebbe stato inoltre, sempre in virtù del principio solidaristico, che nel determinare l'importo dell'assegno fosse espressamente consentito al giudice tenere conto del contributo eventualmente fornito dal richiedente alla formazione del patrimonio dell'obbligato e dei sacrifici

[144] Espressione da intendersi nel senso che, perdurando i presupposti richiesti (stato di bisogno del richiedente e sostenibilità da parte dell'obbligato) l'assegno dovrà protrarsi per il medesimo periodo di durata della convivenza. Ma diversamente, Trib. Savona 6 maggio2020, in *Banca dati Foro it.*, ha disposto la durata dell'assegno per cinque anni in un'ipotesi in cui la convivenza si era protratta per circa nove anni.

[145] È del medesimo avviso anche PARADISO, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell'obbligo alimentare,* in *Familia*, 2017, p. 293.

economici subiti in seguito a scelte concordate nell'assunzione di maggiori oneri in vista della determinazione dell'assetto del *ménage* familiare. Soluzione questa che Paradiso ritiene perseguibile, in via interpretativa, tenendo conto «della profonda diversità che intercorre tra un 'generico' obbligo alimentare e un dovere di solidarietà che si innesta su una pregressa relazione di tipo coniugale», quale conseguenza logica di quest'ultimo [146]. Come detto, pur condividendo le ragioni per garantire al convivente una (eventuale) tutela di maggior spessore rispetto alla comune prestazione alimentare, dubito che ciò sia possibile in via interpretativa e non occorra piuttosto una modifica normativa; infatti, per sua natura, l'assegno alimentare ha solo funzione assistenziale e non anche compensativa, come avverrebbe in questo caso, né ai fini della determinazione del suo importo rileva la condizione economica dell'avente diritto precedentemente all'insorgenza dello stato di bisogno. Si rischierebbe pertanto di costruire altrimenti un istituto "parallelo" dalle caratteristiche diverse rispetto a quello esistente.

È da osservare tuttavia che un risultato siffatto, pur non scaturendo direttamente dalla legge, è perseguibile mediante il contratto di convivenza, il quale può contenere disposizioni volte a disciplinare i rapporti fra le parti durante il periodo della convivenza ma anche quelli riguardanti il periodo successivo al suo scioglimento [147], ampliando in tal modo il ruolo riconosciuto alla solidarietà all'interno della relazione di coppia.

---

[146] PARADISO, *op. ult. cit.,* p. 293 ss.

[147] In maniera conforme, v., ad es., AMADIO, *op. cit*., p. 1770; PUGLISI, *La cessazione della convivenza e il diritto agli alimenti*, in *Questa rivista,* 2018, p. 818; RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, p. 28 ss.; TORRONI, *op. cit.,* p. 676 s. *Contra* TASSINARI, *op. cit*., p. 1741 in base ad un'interpretazione restrittiva del sintagma «vita in comune» che non mi sembra da condividere. Ostacolo in tal senso non è certamente rappresentato dalla previsione secondo la quale il contratto può sciogliersi per recesso unilaterale, in quanto in seguito al medesimo non vengono meno le obbligazioni già assunte e tali devono considerarsi quelle conseguenti allo scioglimento dell'unione contemplate nell'accordo o l'inapponibilità al contratto di termini o condizioni, divieto riferito all'intero contratto e non, in linea di principio, alle singole disposizioni. Di converso a favore dell'ammissibilità di obbligazioni nascenti dallo scioglimento della convivenza depone il fatto che già in passato la dottrina le considerava senz'altro ammissibili né sussisterebbero ragioni di sorta, in considerazione delle regole sull'autonomia negoziale, per introdurre tali limitazioni: v. in proposito VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1332 e relative citaz. alla nota 50, nonché p. 1352.

JUS CIVILE

ENRICO QUADRI

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto privato – Università di Napoli Federico II

GLI EFFETTI ECONOMICI DELLE CRISI CONIUGALI *

SOMMARIO: *1. Premessa. Intervento giudiziale in tema di assegno di divorzio ed esigenze di riforma in materia di rapporti patrimoniali nella famiglia. – 2. Principio costituzionale di parità e rapporti patrimoniali nella famiglia. – 3. Il sistema complessivo dei rapporti patrimoniali nella famiglia e le sue criticità. – 4. Possibili rimedi tra principio contributivo e regime patrimoniale. – 5. Crisi familiare e autonomia degli interessati in campo patrimoniale. – 6. Assetti economici conseguenti alla crisi familiare e salvaguardia della parità delle parti. – 7. Oltre l'attuale disciplina?*

1. – L'attualità della tematica che questo corso propone come oggetto di riflessione emerge a tutto tondo dalla lettura delle indicazioni programmatiche offerte nella sua "Presentazione". Traspare da esse, infatti, la consapevolezza del fermento giurisprudenziale che caratterizza, da qualche tempo, nel fruttuoso dialogo tra i giudici di legittimità e di merito, la materia degli aspetti patrimoniali della famiglia. Un fermento di cui, invero, le indicazioni in questione finiscono col far cogliere, sia pure in filigrana, le reali motivazioni, laddove, nel rapportare l'intensa opera della giurisprudenza al contesto normativo, da una parte, non si manca di accennare espressamente a talune sue possibili prospettive *de iure condendo*; dall'altra, si evidenziano le tensioni sistematiche innescate dalle ancora recenti svolte legislative che hanno inciso sulla conformazione stessa della fenomenologia familiare.

In effetti, circa l'urgenza di ragionare sul tema, non si può fare a meno, in via preliminare, di sottolineare come, a fronte dell'impetuoso vento di riforma che ha investito la generalità delle altre problematiche familiari, sembri fare singolare contrasto la sostan-

* Il presente scritto si ricollega alla relazione introduttiva della prima sessione del corso "Il punto sugli aspetti patrimoniali del diritto di famiglia", Scuola Superiore della Magistratura, Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione, 15-17 settembre 2021. Esso è amichevolmente dedicato a Michele Sesta.

ziale staticità del quadro che l'ordinamento offre con riguardo, appunto, al regime dei rapporti patrimoniali nella famiglia. Qui il tempo sembra essersi fermato e, nonostante i diversi decenni trascorsi dalla riforma del diritto di famiglia e da quella del divorzio, assordante è stato il silenzio del legislatore, ogni anelito di cambiamento in materia essendo restato confinato, appunto, al solo intervento giurisprudenziale.

Certo, interventi come quello delle Sezioni Unite con la sua sentenza n. 18287 del luglio 2018 in tema di assegno divorzile, con il loro spessore sistematico, possono indubbiamente contribuire a soddisfare – anche attraverso gli sviluppi delle relative direttive di fondo e le precisazioni da parte della successiva giurisprudenza (e si ricordino, in particolare, le significative indicazioni contenute nella corposa ordinanza n. 21926/2019, che della decisione delle Sezioni Unite ha costituito una sorta di interpretazione autentica) – quell'esigenza di, almeno tendenziale, certezza, la quale, non pare quasi il caso di sottolinearlo neppure, particolarmente avvertita si presenta quando in gioco sono relazioni, come quelle familiari, in cui gli aspetti economici intersecano inevitabilmente quelli di carattere personale, spesso condizionandone, addirittura, gli sviluppi. Ma i limiti pur sempre connaturati allo strumento giudiziale, in quanto comunque esposto a instabilità, oltre che, in ogni caso, inevitabilmente destinato a muoversi nel contesto normativo vigente, sembrano investire ormai da tempo il legislatore della necessità di un articolato intervento in materia, tale, cioè, da rimediare alle criticità sin qui emerse, sempre nel quadro di un tessuto normativo complessivamente coerente e tale da mettere in grado chi è chiamato a confrontarsi con la realtà dei rapporti interpersonali di adeguarsi – con i minori margini possibili di incertezza – alle istanze provenienti dalla società.

Del resto, anche solo per limitare l'orizzonte alla specifica problematica dell'assegno di divorzio, un simile intervento legislativo sembra ora presentarsi massimamente auspicabile, soprattutto per consolidare durevolmente – almeno, ovviamente, ove se ne condivida obiettivi e linee di fondo, come risulta effettivamente fare il testo di riforma della materia già approvato dalla Camera dei deputati il 14 maggio 2019, a seguito della discussione concernente la p.d.l. n. 506 della XVIII legislatura – gli approdi esegetici delle Sezioni Unite, contro i tentativi di relativo ridimensionamento emergenti da talune successive discutibili prese di posizione all'interno della prima sezione della Cassazione, tendenti a fare surrettiziamente rivivere proprio la sostanza della impostazione delineata nella decisione n. 11504/2017, fermamente contrastata nel contesto della ricostruzione offerta dalle Sezioni Unite, col travisarne, in buona sostanza, il senso e la portata. Prese di posizione – riferibili a diverse ordinanze, in particolare da quelle nn. 21234 e 24935/2019, a quelle nn. 22537 e 24250/2021 – le quali, proprio per un simile solo affermato ossequio

alle Sezioni Unite, non mancano, oltretutto, di porre inquietanti interrogativi sotto il profilo giudiziario-istituzionale, evidentemente alla luce del disatteso meccanismo di composizione dei conflitti nomofilattici di cui all'art. 374, comma 3, cod. proc. civ.

Non è difficile puntualizzare quale sia il pregio principale della ricordata decisione delle Sezioni Unite, che finisce, nel renderla vera e propria pietra di paragone per i successivi interventi giurisprudenziali in ordine ad ogni ulteriore problematica legata ai riflessi economici della crisi familiare (e si pensi anche solo ai dubbi palesati nell'ordinanza interlocutoria n. 28995/2020, su si ritornerà nel paragrafo conclusivo delle presenti considerazioni), col far emergere, al contempo, i limiti della relativa disciplina attuale. Tale pregio, invero, sembra consistere nella consapevolezza che la soluzione della questione destinata ad essere più immediatamente investita non possa essere individuata prescindendo dal relativo inquadramento sistematico in quel contesto disciplinare complessivo delle relazioni patrimoniali nella famiglia, le cui linee l'interprete è chiamato a definire – nel quadro normativo vigente, ma anche nella prospettiva di sue possibili coerenti evoluzioni – alla luce dei principi e dei valori fondamentali governanti l'istituzione familiare nel nostro ordinamento.

Proprio nell'ampia articolazione della loro motivazione, le Sezioni Unite, allora, sembrano confermare quella che dev'essere assunta quale premessa imprescindibile di ogni intervento in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia, almeno ove intenda presentarsi come ragionevole e accettabile sul piano sistematico. La constatazione, cioè, secondo cui, individuato, al riguardo, nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, un obiettivo da considerarsi meritevole di realizzazione, evidentemente alla luce della tavola di valori fissata nella Costituzione in materia di relazioni familiari, al relativo perseguimento risultino destinati a giocare, in un così intimo intreccio che finisce col renderli interdipendenti, il regime patrimoniale operante nella fase fisiologica della convivenza, nella sua articolazione di derogabilità ed inderogabilità, e la regolamentazione dei rapporti economici in dipendenza della crisi familiare.

Regolamentazione, quest'ultima, pare pure il caso di ricordarlo fin dall'inizio, nel nostro ordinamento resa tuttora assai più complicata che altrove, in dipendenza della persistente caratterizzazione, per così dire, "a doppio binario", della (ancora) vigente gestione normativa complessiva della crisi familiare, con il ruolo e la considerazione persistentemente riconosciuti alla separazione personale: istituto divenuto, invero, nel suo semisecolare relazionarsi con quello del divorzio, a dir poco di perplessa definizione funzionale e di (inevitabilmente) incerta collocazione sistematica, così da innescare quelle difficoltà, nella delineazione dello strumentario destinato a governare gli assetti economici post-

coniugali, di cui la stessa già ricordata "Presentazione" del corso, appunto, non manca di prendere atto, quando accenna al sempre più – e si vedano, ad esempio, le conclusioni dell'ordinanza n. 17098/2019 – problematico rapporto tra l'assegno di separazione e l'assegno di divorzio (ma, forse, sarebbe preferibile senz'altro dire tra il regime economico conseguente alla separazione e quello tendente alla finale definizione, in sede di divorzio, della relazione economica tra i coniugi).

2. – Ogni riflessione circa gli obiettivi complessivamente da perseguire in materia di rapporti patrimoniali nella famiglia pare dover muovere dal richiamo delle finalità della riforma del 1975, quali identificate dalla Corte costituzionale nella fase conclusiva della sua elaborazione (n. 187/1974). Il compito del legislatore veniva con chiarezza individuato nella necessità di "procedere ad una piena attuazione del principio costituzionale della parità giuridica dei coniugi anche sotto il profilo dei rapporti patrimoniali".

Di conseguenza, il valore da tenere sempre presente come fondamentale non può che essere quello, scolpito nell'art. 29 Cost., della "eguaglianza dei coniugi", evidentemente da attualizzare promuovendo una loro piena e sostanziale parità anche sotto il profilo economico, a salvaguardia di un effettivo rispetto della dignità di entrambi. E, al riguardo, non si può fare a meno di rilevare, da una parte, come quasi ovunque sia stata proprio l'esigenza di realizzare una sempre più piena eguaglianza tra i coniugi a propiziare la ridefinizione, sul piano giuridico, degli assetti patrimoniali della famiglia; dall'altra, come sembri sostanzialmente pacifico che ciò irrinunciabilmente comporti – quale indefettibile riflesso di quell'integrazione delle sfere esistenziali che rappresenta l'essenza stessa del fenomeno matrimoniale – la necessità di assicurare reciprocamente alle parti un'adeguata partecipazione a quanto complessivamente costruito insieme, dal punto di vista economico, durante la realizzata comunità di vita.

Né può ritenersi affermazione azzardata quella secondo cui sarebbe consentito rilevare, negli ordinamenti a noi vicini, una diffusa tendenza a dare risalto ad una simile istanza partecipativa e perequativa. Sono state le stesse Sezioni Unite ad individuare una simile tendenza, proprio quale espressione di una diffusamente ricercata "pari dignità degli ex coniugi": con ciò lasciando intendere come il relativo obiettivo sia da realizzare quale risultato finale dell'accennato intreccio dell'operatività del regime patrimoniale matrimoniale e di quello post-matrimoniale, in una prospettiva complessivamente realizzativa – appunto attraverso la valorizzazione della "preminenza della funzione perequativa" – dei valori individuabili alla luce di una combinata lettura "degli artt. 2, 3, 29" della nostra Costituzione.

Non appare difficile cogliere il senso di un simile intreccio di operatività tra regime patrimoniale matrimoniale e regime economico post-matrimoniale. In effetti, risulta chiaro, in proposito, come ogni carente funzionamento del regime patrimoniale durante la fase fisiologica della convivenza, sotto quel punto di vista perequativo che rappresenta, come dianzi evidenziato, la via obbligata alla parità, finisca col proiettare inevitabilmente il soddisfacimento della relativa istanza sul piano dei meccanismi concernenti la definizione degli assetti economici in occasione della crisi familiare.

Insomma, l'esigenza è quella di dar vita ad un sistema complessivo che, per assicurare la realizzazione dell'obiettivo dell'effettiva eguaglianza degli interessati, tenda ad equilibrare l'indiscutibilmente sempre più avvertito valore della libertà, da garantire anche nella sua più estrema prospettiva – su cui, ormai da tempo, non manca di convenire anche la giurisprudenza, con l'alludere al "diritto" di ciascun coniuge ad "interrompere la convivenza" (secondo le conclusioni di Cass. n. 21099/2007) – della discrezionale risolubilità unilaterale della relazione di vita, con quelli di condivisione, responsabilità e solidarietà, che sembrano imporre, appunto, un adeguato rispetto e riconoscimento delle aspettative economiche maturate da ciascuna delle parti sulla base del contributo concretamente prestato alla compagine familiare ed al relativo benessere. E le Sezioni Unite sembrano ora cogliere pienamente il senso di ciò, quando – integrando qui le conclusioni della loro decisione del 2018 con quelle di un'altra, pure ancora recente (n. 16379/2014) – evidenziano come il costituire i concreti assetti familiari "frutto di scelte comuni fondate sull'autodeterminazione e sull'autoresponsabilità di entrambi i coniugi", tali da imprimere alle loro "condizioni personali ed economiche un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile", renda il vissuto rapporto di vita comune fonte di "diritti inderogabili", di "aspettative legittime" e di "legittimi affidamenti".

Del resto, solo ad un osservatore superficiale potrebbe sembrare che la rilevanza che tende, così, ad essere conferita al profilo perequativo-compensativo e partecipativo nella configurazione del regime patrimoniale, anche – e forse soprattutto – ai fini della disciplina delle conseguenze della crisi familiare, si ponga in contrasto con l'allentamento del vincolo, in atto da noi come altrove. Infatti, è da ritenere che una simile conformazione in senso perequativo-compensativo e partecipativo delle dinamiche patrimoniali della famiglia finisca, anzi, con l'assumere, in una prospettiva di salvaguardia dell'eguale dignità di ciascuna delle parti, una significativa portata di opportuno bilanciamento dell'accennata facoltà accordata anche solo ad una di esse di interrompere definitivamente la comunità di vita familiare, almeno in presenza di una pregressa ef-

fettivamente realizzata reale interdipendenza delle relative sfere personali e patrimoniali.

Di notevole rilevanza risulta il contributo sistematico offerto dalle Sezioni Unite nel 2018 alla definizione del quadro dei principi fondamentali destinati a governare i rapporti patrimoniali nella famiglia.

In particolare, pare meritevole di segnalazione il tentativo di superare la concezione, sostanzialmente fatta propria dalla prima sezione con la sua giurisprudenza ispirata all'impostazione di Cass. n. 11504/2017 (peraltro, pur dopo l'intervento delle Sezioni Unite, come dianzi accennato, surrettiziamente e persistentemente riemergente nel contesto della giurisprudenza di legittimità), tendente ad individuare in quelli di "autoresponsabilità" e di "solidarietà" valori in linea di principio antitetici. In effetti, una volta assunte "autodeterminazione" ed "autoresponsabilità" quale fondamento della "conduzione della vita familiare", in quanto considerata, appunto, "frutto di scelte libere e condivise", proprio queste finiscono col rappresentare la giustificazione di quella "declinazione costituzionale del principio di solidarietà", che impone di perseguire l'obiettivo della perequazione degli assetti economici delle parti in funzione di effettiva garanzia del rispetto della loro "pari dignità dei ruoli".

In una simile ottica, allora, un fermo richiamo all'art. 29 Cost., anche, quindi, nel momento del venir meno del vincolo matrimoniale ed ai fini della disciplina dei relativi riflessi economici, è destinato ad acquistare il senso di riconoscere all'apporto di ciascuno dei coniugi alla comunità di vita familiare il valore di fondamento di pretese riequilibrative, tali non da risolversi in "un'inesistente ultrattività dell'unione matrimoniale", ma semplicemente da offrire a ciascuno di essi, attraverso un'adeguata partecipazione a quanto costruito insieme durante il matrimonio, le condizioni per affrontare in maniera effettivamente autonoma e dignitosa i successivi separati percorsi di vita.

Con ciò, a ben vedere, può pure ritenersi superata la sin qui diffusamente avvertita necessità di qualificare la "solidarietà" posta a base del riconoscimento dei conseguenti diritti nei termini equivoci – se non addirittura intrinsecamente contraddittori – di una "solidarietà post-coniugale", trattandosi, in realtà, del prendere semplicemente atto dell'operatività della "solidarietà coniugale" e "del principio contributivo" che ne costituisce espressione nella relativa – inevitabile, almeno ove s'intenda conferire significato alla scelta matrimoniale da parte degli interessati – proiezione sugli assetti economici delle parti nel momento terminale della loro esperienza di vita comune.

Inoltre, proprio la concezione, avallata dalle Sezioni Unite, tendente a guardare alla configurazione degli assetti economici coniugali in un'ottica complessivamente realizza-

tiva di obiettivi perequativi (senza, insomma, "soluzione di continuità" tra le fasi che scandiscono l'esperienza matrimoniale), sembra consentire, a ben vedere, di assumere lo stesso principio di "autoresponsabilità" quale chiave di volta degli assetti economici post-coniugali, secondo quanto auspicato proprio dalla prima sezione della Cassazione nel 2017 e – appunto in tema di riconoscimento di contribuzioni post-matrimoniali – teorizzato dal legislatore tedesco nel vigente § 1569 BGB (intitolato, appunto, in termini di "*Grundsatz der Eigenverantwortung*").

Invero, nella fluidità delle dinamiche familiari caratterizzante l'attuale società, l'assunzione di un simile principio quale direttiva di fondo nella definizione degli assetti economici post-coniugali può realmente acquistare il senso di un ragionevole approdo in materia, in quanto sicuramente più consono – se confrontato con la fin qui da noi accreditatasi prospettiva (più o meno rigorosamente) assistenzialistica – alla promozione ed al rispetto della pari dignità degli interessati. Ma ciò alla sola condizione che sia assicurata tra di loro, quale base di partenza per la futura vita separata, una effettiva perequazione in ordine alla partecipazione a quella complessiva economia familiare, cui ciascuno abbia contribuito nel corso della convivenza, ponendosi rimedio, in tal modo, alle sperequazioni venutesi eventualmente a determinare nella situazione patrimoniale delle parti in dipendenza delle "scelte comuni" in ordine alla "conduzione della vita familiare". Riequilibrio, questo, ovviamente realizzabile, secondo quanto risulta evidenziato dalle Sezioni Unite, anche – e, forse, preferibilmente – già attraverso quella "ripartizione pregressa delle risorse e del patrimonio familiare", conseguente all'operatività di un regime patrimoniale coniugale a ciò adeguatamente funzionale (come quello tedesco della *Zugewinngemeischaft*, neanche troppo implicitamente evocato dalle stesse Sezioni Unite, quando esse allargano il loro orizzonte al quadro comparatistico della materia).

3. – Alla luce di quanto sin qui osservato, risulta chiaro come una riflessione sul nostro diritto patrimoniale della famiglia, finalizzata ad evidenziarne le criticità da risolvere sul piano esegetico o con la promozione di interventi legislativi, non possa che seguire un itinerario che trascorra dal regime patrimoniale operante nella fase fisiologica dell'esperienza familiare a quello destinato a conformare gli assetti economici nella relativa patologia.

Quanto alla fase fisiologica, costituisce osservazione corrente come – tanto nel nostro, quanto nella generalità degli ordinamenti a noi più vicini – l'obiettivo della parità tra i protagonisti dell'esperienza familiare sia stato perseguito sviluppando l'intervento

legislativo essenzialmente su due livelli. Al primo livello si colloca, in tale prospettiva, il regime contributivo, quale insieme di direttive inderogabili, mentre al secondo livello si collocano le regole proprie del regime patrimoniale – di carattere, invece, tendenzialmente derogabile – destinate ad operare subordinatamente alle prime, in ordine all'acquisto, alla gestione ed alla distribuzione finale dei beni. L'ancora vigente sistema delineato nel 1975 si caratterizza, così, da una parte, per la previsione del regime contributivo, quale tratteggiato negli artt. 143, comma 3, e 144, cod. civ., avente, secondo una ricostruzione rimasta ineguagliata per la sua incisività, la funzione di "integrare nei rapporti patrimoniali l'ordinamento solidale, affidato alla determinazione congiuntiva e all'attuazione disgiuntiva dell'indirizzo familiare". Dall'altra, per l'introduzione, quale regime patrimoniale "legale", della "comunione dei beni", in quanto regime ritenuto più rispondente all'obiettivo di realizzare in maniera ottimale il principio della parità delle parti, attraverso una soddisfacente perequazione delle rispettive situazioni patrimoniali.

Non è da nascondere come il carattere "legale" conferito, in sede di riforma, al regime di "comunione dei beni" abbia finito col condizionare fortemente, da noi, la configurazione del regime contributivo, inducendo a trascurare l'opportunità di una sua più puntuale articolazione, secondo quanto risulta significativamente avvenuto in altri ordinamenti (come, in particolare, in quello francese), dove evidentemente maggiore è stata la consapevolezza del ruolo essenziale che quello correntemente identificato in termini di "regime primario imperativo" è chiamato a giocare in vista della realizzazione di una effettiva pari dignità dei coniugi, in considerazione del carattere pur sempre derogabile del regime patrimoniale "legale".

Peraltro, la fiducia del legislatore nella valenza anche promozionale dell'adozione di quello di comunione quale regime patrimoniale "legale" si è dimostrata infondata e fin troppo noto è il conseguente fenomeno – quali che siano le relative motivazioni – dell'imponente "fuga" dalla comunione, essendo divenuta quasi di stile (e spesso neppure adeguatamente consapevole) la scelta in senso radicalmente separatista. E la gravità delle conseguenze di ciò si apprezza pienamente nel momento della crisi familiare, quando la carente operatività dal punto di vista solidaristico-perequativo del regime patrimoniale nella fase fisiologica della convivenza – appunto in conseguenza di una opzione separatista slegata da un effettivo superamento delle asimmetrie tra gli interessati – finisce inevitabilmente col proiettare il soddisfacimento della relativa esigenza sul piano delle valutazioni concernenti gli assetti economici conseguenti alla crisi.

Il rischio di dar vita, in non pochi casi, a pericolosi circoli viziosi è qui in agguato, come hanno dimostrato le diffusamente denunciate possibili conseguenze delle prese di

posizione giurisprudenziali in materia di contribuzioni post-matrimoniali riconducibili all'impostazione di Cass. n. 11504/2017: conseguenze, del resto, che le Sezioni Unite risultano avere ben presenti nel loro fondamentale intervento in tale materia, laddove invitano a non trascurare mai, nelle relative valutazioni, quel "forte condizionamento che il modello di relazione matrimoniale prescelto dai coniugi può determinare nella loro condizione economico-patrimoniale successiva allo scioglimento", dovendosi, oltretutto, tenere pure adeguatamente conto della "perdurante situazione di oggettivo squilibrio di genere nell'accesso al lavoro, tanto più se aggravato dall'età" (insomma, per dirla senza mezzi termini, dei condizionamenti persistentemente ancora gravanti diffusamente, nella realtà socio-economica, sulla situazione della donna-moglie-madre).

4. – Non pare consentito, in questa sede, di andare al di là di un mero (e sommario) catalogo di possibili vie di uscita, ipotizzabili a fronte delle diffusamente avvertite problematicità caratterizzanti, nella sua complessiva articolazione, l'attuale sistema dei rapporti patrimoniali nella famiglia.

Al riguardo, ovviamente, non si può mancare di conferire una fondamentale rilevanza all'insistente richiamo, ora operato dalle Sezioni Unite, alla "rete di diritti e doveri fissati dall'art. 143 c.c.", significativamente assunti quale "perfetta declinazione" del "modello costituzionale dell'unione coniugale, incentrata sulla pari dignità dei ruoli che i coniugi hanno svolto nella relazione matrimoniale".

Proprio in una simile prospettiva, allora, pare innanzitutto imporsi, anche solo attraverso un più corretto impiego dello strumentario esegetico, la promozione di una, per così dire, "riscoperta" del "principio contributivo" e delle sue potenzialità operative, quale guida sicura per quei bilanciamenti degli interessi di volta in volta coinvolti, tanto nel corso dell'esperienza di vita familiare, quanto nel momento del passaggio dalla vita comune a quella separata. Non si dimentichi, in effetti, come sia proprio all'inderogabile operatività delle sue direttive che si ritiene unanimemente restare demandato, a prescindere dal regime patrimoniale – correntemente definito in termini di "secondario", appunto in contrapposizione, come accennato, a quello "primario imperativo", costituito dal regime contributivo – in concreto funzionante tra le parti, il conseguimento degli essenziali ed irrinunciabili obiettivi di solidale eguaglianza, in attuazione del principio costituzionale di parità, di cui all'art. 29 Cost.

E, in proposito, il pensiero – anche alla luce di modelli sperimentati in ordinamenti a noi vicini (e spesso richiamati come possibile modello per il nostro) – corre quasi inevi-

tabilmente (almeno) ad un possibile ripensamento delle attuali soluzioni interpretative in ordine a problematiche quali, in particolare, quella della responsabilità per le obbligazioni contratte per il soddisfacimento di necessità familiari e quella del regime della casa familiare, nel nostro ordinamento, come l'esperienza insegna, troppo angustamente, e soprattutto tardivamente, ove si ponga mente al carattere pure esistenziale degli interessi coinvolti, preso in considerazione al momento del venir meno della compagine familiare.

Più complesso, ma comunque pur sempre strettamente connesso con quello concernente l'operatività del "principio contributivo", pare presentarsi il discorso concernente la conformazione del regime patrimoniale operante nella fase fisiologica, nella dialettica tra autonomia degli interessati ed intervento legislativo.

Da un primo punto di vista, la scarsa propensione ovunque dimostrata dagli interessati ad allontanarsi dagli schemi legalmente tipizzati, in una con lo scarso favore dimostrato per gli schemi predisposti nel contesto della riforma del 1975, al di fuori della comunione legale o della sua mera e radicale esclusione con la scelta separatista, dovrebbe indurre ad attirare l'attenzione del legislatore nel senso di una possibile "tipizzazione", in via normativa, di eventuali varianti del modello "legale" di comunione.

Tipizzazione, del resto, ben nota ad altri ordinamenti, dove non si manca di coinvolgere lo stesso criterio di ripartizione finale delle risorse, indubbiamente, allo stato, troppo rigidamente imbrigliato dall'inderogabilità di quella regola assolutamente paritaria (artt. 194, comma 1, e 210, comma 3), la quale – alla luce della intervenuta evoluzione dei rapporti familiari nella società – sembra chiamata a dover fare i conti con la crescente esigenza di aumentare gli spazi da riconoscere a consapevoli e ragionevoli determinazioni autonome degli interessati.

Sotto un diverso profilo, pare il caso di rilevare come sicuramente condivisibile sia la sempre più diffusa spinta ad intervenire anche sull'opzione normativa di fondo in materia, quella, cioè, concernente la scelta del medesimo regime patrimoniale "legale". Proprio al riguardo, del resto, le Sezioni Unite non hanno mancato di cogliere quanto un regime che ponga capo ad una concreta "ripartizione pregressa delle risorse e del patrimonio familiare" possa valere – anche solo in dipendenza della conseguente "eccezionalità dell'assegno di divorzio" – a sdrammatizzare, almeno in larga misura, lo stesso discorso concernente i meccanismi che, al momento della crisi familiare, sono chiamati a governarne i profili economici, sempre in vista del perseguito obiettivo della garanzia della parità delle parti. Ma si deve trattare, evidentemente, di un regime tale da evitare quella macchinosità caratterizzante le regole operative dell'attuale comunione legale, la quale, come accennato, ha sicuramente propiziato il fenomeno della "fuga" da essa.

Non a caso, e la prospettiva sembra ora potersi cogliere, anche se in filigrana, nella motivazione delle stesse Sezioni Unite, l'attenzione resta persistentemente attratta – come già lo fu, invero, all'epoca della riforma del 1975 – da un modello che ha acquistato progressivamente spazio negli ordinamenti a noi più vicini e che sembra aver dato buona prova di efficienza, tanto da scoraggiare una (pur possibile) "fuga" da esso. L'allusione, ovviamente, è al modello tedesco della *Zugewinngemeinschaft*, di quel regime, cioè, di "partecipazione agli acquisti", anche in Svizzera assunto, da qualche tempo, quale "legale", dopo essere stato messo a disposizione, in Francia, come regime comunitario opzionale alternativo (e come tale, nel 2010, significativamente preso in considerazione pure in sede convenzionale tra Francia e Germania).

5. – Ma, ovviamente, è nel momento della crisi che sono destinati a venire al pettine i nodi legati alla realizzazione del valore di parità nei rapporti patrimoniali coniugali. Come si è già accennato, in effetti, ogni carente operatività, sotto tale profilo, del regime patrimoniale nella fase fisiologica della convivenza risulta destinata a proiettare il soddisfacimento delle eventualmente insoddisfatte relative esigenze perequative sul piano delle valutazioni concernenti gli assetti economici delle parti in occasione, appunto, della crisi della comunione di vita.

La riflessione qui pare dover investire due problematiche, peraltro strettamente connesse tra loro, tanto dal finire col presentarsi sostanzialmente interdipendenti. Da una parte, la perimetrazione della portata da riconoscere all'autonomia degli interessati nella regolamentazione dei propri rapporti patrimoniali nella prospettiva della crisi familiare. Dall'altra, la definizione dell'equilibrio che, negli assetti economici conseguenti alla crisi familiare, sia comunque (e, quindi, inderogabilmente) da garantire.

Quanto al primo profilo, il tema tocca i meccanismi di controllo dell'autonomia in questione. Tema, invero, da affrontare con urgenza, in considerazione della rinnovata attenzione, ormai anche a livello di iniziative di intervento legislativo, per la controversa materia dei c.d. "accordi prematrimoniali" (pp.dd.ll. nn. 2669 della XVII legislatura e 244 della XVIII legislatura, nonché art. 1, lett. *b*, d.d.l. n. 1151 della XVIII legislatura). E pare il caso di sottolineare come proprio con la delimitazione della portata da riconoscere all'autonomia degli interessati nella regolamentazione dei propri rapporti patrimoniali, nella fisiologia e nella patologia dell'esperienza familiare, risulta chiamata inevitabilmente a confrontarsi pure la riflessione in ordine agli indirizzi da imprimere alla disciplina del fenomeno successorio in considerazione dell'attuale realtà dei rapporti fami-

liari, con particolare riguardo, anche in proposito, alla sfera di autonomia da riconoscere agli interessati nella relativa dinamica (in un'ottica, cioè, di diffusamente auspicato superamento della rigidità delle attuali regole codicistiche in materia di patti successori e di tutela dei legittimari).

Nota è la radicale posizione della nostra giurisprudenza in ordine agli accordi economici conclusi – anche in sede di separazione personale – in vista del divorzio. In proposito, c'è da chiedersi, però, se la soluzione estrema – persistentemente emergente dalla giurisprudenza della Cassazione (già n. 3777/1981, poi n. 1810/2000 e, ancora, n. 2224/2017, confermata, da ultimo, dall'ordinanza n. 11012/2021) – della nullità per illiceità della causa, per "violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160", sia realmente rispettosa di un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco o se ci si potrebbe incamminare, già allo stato e in via esegetica, in una diversa e meno drastica direzione.

In effetti, si tratta, a ben vedere, di trovare un punto di equilibrio tra le diffuse istanze di maggiore autonomia degli interessati e la portata da riconoscere a quei "diritti inderogabili", a quelle "aspettative legittime" ed a quella necessaria rilevanza delle "condizioni personali ed economiche" delle parti conseguenti al condiviso modello di "conduzione della vita familiare", su cui le Sezioni Unite hanno incentrato i loro ricordati due recenti interventi del 2014 e del 2018. E, in proposito, l'avvenuto tramonto della fede nel carattere "esclusivamente assistenziale" delle contribuzioni post-matrimoniali potrebbe propiziare, nel rispetto di un simile bilanciamento, posizioni di una qualche apertura in materia (non ignote, del resto, alla stessa giurisprudenza anteriore alla riforma del 1987). Al riguardo, del resto, non si è mancato di conferire un possibile significato ad un'affermazione contenuta nella motivazione della stessa decisione delle Sezioni Unite in tema di definizione degli assetti economici post-matrimoniali, laddove – sia pure nei limiti di un *obiter dictum* – alludono ad una "natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco".

Certo, pure nel contesto della valorizzazione dell'autonomia delle parti in vista della conformazione delle conseguenze economiche della fine del loro rapporto di vita, non si può comunque fare a meno di assumere come punto fermo – per conservare un qualche senso alla peculiarità dell'esperienza familiare ed al significato da conferire, in particolare, alla scelta matrimoniale, su cui pure hanno insistito le Sezioni Unite nel 2014 e nel 2018 – quello della essenziale garanzia, in ogni caso, della pari dignità delle parti interessate, assicurando, quale "limite invalicabile", la "necessaria mancanza di un contrasto tra gli accordi patrimoniali e norme inderogabili", secondo quanto evidenziano le Sezioni Unite anche nella loro recentissima decisione concernente la porta-

ta degli accordi di separazione consensuale e di divorzio a domanda congiunta (n. 21761/2021).

In proposito, all'inevitabile richiamo all'art. 160 cod. civ., sembra allora consentito – soprattutto alla luce della ripetutamente dianzi richiamata interdipendenza tra l'operatività del regime patrimoniale coniugale e la definizione dei rapporti economici in dipendenza della crisi definitiva della famiglia – conferire una portata tale da tentare di superare il persistente contrasto concernente, appunto, la portata della previsione di inderogabilità di cui a tale fondamentale norma. Non si tratta, cioè, richiamandosi ad essa, come pure da molti paventato, di cercare di rendere "ultrattivi" i diritti e doveri matrimoniali, ma, piuttosto, di assicurare, in attuazione del principio della pari dignità dei coniugi, che le valutazioni destinate definire gli assetti economici di coloro che hanno vissuto un'esperienza di vita comune – proprio per restare coerenti con le relative scelte esistenziali – non trascurino il grado di avvenuta integrazione delle sfere personali e patrimoniali delle parti e le relative conseguenze sulla loro situazione al momento dell'estinzione del rapporto. È proprio una simile insuperabile necessità valutativa, insomma, che dev'essere assunta quale fondamentale criterio direttivo per affrontare le problematiche economiche che la dissoluzione della compagine familiare pone all'interprete.

In tale prospettiva, una operatività degli accordi rispettosa dell'accennato ambito di inderogabilità pare poter essere assicurata, innanzitutto, attraverso una verifica, per così dire, "finale", degli accordi, in considerazione, cioè, dell'evoluzione degli assetti familiari nella concreta dinamica della comunità di vita: verifica, questa, da reputare ineludibile – secondo quanto, non a caso, si tende diffusamente a concludere sul punto – soprattutto nell'ipotesi di significativo distacco temporale tra il momento dell'accordo e la definizione degli assetti economici post-coniugali. Appare evidente, in effetti, come in tal caso particolarmente avvertita si presenti l'incidenza di quella connessione tra i principi di "autodeterminazione", "autoresponsabilità" e "solidarietà", che costituisce, come si è avuto modo di constatare, il fulcro della recente ricostruzione della materia patrimoniale familiare da parte delle Sezioni Unite.

Singolare sarebbe, in caso contrario, il contrasto con la propensione che da tempo viene ovunque crescentemente manifestata – altrove, ormai, addirittura mediante espresse enunciazioni normative – nella direzione di una generale rilevanza, in materia contrattuale, dell'evoluzione delle circostanze, pure attraverso il ricorso allo strumento di una, eventualmente imposta, rinegoziazione. Insomma, un simile esito esegetico, nel ricollegarsi alla tradizionale operatività della clausola *rebus sic stantibus*, risulta imporsi anche al di là di qualsiasi eventuale richiamo alle, pur indubbie, peculiarità delle relazioni che

si sviluppano nel contesto familiare, e in particolare matrimoniale, con la conseguente avvertita esigenza, nel relativo trattamento, almeno di un adattamento alle peculiarità in questione delle regole comuni governanti la materia patrimoniale: pure, cioè, nell'ottica propria della tendenza alla "despecializzazione" delle regole destinate a governare i rapporti familiari, con la connessa coerente estensione al relativo ambito, comunque, dei principi generali destinati ad assicurare il controllo dell'autonomia privata.

Nella medesima ottica fondata sulla valorizzazione dell'art. 160 cod. civ., nella portata dianzi delineata, il controllo degli accordi in questione sembra doversi articolare, peraltro, anche in una diversa direzione. Si tratta di quel controllo che potrebbe essere definito in termini di "equità" delle adottate pattuizioni, onde assicurare, nel momento dissolutivo del rapporto, ed appunto nella prospettiva della indisponibilità dei riflessi del principio contributivo sugli assetti economici conseguenti alla crisi definitiva dell'unione coniugale, un'adeguata tutela alle ragioni della parte che proprio lo sviluppo della vicenda familiare, attraverso le concordate scelte esistenziali, abbia posto in condizioni di debolezza. E ciò, ovviamente, almeno ove si intenda conferire ad esse quella "definitività" degli assetti economici convenuti che, con l'interruzione di qualsiasi successivo rapporto tra le parti, sembra effettivamente meglio armonizzarsi con la conseguita libertà, di ciascuna di esse, di intraprendere anche eventuali ulteriori percorsi di vita affettiva e familiare.

Al riguardo, pare difficile contestarne la necessità, anche solo alla luce delle esperienze diffuse – sia pure, ovviamente, con diverse modalità – nella generalità degli altri ordinamenti. Del resto, una simile conclusione non fa altro che prendere doverosamente atto delle scelte sistematiche del nostro, quali emergenti, in particolare, da quel comma 8° dell'art. 5 l. div., il quale sembra da assumere come espressione di un vero e proprio principio generale in ordine ai limiti di vincolatività delle soluzioni concordate in vista della definizione degli assetti economici post-coniugali.

Il nodo da sciogliere resta, allora, essenzialmente quello concernente il carattere preventivo o successivo di un simile controllo: problema, questo, probabilmente suscettibile di una risposta – tanto, *de iure condito*, sul piano esegetico, quanto, *de iure condendo*, su quello della più opportuna conformazione di eventuali interventi legislativi di riforma – da articolare a seconda della tipologia delle procedure finalizzate all'accertamento del venir meno definitivo della comunità coniugale. Con ciò intendendosi alludere essenzialmente al relativo carattere giudiziale ovvero, come pure da noi consentito a partire dal 2014, stragiudiziale: a queste ultime, proprio per coerenza con il senso della scelta ordinamentale di affidarsi anche qui all'autonomia degli interessati, meglio attagliandosi, evidentemente, almeno ove non sia in gioco la tutela del preminente interesse dei figli, il

modello del controllo in via successiva, su istanza della parte che, eventualmente, reputi ricorrerne le condizioni.

6. – Risulta palese come, anche nell'ottica della dianzi delineata esigenza di controllo dell'autonomia degli interessati nella regolamentazione dei propri rapporti patrimoniali in vista della (definitiva) crisi familiare, finisca con l'assumere preliminare rilievo l'individuazione di quale debba essere l'equilibrio che, negli assetti economici conseguenti alla crisi, sia comunque da garantire.

Il nocciolo della questione sembra qui concentrarsi in una inevitabile opzione: quella tra il considerare l'esperienza familiare, e specificamente matrimoniale, alla stregua di una tendenzialmente irrilevante parentesi nella vita di due "persone singole", secondo la prospettiva in tema di assegno di divorzio fatta propria, nel 2017, dalla prima sezione della Cassazione (e strisciantemente ancora presente – come si è accennato all'inizio delle presenti considerazioni – in talune esternazioni più recenti della stessa sezione); ovvero, almeno ove una simile esperienza sia realmente consistita – per usare le parole impiegate dalle Sezioni Unite nella loro ormai lontana pronuncia n. 11490/1990 – in "una vera comunione di vita e di interessi", l'assumerla come base di partenza, per consentire a ciascuna delle parti un successivo autonomo percorso esistenziale.

Il riferimento al "tenore di vita", quale espressione concreta della condivisa integrazione delle sfere personali e patrimoniali in cui si risolve il dovere di contribuzione, ha rappresentato, per quasi trent'anni, nella giurisprudenza, la via attraverso cui mettere in condizione l'ex coniuge di partecipare a quanto realizzato in campo economico durante la convivenza familiare. Ma si è trattato di una via solo traversa (le Sezioni Unite parlano di "modo riflesso"), fin troppo facilmente imputabile di occultare una sistematicamente inconcepibile "ultrattività" del vincolo. E ciò anche solo per la difficoltà di operare, in tale prospettiva, una chiara e convincente distinzione rispetto all'assegno di mantenimento, quale attribuibile, secondo l'impostazione consolidata della giurisprudenza in materia, in conseguenza della separazione personale dei coniugi sulla base del presupposto, in tale fase – allo stato della legislazione ancora necessitata, in considerazione delle condizioni persistentemente richieste per il divorzio – della crisi coniugale, della "permanenza del vincolo coniugale" (come tuttora risulta sottolineato nelle ordinanze n. 17098/2019 e n. 5605/2020).

Proprio la rottura con una simile ricostruzione da parte della prima sezione nel 2017 ha fatto avvertire in pieno – soprattutto, evidentemente, in considerazione del dianzi de-

nunciato pericolo di avvitamento in un circolo vizioso con la carente operatività del regime patrimoniale coniugale – i rischi della concezione in chiave "esclusivamente assistenziale" delle contribuzioni eventualmente da riconoscere in sede di divorzio, fondata sul persistente ossequio a quell'approccio "bifasico" al riconoscimento dell'assegno, radicato nelle conclusioni della decisione delle Sezioni Unite del 1990, ma infine radicalmente contestato dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza del luglio 2018.

Punto di partenza del nuovo indirizzo è stata la consapevolezza "del forte condizionamento che il modello di relazione matrimoniale prescelto dai coniugi può determinare sulla loro condizione economico-patrimoniale successiva allo scioglimento". E il risultato "di una interpretazione dell'art. 5, comma 6, più coerente con il quadro costituzionale di riferimento costituito dagli artt. 2, 3 e 29 Cost.", è stato dichiaratamente rappresentato – secondo una impostazione rispecchiata, del resto, nelle pp.dd.ll. nn. 4605 della XVII legislatura e 506 della XVIII legislatura (da cui deriva del testo approvato dalla Camera dei deputati il 14 maggio 2019) – dall'abbandono della "rigida distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio", con la piena valorizzazione – attraverso "una valutazione integrata" e con "rilievo direttamente proporzionale alla durata del matrimonio" (da considerare, quest'ultima, vera e propria spia dell'effettiva realizzazione di una "comunione materiale e spirituale tra i coniugi", come insistono ad evidenziare le stesse Sezioni Unite nella più recente decisione n. 9004 del 2021) – "degli indicatori delle caratteristiche della unione matrimoniale così come descritti nella prima parte" della disposizione in questione (necessariamente da considerare, insomma, punto di riferimento di "un esame esegetico unitario", in quanto solo atto ad evitarne arbitrarie eterointegrazioni: "criteri", che "costituiscono nel loro complesso il parametro di riferimento", quindi, "tanto della valutazione relativa all'*an debeatur* quanto di quella relativa al *quantum debeatur*", secondo la chiara sintesi delle Sezioni Unite n. 9004/2021). L'attenzione, di conseguenza, per evitare di "azzerare l'esperienza della relazione coniugale", si è concentrata sulla "funzione perequativa e riequilibratrice dell'assegno di divorzio", in tal senso risultando declinato "il principio di solidarietà posto a base del diritto" ad esso.

Pare qui il caso solo di sottolineare come peso decisivo – in tale prospettiva assumendosi il necessario riferimento al "principio di autodeterminazione e di autoresponsabilità" – sia stato conferito, così, alla considerazione secondo cui "la conduzione familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri ed obblighi che imprimono alle condizioni personali ed economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile". La "preminenza della funzione perequativa", nel rendere sostanzialmente residuale la portata di quella assistenziale (ove in-

tesa nel senso in cui le Sezioni Unite parlano di un possibile "profilo strettamente assistenziale dell'assegno, qualora una sola delle parti non sia titolare di redditi propri e sia priva di redditi di lavoro"), diventa, seguendo un simile itinerario, attento alla "pluralità di modelli familiari" ed alla connessa invitabile "molteplicità di situazioni personali conseguenti allo scioglimento del vincolo", l'unica via per assicurare la concreta realizzazione del valore costituzionale della "pari dignità" delle parti.

Il riferimento all'art. 29 Cost., allora, lungi dall'assumere il senso di una sistematicamente inconcepibile evocazione di "ultrattività" di un vincolo, per definizione, ormai definitivamente sciolto, vale semplicemente ad evidenziare come, nel momento del venir meno della comunità di vita, la situazione di ciascuno degli ex coniugi non possa che essere valutata – nel contesto di un "giudizio anche prognostico" – conferendo peso adeguato, in un'ottica dinamico-relazionale, ai riflessi ed ai condizionamenti che su di essa abbiano avuto i concordati assetti familiari. Ciò, appunto nella perseguita prospettiva "perequativo-compensativa", valorizzando quel "contributo personale ed economico fornito da ciascun coniuge alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno ed a quello comune" (anche, in particolare, col "sacrificio delle aspettative professionali e reddituali"), destinato, allora, ad assumere un vero e proprio "rilievo causale" – come tale oggetto di necessario accertamento probatorio (ovviamente pure presuntivo) – in ordine agli eventuali riconoscimenti patrimoniali in dipendenza della crisi familiare, in modo, oltretutto, da fugare possibili sospetti di creazione di "rendite di posizione" e di "ingiustificati arricchimenti".

Ed è da sottolineare come le Sezioni Unite, seguendo una traiettoria sostanzialmente non dissimile da quella – cui si è dianzi accennato – tendente ad armonizzare i principi di "autoresponsabilità" e "solidarietà", abbiano anche inteso, in relazione alla funzione dell'assegno, superare la tradizionale contrapposizione tra quella "assistenziale" – almeno al di là delle ipotesi residuali in cui l'assegno sia destinato assumere, secondo le Sezioni Unite, un "profilo strettamente assistenziale" – e quella "perequativo-compensativa", integrandole tra loro. L'allusione – nel finale "principio di diritto" – ad "una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa", infatti, è da leggere alla luce dell'attribuzione alla "funzione assistenziale" proprio di "un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà", parlandosi, allora, anche di un "criterio assistenziale-compensativo", in cui, una volta definitivamente accantonata qualsiasi distinzione tra "il criterio attributivo e quello determinativo" dell'assegno, "l'elemento contributivo-compensativo si coniuga senza difficoltà a quello assistenziale perché entrambi sono finalizzati a rista-

bilire una situazione di equilibrio che con lo scioglimento del vincolo era venuta a mancare", dovendo "l'adeguatezza dei mezzi" disponibili essere valutata "in relazione a quel che si è contribuito a realizzare in funzione della vita familiare".

Ricostruzione, questa, peraltro, persistentemente travisata da quell'indirizzo della prima sezione della Cassazione – cui si è fatto cenno all'inizio – che, tenacemente insistendo nel temerario tentativo di porre su di una linea di continuità la ricostruzione delle Sezioni Unite e l'impostazione di Cass. n. 11504/2017, finisce col riferirsi – con malcelata nostalgia per la prospettiva esasperatamente assistenzialistica radicata nella concezione in chiave bifasica del meccanismo attributivo dell'assegno – ad una "imprescindibile finalità assistenziale dell'assegno", con la quale (solo) "può concorrere, in determinati casi, quella compensativa" (Cass. n. 24935/2019) e ad un assegno che, nel rispondere, "anzitutto, ad un'esigenza assistenziale", "in taluni casi … può rispondere, in tutto o in parte, ad una finalità compensativo-perequativa" (Cass. n. 24250/2021).

In ordine, poi, alla concreta realizzazione dell'accennata esigenza "perequativo-compensativa" e riequilibrativa, la quale finisce col rappresentare, nella prospettiva delle Sezioni Unite non meno che in quella delle ricordate proposte di riforma della materia dell'assegno divorzile, il punto di riferimento obbligato delle valutazioni finalizzate alla definizione degli assetti economici post-matrimoniali, pare opportuno richiamare quanto già dianzi ripetutamente sottolineato: trattarsi, cioè, di un obiettivo al cui perseguimento sono destinati a giocare, in un intimo intreccio che li rende interdipendenti, il concreto funzionamento, nei rapporti tra le parti, del regime patrimoniale nella fase fisiologica della convivenza e la regolamentazione dei rapporti economici in dipendenza della crisi coniugale.

In tale quadro, anche secondo quanto pare consentito argomentare alla luce delle precisazioni dell'ordinanza n. 21926/2019, l'esigenza in questione – ferma restando, ovviamente, quella necessaria sussistenza, in conseguenza del divorzio, di "uno squilibrio effettivo e di non modesta entità" tra le situazioni delle parti, solo in presenza del quale, evidentemente, può avere senso parlare di "funzione perequativa" – ben potrà considerarsi soddisfatta, ove il livello di "adeguatezza" della posizione economico-patrimoniale del coniuge economicamente più debole risulti già sufficientemente da lui conseguito al momento del divorzio.

Ciò, da una parte, attraverso il funzionamento – appunto in chiave riequilibrativa e perequativa – del regime patrimoniale governante l'economia coniugale (secondo una prospettiva di valorizzazione dell'operatività del prescelto regime patrimoniale di comunione, per cui v. l'ordinanza n. 11787/2021, che riprende, sul punto, quella n. 21228 del

2019) e, dall'altra, alla luce delle attribuzioni via via operate – evidentemente in caso di adozione di un regime patrimoniale coniugale inidoneo alla realizzazione dell'esigenza perequativa – durante il matrimonio dall'ex coniuge (di "interventi in corso di matrimonio dell'ex coniuge" parla significativamente l'accennata ordinanza n. 21926/2019), nonché, a maggior ragione, di quelle effettuate nel contesto degli accordi economici adottati in occasione della separazione personale. Anzi, a tale ultimo riguardo, è da ritenere che possano assumere rilevanza anche i benefici economici derivanti dal pregresso conseguimento di un assegno di separazione, il quale, ove (ed in quanto) riconosciuto in misura manifestamente superiore a quella necessaria ad assolvere – nell'ottica di un "mantenimento" commisurato al "tenore di vita coniugale" – una finalità (secondo quanto sottolineato sempre da Cass. n. 21926/2019) "strettamente legata al flusso ordinario delle spese" (pure nella più ampia consistenza ragionevolmente ipotizzabile), consentendo la formazione – in vista della "realizzazione dei propri obiettivi economico patrimoniali" – di un vero e proprio capitale, ben potrebbe finire con l'assumere la sostanza di una sorta di relativa "rateizzazione".

Del resto, la giurisprudenza di merito non ha mancato tempestivamente già di muoversi con decisione in una simile prospettiva. Per limitarsi a richiami esemplificativi, significativo, così, risulta – se non la negazione – almeno un drastico ridimensionamento dell'importo dell'assegno di divorzio, una volta preso atto che "la perequazione delle risorse economiche è già in parte avvenuta con la divisione che le parti hanno fatto dei beni comuni, ed in particolare degli immobili in comunione legale e del denaro sul conto corrente cointestato" (App. Catania, 20 settembre 2018). Non meno interessante si presenta, nella medesima ottica, il rigetto della richiesta di un assegno di divorzio, alla luce della constatata vigenza, tra le parti, del regime di comunione dei beni e della valutazione degli accordi economico-patrimoniali adottati in sede di separazione personale consensuale, nel cui contesto viene valorizzato anche l'"impegno a carico dell'attore per il mantenimento della moglie", reputato "molto rilevante" in considerazione dell'importo e della durata (Trib. Pavia, 23 luglio 2018).

7. – Alla luce degli itinerari esegetici prospettati dalla giurisprudenza più recente in tema di contribuzioni post-matrimoniali (e di relativa funzione), sembra imporsi la conseguente opportunità, da una parte, di un adeguamento dello strumentario a disposizione per governare – in una visione che intenda essere sensibile alle attuali dinamiche esistenziali – i profili economici della crisi familiare; dall'altra, di una eventuale rimeditazione

– per assicurare armonia sistematica complessiva alla disciplina della materia – di alcune soluzioni legislative attualmente vigenti (della cui coerenza, del resto, non si era mancato di dubitare già in passato).

La sentenza delle Sezioni Unite del 2018, pare il caso di sottolineare, rappresenta forse il maggiore sforzo che l'interprete può profondere per leggere la disciplina vigente in quell'ottica "perequativo-compensativa" che la rende allineata al principio costituzionale di pari dignità dei coniugi. In effetti, nel nostro ordinamento, è al solo assegno di divorzio – cui appunto si riferisce la decisione in questione – che è affidato, dal punto di vista economico, il passaggio, per essi, dalla vita comune a quella definitivamente separata.

Non è difficile accorgersi, peraltro, come l'assegno di divorzio, nella sua configurazione periodica, risulti, per sua stessa natura, comunque strumento che mal si presta a svolgere in maniera pienamente soddisfacente una funzione "perequativo-compensativa" e partecipativa realmente rispettosa della uguale dignità e libertà di ambedue i coniugi. Esso, infatti, finisce col perpetuare a tempo tendenzialmente indefinito – e di qui, alla luce delle esperienze degli altri ordinamenti, la diffusa istanza tendente, almeno, a prevedere una eventuale predeterminabilità della relativa durata, ovviamente nei casi in cui ciò possa comunque valere a soddisfare le esigenze cui risulta finalizzata l'attribuzione dell'assegno – situazioni relazionali e di dipendenza, la cui intollerabilità è sicuramente destinata ad accentuarsi quale riflesso dei successivi possibili percorsi di vita affettivo-familiare degli interessati (in attuazione di quello che è stato reputato, per utilizzare le parole di Cass. n. 6289/2014, quale "diritto alla costituzione di una nuova famiglia", dopo il venir meno della prima). Ma, allo stato, l'art. 5, comma 8, l. div., con l'affidare solo alla concorde volontà delle parti il ricorso a soluzioni (definitive) *una tantum*, fa, appunto, dell'assegno periodico l'unico strumento disponibile in via generale per regolare i rapporti economici tra gli interessati.

La via seguita nel contesto delle riforme che, altrove, hanno investito la problematica qui in discussione si presenta sostanzialmente univoca. Spesso, al riguardo, viene richiamato il modello – invero diffuso nel contesto dell'attuale diritto europeo – francese, in cui la *prestation compensatoire*, proprio in vista della funzione che è programmaticamente chiamata a svolgere, assume, appunto, "la forma di un capitale", secondo modalità stabilite dal giudice (che possono consistere anche nell'attribuzione di beni in proprietà o di altri diritti reali), eventualmente rateizzabile, solo "a titolo eccezionale" potendosi, "con decisione specificamente motivata", fissarla "sotto forma di rendita vitalizia", indicizzata e, alla morte dell'ex coniuge debitore, comunque sostituita (non diversamente

che l'eventuale saldo del capitale rateizzato), a carico dell'eredità, "da un capitale immediatamente esigibile" (artt. 270 ss. *code civil*).

La ragionevole e condivisibile preferenza per un simile modello di sistemazione economica in via giudiziale – almeno ove consentita dalle circostanze e sicuramente resa suscettibile di più larga accessibilità attraverso l'opportuna previsione della possibilità di una eventuale rateizzazione della prestazione riequilibrativa – tende ovunque ad accompagnarsi, inoltre, ad una accentuata preferenza per quelle soluzioni concordate, per le quali anche il nostro legislatore, del resto, ha dimostrato una crescente sensibilità. Ed è facile comprendere come l'eventuale riconoscimento al giudice della possibilità di ricorrervi possa valere a rappresentare, a ben vedere, un forte, se non decisivo, stimolo per gli interessati a pervenirvi – sempre, ovviamente, come dianzi sottolineato, nel reciproco rispetto di quei "diritti inderogabili", funzionalmente destinati ad assicurare la pari dignità dei coniugi anche nel momento del definitivo venir meno del rapporto matrimoniale – già in via volontaria (e, addirittura, come ormai consentito anche nel nostro ordinamento, in via extragiudiziale).

Si tratta di un obiettivo – almeno ove, addirittura, non si reputino già ora fondati, ai fini del relativo giudizio di legittimità costituzionale, i dubbi circa la ragionevolezza dell'attuale soluzione normativa, a fronte di quello che, ormai, rappresenta il "diritto vivente" in materia – perseguibile in via legislativa e, appunto, una eventuale riforma della disciplina in tema di riflessi patrimoniali dello scioglimento del matrimonio dovrebbe, di conseguenza, abbandonando la troppo ristretta impostazione attuale della regolamentazione, allargare i propri orizzonti al di là dell'assegno nella sua configurazione periodica.

Pare anche il caso (almeno) di accennare come una coerente costruzione sistematica della materia, una volta assodata la funzione "compensativa e perequativa" che sono chiamate a realizzare – in dipendenza del carente funzionamento, nella medesima prospettiva, del regime patrimoniale coniugale – le attribuzioni connesse al venir meno della comunità di vita familiare, dovrebbe condurre, per coerenza, a ripensare pure una serie di soluzioni attualmente sancite dalla legge sul divorzio.

Ci si riferisce, in particolare, alla previsione dell'art. 5, comma 10, l. div., secondo cui "l'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze".

Che, al riguardo, i nodi siano inevitabilmente destinati a venire al pettine, sembra dimostrarlo l'ordinanza interlocutoria n. 28995 del 2020. In essa risulta rimessa motivatamente in discussione, in effetti, la conclusione nel senso della perdita (definitiva) del diritto all'assegno da parte dell'ex coniuge (anche) in caso di instaurazione di una "stabile

convivenza" (secondo l'indirizzo consolidatosi in giurisprudenza a partire da Cass. n. 6855/2015 ed estensivamente precisato, di recente, dall'ordinanza n. 22604/2020). Ci si è chiesti, cioè, se la perdita "automatica" di ogni diritto da parte "dell'ex coniuge sperequato nella posizione economica" sia, in tal caso, compatibile con la funzione ora riconosciuta all'assegno di divorzio, alludendo all'eventuale praticabilità di "altre scelte interpretative che, guidate dalla obiettiva valorizzazione del contributo dato dall'avente diritto al patrimonio della famiglia e dell'alto coniuge, sostengano dell'assegno divorzile, negli effetti compensativi suoi propri, la perdurante affermazione".

In proposito, non può sfuggire che, se l'esigenza prospettata dall'ordinanza si presenta realmente fondata, lo è perché, risolvendosi l'indirizzo inaugurato da Cass. n. 6855 del 2015, a ben vedere, in un ampliamento – in via esegetica – della portata operativa dell'art. 5, comma 10, essa finisce col mettere a nudo l'incompatibilità, in linea di principio, della regola contenuta in tale disposizione – in quanto radicata nella (ormai) sconfessata ottica esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile – con la ricostruzione funzionale ora offerta dalle Sezioni Unite in tema di contribuzioni post-matrimoniali. Il discorso, quindi, proprio nella prospettiva ricostruttiva delineata da Cass. n. 28995/2020 (richiamata pure dalla successiva ordinanza n. 9273/2021), per coerenza, dovrebbe – andando al di là della fattispecie presa specificamente in considerazione, concernente gli effetti della "convivenza" dell'ex coniuge sul suo diritto all'assegno e, quindi, effettivamente ancora risolvibile sul solo piano esegetico, trattandosi di incidere su di una soluzione avente tale carattere, almeno fino a quando la "convivenza" non venga espressamente inclusa tra le cause di cessazione dell'assegno, secondo quanto (e non a torto alla luce della svolta dell'ordinamento con la l. n. 76/2016) prevede la dianzi accennata iniziativa di riforma legislativa della materia – coinvolgere una incisiva ridefinizione normativa della portata operativa della regola di cui all'attuale art. 5, comma 10.

Non si può, in effetti, fare a meno di riflettere sulla scarsa coerenza sistematica di una simile disposizione con una impostazione del diritto a contribuzioni post-matrimoniali che intenda essere pienamente attuativa dell'istanza perequativo-riequilibrativa e compensativa, a tutela della parità delle parti, pure – e forse soprattutto – dal punto di vista del necessario superamento dei condizionamenti eventualmente atti a pregiudicare la libertà di decisione di ciascuna delle parti in ordine alle proprie legittime scelte di vita familiare successive al divorzio. Significativamente, del resto, già in relazione alla corrispondente previsione dell'originario testo della legge sul divorzio, non si mancò di ritenerla inopportuna, se non addirittura costituzionalmente illegittima, sia, appunto, per

l'accennato condizionamento della libertà del beneficiario dell'assegno (evidentemente destinata a risultare accentuata dall'estensione alla situazione di "convivenza" della relativa portata estintiva), sia per l'evidente disparità di trattamento tra chi sia stato soddisfatto *una tantum* e chi, invece, veda soddisfatte le proprie aspettative economiche (solo) attraverso il riconoscimento di un assegno periodico.

Una diversa soluzione, rispetto a quella attuale, comportante una perdita, per così dire, "secca", da parte del beneficiario, della contribuzione post-matrimoniale erogata in forma periodica, dovrebbe, quindi, a maggior ragione imporsi ove, in futuro, s'intendesse normativamente contemplare – secondo quanto dianzi accennato – la corresponsione *una tantum* quale forma funzionalmente elettiva delle attribuzioni in sede di definizione degli assetti economici post-matrimoniali. Ma anche ove non s'intendesse giungere legislativamente ad un simile approdo, la soluzione normativa attuale – la quale pare suscitare addirittura dubbi sul piano della sua attuale legittimità costituzionale, per l'irragionevolezza della relativa portata a fronte del "diritto vivente" in tema di funzione delle contribuzioni post-matrimoniali – sembra presentarsi comunque meritevole di ripensamento.

In effetti, l'unica via sistematicamente coerente per garantire adeguatamente – appunto nell'ottica perequativo-partecipativa e compensativa ora delineata dalle Sezioni Unite – la realizzazione delle "legittime aspettative" economiche acquisite attraverso la "fattiva" partecipazione al pregresso svolgimento del rapporto di vita familiare sembra forse quella di consentire, in caso di estinzione del diritto all'assegno (periodico) in applicazione dell'art. 5, comma 10, che l'ex coniuge, già beneficiario, possa conseguire, da parte dell'altro ex coniuge, una prestazione equitativamente determinata, con l'eventuale possibilità, per il giudice, di fissarne le modalità più opportune di corresponsione (tra cui, ovviamente, la rateizzazione).

Pare il caso di accennare, inoltre, come la coerente affermazione di una concezione perequativo-riequilibrativa e compensativa delle contribuzioni post-matrimoniali, col definitivo abbandono dell'impostazione in chiave meramente assistenziale in senso stretto (e non, quindi, nel senso ora attribuito dalle Sezioni Unite al criterio assistenziale, nella sua "coniugazione" con quello contributivo-compensativo), dovrebbe probabilmente indurre anche a rimeditare – soprattutto nel contesto di una eventualmente prevista normalità dell'attribuzione *una tantum* – la soluzione adottata, appunto in chiave marcatamente assistenzialistica (come emerge dalla subordinazione di ogni diritto dell'ex coniuge interessato ad un suo "stato di bisogno"), con l'art. 9-*bis*, introdotto, nel 1978, a fronte di una notevole divergenza di vedute – alla luce della disciplina originaria dell'assegno – relativamente al problema della sorte delle contribuzioni

post-matrimoniali in caso di morte dell'obbligato, ovviamente in quanto riconosciute in forma periodica.

E, pure in proposito, la riflessione in ordine alla preferibilità di una eventuale connotazione – sia pure con opportuna attenzione alla peculiarità della fattispecie – di tipo più marcatamente successorio dell'art. 9-*bis* non potrebbe che ispirarsi, per la relativa coerenza sistematica, al modello di disciplina apprestato, in Francia (che, comunque, non manca di trovare articolato riscontro anche in altri ordinamenti europei), con riguardo, appunto, all'ipotesi di (pur eccezionale) attribuzione post-matrimoniale in forma periodica: soluzione tendente a prevedere (art. 280 *code civil*) la sostituzione della prestazione periodica stessa con "un capitale immediatamente esigibile a carico dell'eredità" (salva la possibilità, per gli eredi, di optare, con opportune cautele, per la continuazione della corresponsione in forma periodica: art. 280-1).

JUS CIVILE

LUCIANO OLIVERO

Professore associato di diritto privato – Università di Torino

ANCORA SUL COGNOME: DUE LUOGHI COMUNI E DUE PROPOSTE PER UNA RIFORMA ANNUNCIATA

SOMMARIO: *1. Due luoghi comuni. – 2. Le riforme straniere e i d.d.l. italiani. – 3. Alla vigilia di un nuovo intervento delle corti: l'ordinanza n. 18/2021 della Consulta. – 4. Le insidie dell'autonomia e i guasti dell'alfabeto. – 5. Due proposte.*

1. – Oggetto di queste riflessioni è un luogo comune [1], anzi due; ed entrambi promettono di rifondare di qui a breve la disciplina italiana dei cognomi. L'uno sostiene che spetti ai genitori decidere il cognome per il figlio in nome di un'istanza egualitaria; l'altro, che in nome di un'istanza identitaria spettino ad ogni figlio due cognomi. In ordine alfabetico, ovviamente. Vi è forse qualcosa al mondo di più neutrale? E chi non ha imparato, fin dalla prima elementare, che l'appello si fa dall'A per scendere alla Z? Risolte, con l'autonomia, le differenze tra i genitori; risolte, con l'alfabeto, le precedenze fra i cognomi, i patri-arcaismi della tradizione potrebbero finalmente abbandonarsi. Ognuno avrebbe allora ciò che vuole, senza nulla togliere a nessuno: un figlio a cui trasmettere il cognome, le madri come i padri; ed un cognome in cui veder riflessi entrambi i rami di cui ogni figlio è frutto.

Libertà di scelta e doppio cognome in ordine alfabetico: ma è davvero questa la panacea di tutti i mali? E come si combinano l'autonomia, il doppio cognome e l'alfabeto? Le questioni aperte sono più d'una, come le ragioni che nel nostro ordinamento spingono verso l'autonomia e il doppio cognome. Esse emergeranno nel corso della trattazione, come i dubbi che suscitano. Partiamo però dalle certezze. La prima delle quali attiene

[1] Come quelli analizzati da Hannah Arendt – in tutt'altro ambito, beninteso – nel saggio *Verità e politica*, al cui *incipit* s'ispira l'avvio di questo lavoro.

all'aspirazione egualitaria che sta alla base della riforma dei cognomi: che tale sia l'obiettivo è indubbio, ossia spianare le differenze tra i genitori; ma che l'automatica attribuzione del cognome paterno, le cui radici affondano nel lontano passato, sia una manifestazione della soggezione muliebre alla supremazia maritale è un'affermazione tanto ricorrente quanto inesatta.

Intendiamoci: non perché non siano esistite quella soggezione e quella supremazia. Ma perché pare più logico supporre che la consuetudine del cognome paterno si sia *ab antiquo* fissata nella coscienza collettiva non per prevaricare ma per bilanciare – appunto con l'evidenza sociale del nome – l'oggettiva imperscrutabilità del rapporto di derivazione biologica dal padre. Rapporto che è invece indubitabile, per la visibilità della gravidanza e l'assistenza di terzi al parto, dal lato delle madri [2].

Vero è, allora, che in un'epoca in cui la scienza, con le sue prove genetiche sempre più agevoli, permette di dissipare ogni «mistero della paternità» [3], nessuna autentica ragione di principio rimane a giustificare la prevalenza del cognome paterno [4], se non

---

[2] Come ha scritto G. CORNU, *Droit civil, Les personnes*, Montchrestien, Parigi, 2007, p. 136 con una ricercata metafora il cognome del padre è «*la couronne que la mère place elle-même sur la tête de son enfant, en affirmation de fidélité et marque de procréation*». Sulle origini del cognome paterno quale «*forma di compensazione dell'incertezza naturale della paternità prima della diffusione delle prove genetiche*»: C. FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, p. 824 e, ivi, ulteriori riferimenti a U. MAJELLO, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1982, *sub* art. 262 c.c., p. 125 s.

[3] Cfr. M.-L. CICILE-DELFOSSE, *La dévolution du nom de famille*, in *Juris Classeur*, banche dati Lexis, fasc. unique, 15 luglio 2019, n. 6 e ivi ulteriori riferimenti di dottrina sul dibattito, accesosi in Francia in occasione della riforma del *patronyme*, in ordine al superamento del tradizionale principio per cui «*la mère donne la vie, le père donne le nom*»; superamento indotto appunto dalla scoperta del D.N.A e alla facilità con cui, oggi, si possono svelare i rapporti genetici. Del resto, come rimarca anche la dottrina italiana, i genitori partecipano al corredo genetico del figlio in modo paritetico, con 23 cromosomi a testa: e tale equilibrio dovrebbe riverberarsi anche nel modo in cui essi contribuiscono alla trasmissione del cognome: cfr. V. CARBONE, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno, se i genitori sono d'accordo*, in *Corr. giur*., 2017, p. 174.

[4] Questo da un punto di vista giuridico. Altro è il valore simbolico del nome, e la partita che esso gioca nel segnare le differenze dei ruoli materno e paterno nel processo che porta alla nascita di una nuova vita; tema su cui rinvio alle mai banali riflessioni di J.-L. RENCHON, *Le nom de famille*, in *Cour constitutionnelle et droit familial*, sotto la direzione di N. Massager e J. Sosson, Anthemis, Limal, 2015, p. 20: «*Le lien d'un enfant avec sa mère se trouve dans sa chair, dès lors que celle-ci l'a porté pendant neuf mois, qu'elle l'a «mis au monde» et qu'il ne leur sera jamais plus possible d'effacer ce qui s'est noué dans cette alliance. Le lien d'un enfant avec son père ne se construira, au contraire, en tout cas principalement, que dans la parole. C'est parce qu'il le «nomme» comme son enfant qu'un père assume sa paternité, et c'est donc une «autre» alliance qui va se nouer […] dans cette nomination*». Di qui l'invito a non perdere di vista il fatto che le vecchie regole sul cognome non erano necessariamente animate da un intento discriminatorio; e che le nuove non dovrebbero concepirsi senza prima interrogarsi a fondo sulla questione cruciale: *quale cognome vogliamo dare ai nostri figli, ponendo al centro il loro interesse e non le rivendicazioni dei genitori?* (p. 24).

l'ossequio alla tradizione. Ossequio che, in sé, non avrebbe niente di disdicevole; ma che non dovrebbe più – viste le premesse – essere imposto dalla "legge" [5].

Ecco allora il secondo dato certo: chi voglia riformare le regole sui cognomi senza "sporcarsi" troppo le mani e senza impedire a chi lo voglia di essere ligio alla tradizione, sarà ben lieto di rimettere la scelta tra innovazione e conservazione all'autonomia dei privati. I termini di questa opzione possono essere diversi e dipendere dalle usanze onomastiche di ogni Paese: perché a volte si tratterà di scegliere il cognome dei figli alla nascita, tra una rosa di ipotesi [6]; altre volte di scegliere a monte il nome di famiglia, che poi passerà alla prole [7]; e altre volte ancora, nei sistemi storicamente orientati ai due cognomi, di decidere in quale ordine accostarli, così da condizionarne i successivi passaggi [8]. Ma sempre per libera scelta dei diretti interessati: sicché nessuna meraviglia se l'autonomia privata è divenuta l'approccio dominante al problema dei cognomi nei vari ordinamenti europei [9].

Resta però un'incognita: proprio perché tale, la libertà di scelta potrebbe non essere esercitata (o, se esercitata, non sfociare in un accordo). Il che impone il soccorso di un

---

[5] Imposto, per meglio dire, da una "consuetudine", quale è sempre stata, senza tanti infingimenti, la regola del cognome paterno. Che essa abbia infatti tutti i crismi di una fonte consuetudinaria (generalità, costanza, uniformità, *opinio iuris ac necessitatis*) è opinione della dottrina tradizionale: v. E. PAZÈ, *Verso un diritto all'attribuzione del cognome materno*, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 326. Di consuetudine parlano anche F. GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità. Un'opinione «controluce»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 139 e G. ALPA e G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Utet, Torino, 2006, p. 96.

[6] Così accade, ad esempio, negli ordinamenti francese (art. 311-321, comma 1, cod. civ.), belga (art. 335, § 1, cod. civ.) e inglese (dove, in difetto di regole cogenti, la facoltà di scelta dei genitori si fa discendere dalla loro *parental responsability*). A tale riguardo si suole aggiungere che la libertà di scelta dei genitori inglesi è tale da poter cadere su un cognome anche "inventato", diverso, comunque, da quello di padre e madre, purché non sia offensivo o contrario ai principi dell'ordinamento; ma l'ipotesi appare piuttosto peregrina nella prassi: C. BASSU, *Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di eguaglianza. Un'analisi comparata*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2016, p. 554.

[7] Così può accadere, ad esempio, negli ordinamenti tedesco (§ 1616 B.G.B.) e svizzero (art. 270, ultimo co., cod. civ., che ad esempio recita che «*Se i genitori portano un cognome coniugale, il figlio assume tale cognome*»).

[8] Così avviene, in particolare, nell'ordinamento spagnolo in base all'attuale art. 109, comma 2, cod. civ. e all'art. 49 della l. 20/2011 *de 21 de julio del Registro civil.*

[9] Per una panoramica dei principali modelli stranieri cfr. BASSU, *op. cit.*, p. 574 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 496 ss.; M.N. BUGETTI, *L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari*, in *Fam. e dir.*, 2004, spec. da p. 445 ss.; V. BRIZZOLARI, *Il cognome materno in aggiunta a quello paterno: una realtà anche in Italia*, in *Familia*, 2017, p. 81 s.; C. CICERO, *Il diritto al cognome materno*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 245 ss.

criterio residuale che supplisca ai fallimenti dell'autonomia. Esso ha talvolta assunto – nei diversi sistemi – i tratti di una mini-procedura, in certi casi puntiforme (si pensi al sorteggio lussemburghese)[10] e in altri, invece, più articolata (si pensi alla Spagna e all'*ultimatum* di tre giorni rivolto a chi rappresenta il minore seguito, se inascoltato, dalla decisione dell'ufficiale del registro civile[11]; oppure si pensi, saltando alla Germania, alla possibilità che il tribunale, dopo un mese di stallo dalla nascita, affidi il potere decisorio a un genitore, il cui cognome, in caso di omessa scelta nel termine accordato, andrà comunque alla prole[12]).

Oltre a questi, esistono poi i sistemi in cui il criterio suppletivo ha invece assunto i tratti di un secco automatismo prefissato *ex lege*. In questi casi non sarebbe improprio leggere l'omessa scelta come una manifestazione di autonomia che opti, nel silenzio, per la regola di riserva. Ma quest'ultima dovrebbe essere, allora, perfettamente equanime. Se non lo fosse, infatti, le ipotesi in cui le parti tacciono perché "vogliono" il criterio legale sarebbero indistinguibili da quelle in cui non si esprimono semplicemente perché non hanno un'intesa. E non hanno un'intesa – c'è da temere – perché una parte la rifugge, facendosi forte della legge, che comunque premia il suo cognome a discapito dell'altro. Come evitare, insomma, che le asimmetrie, scacciate dalla porta, rientrino continuamente dalla finestra?

La questione dei cognomi è tutta qui. E qui si è "incartata", per ora, l'Italia. La quale, incalzata dalle Corti nella latitanza del legislatore[13], si è incamminata, come gli altri si-

---

[10] Cfr. l'art. 57 del codice del granducato del Lussemburgo, modificato nel 2014, il cui comma 5 prevede che in caso di disaccordo tra i genitori, il cognome del figlio sia formato da quelli dei genitori nell'ordine decretato «*par tirage au sort par l'officier de l'état civil*».

[11] Cfr. l'art. 49.2 della l. 20/2011 sul *Registro civil* già citata. La decisione dell'*Encargado* del *Registro civil*, assunta «*atendiendo al interés superior del menor*», riguarda l'ordine di iscrizione dei due *apellidos* nell'atto di nascita.

[12] Cfr. il § 1617, comma 2, B.G.B. Il potere di scelta è conferito dal *Familiengericht*.

[13] Riluttante a porre mano a una riforma più audace, nel 2012 il nostro legislatore varava, col d.P.R. n. 54, la "riformina" sulla *modifica* amministrativa del nome, decentrando la competenza in capo alle prefetture, snellendo gli adempimenti burocratici per l'aggiunta di un cognome o la sua modifica *«anche»* (quindi: non solo) perché ridicolo o stigmatizzante (art. 89 del regolamento dello stato civile di cui al d.P.R. n. 396/2000) e illudendosi in tal modo di aver chiuso, senza pungersi, la spinosa questione del cognome materno. Tale «trovata» – come l'ha definita in termini assai critici L. LENTI, *Diritto di famiglia*, nel Trattato Iudica-Zatti, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, p. 258 ss. – non è valsa a evitare al sistema italiano la condanna di Strasburgo del 2014 (v. *infra* § 3), benché la procedura per l'aggiunta del secondo cognome si sia fatta piuttosto agevole e le relative domande vengano «*soddisfatte senza particolari ostacoli, anche solo giustificando la richiesta col desiderio della persona di testimoniare anche attraverso il cognome il legame affettivo con la madre*»: così M. TRIMARCHI, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, in *Jus civile*, 1/2013, p. 42. In effetti, anche se la circolare n. 14/2012 del Ministero degli Interni precisa che *non* vi è un *diritto* al cambio del nome, è solo per la *sostituzione* che si sollecitano motivazioni «*pregnanti*»; dal che

stemi, lungo la via dell'autonomia privata, nei limiti segnati dalle sentenze; e per il modo stesso in cui quel cammino è iniziato (ed è rimasto per ora incompiuto), si è ritrovata ad applicare, quale criterio suppletivo, lo stesso ereditato dalla tradizione: non neutrale, dunque, e in odore di eresia. E così il nostro ordinamento ha finito per ripercorrere gli stessi passi e rimuginare gli stessi dubbi già affrontati e non del tutto risolti da altri sistemi affini, anche per tradizioni onomastiche, e non privi di prestigio, primo tra tutti il francese (e più ancora il belga, per quanto sto per dire). Dal cui esame non sarà quindi inutile partire.

2. – In Francia e in Belgio, dunque, era costume [14] che i figli portassero il solo cognome paterno, come in Italia. E come in Italia e altrove in Europa quella regola ha preso ad essere stigmatizzata per la sua ineguaglianza di genere (e poi, almeno in Francia, per altre ragioni legate al controverso impoverimento del patrimonio onomastico nazionale causato dell'estinzione dei cognomi delle famiglie prive di eredi maschi) [15].

---

parrebbe desumersi un'aprioristica condiscendenza per le mere *aggiunte*. Sul doppio cognome nella prassi ministeriale v. anche I. AMBROSI, *La semplificazione della disciplina dei cambiamenti del nome o del cognome*, in *Fam., pers. succ.*, 2012, p. 557 s. e V. DE SANTIS, *Il cognome della moglie e della madre nella famiglia: condanne dei giudici e necessità di riforma. L'unità della famiglia e la parità tra i coniugi alla prova*, in *Federalismi.it*, 2017, p. 26 s. All'art. 89 del d.P.R. n. 386/2000 fa riferimento anche l'art. 13 della l. n. 4/2018. Si tratta di una previsione simbolicamente importante, ma priva di valenza generale, poiché considera solo gli orfani vittime di violenza domestica, consentendo a chi abbia perso un genitore a causa delle condotte criminose dell'altro (tipicamente il padre) di non portarne più il cognome. Vera novità in tema di cognome entrata in vigore negli ultimi anni è invece quella contenuta nell'art. 1, comma 10, della l. 76/2016, il quale – vagamente ispirandosi al modello tedesco dell'*Ehename* – prevede che gli uniti civilmente possano scegliere tra i loro un cognome comune, a cui eventualmente anteporre o posporre il proprio. Sul tema cfr. F. AZZARRI, *Unioni civili e convivenze (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1011 e M.N. BUGETTI, *Il cognome comune delle persone unite civilmente*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 911 s. Non sono pochi coloro i quali hanno visto in tale inedita disciplina una possibile anticipazione della generale riforma dei cognomi: in questo senso v. DE SANTIS, *op. cit.*, cit., p. 8 ss. e M. TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.,* 2016, p. 864. Va comunque rimarcato che la l. 76 si è ben guardata dal prendere in considerazione l'esistenza di figli delle coppie omosessuali. Ragion per cui, sul tema cruciale del cognome da devolvere *alla nascita* alla prole – da chiunque e con chiunque procreata – al momento della stesura di queste note (agosto 2021) il legislatore è ancora fermo al palo.

[14] Di una «*longue tradition coutumière*» parla, per la Francia, CICILE-DELFOSSE, *op. cit.*, n. 10. In Belgio, sulla natura «*coutumière*» della regola poi rifluita nell'art. 335 cod. civ., v. la decisione della *Cour d'arbitrage* n. 161 del 6 novembre 2002 ricordata da RENCHON, *op. cit.*, p. 19 s. e da J. FIERENS, *Comment tu t'appelles?: la loi 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté*, in *Actualité en droit de la famille*, n. 55, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 12.

[15] Lo ricorda I. CORPART, *La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille*, in *Recueil Dalloz*,

Volendo stabilire l'*eguaglianza* attraverso la *libertà*, i francesi prima (a partire dal 2002) [16] e i belgi poi (a partire dal 2014) [17] si sono così trovati d'accordo nel lasciar decidere i privati. E non essendo adusi – come noi – ad anticipare la scelta del nome al momento di costituire la famiglia, hanno posposto la decisione alla nascita, consentendo a padre e madre tutte le soluzioni possibili a partire dai loro cognomi, così da poter dare al figlio di un Durand e da una Peeters – per riprendere l'esempio "ufficiale" della circolare belga del 30 maggio 2014 – 1) o il solo cognome Durand; 2) o solo Peeters; 3) o Durand Peeters; 4) o Peeters Durand [18].

Entro questa cornice i due sistemi hanno poi fissato alcuni corollari – come il limite di due cognomi a figlio; la necessaria corrispondenza del cognome tra tutti i fratelli; e, soprattutto, il criterio residuale dell'*ordre alphabetique* (con le diversità che vedremo tra breve). I quali – ecco l'aspetto più rilevante ai nostri fini – per imitazione o per spontanea convergenza hanno già formato l'oggetto di ripetuti disegni di riforma italiani, into-

---

2003, p. 2845 ss.: «*La réforme est opérée à la fois pour réaliser l'égalité entre les parents et pour éviter le dépérissement des noms dans les familles privées d'héritier mâle*». Nel corso dei dibattiti parlamentari del 2001 si era infatti sostenuto che, in assenza di modifiche, in due secoli si sarebbero persi 200.000 cognomi (per lo più "materni") e moltiplicate per dieci le omonimie. Tali stime sono rimaste in realtà assai dubbie, smentite da altri studi, i quali, ottimisticamente, avevano invece calcolato, per ogni 100 cognomi estinti, la nascita di 177 del tutto nuovi. Per tali notizie: C. BERNARD, *Le nom de l'enfant né après l'entrée en vigueur de la loi n. 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille*, in *Droit de la famille*, nn. 7-8, luglio 2002, chron. n. 16.

[16] Sulle tormentate vicende che, dal 2002 al 2013, tra riforme, ritocchi, rinvii e nuove modifiche hanno condotto alla disciplina francese attuale si vedano, per uno sguardo d'insieme, CICILE-DELFOSSE, *op. cit.*, n. 4 ss. e F. LAROCHE-GISSEROT, *Nom-Prénom*, in *Répertoire de droit civil*, banche dati Dalloz, ottobre 2020. È da notare che fin dal 1985 la Francia si era dotata di una disciplina relativa al cd. "*nom d'usage*", diretta a permettere l'aggiunta – sui documenti amministrativi, ma senza alcuna modifica dei registri di stato civile – del cognome del genitore non ricevuto alla nascita (tipicamente quello materno): l. n. 85-1372 del 23 dicembre 1985.

[17] Codificata solo in tempi relativamente recenti (nel 1987), anche in Belgio l'antica regola del *nom patronymique* è stata fatta oggetto, fin dalla fine del secolo scorso, di istanze di riforma, rimaste a lungo infruttuose: v. FIERENS, *op.cit*., p. 10. Nel 2010 le redazioni di tre riviste (*Juristenkrant, Legalworld* e *Justement*) ebbero tuttavia l'idea di lanciare un sondaggio su quale fosse la norma più discriminatoria del diritto belga: vennero proposte disposizioni tratte da vari rami del diritto e alla fine di un serrato testa a testa a cingersi di quella poco invidiabile corona fu appunto l'art. 335 sul cognome (per queste notizie: L. CRITICO, *Le choix dans la transmission du nom de famille: un réel besoin ou un simple leurre?*, Mémoire del Master en droit a.a. 2015/16, Università di Louvain, sotto la direz. del Prof. J.-L. Renchon, p. 34). Quattro anni dopo, l'art. 335 veniva infine riformato nel segno dell'autonomia privata dalla l. 8 maggio 2014.

[18] *Circulaire relative à la loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté*, in *Moniteur belge*, 30 maggio 2014, 2ª ed., p. 42171. È bene precisare che questo sistema a «*quadruple choix*» – come lo definisce ad esempio LAROCHE-GISSEROT, *op. cit*., n. 41 – riguarda essenzialmente i neonati il cui rapporto di filiazione è stabilito contemporaneamente con entrambi i genitori.

nati anch'essi al gran principio della libertà di scelta dei genitori [19]. Disegni che in un caso sono giunti davvero vicini a farsi legge col d.d.l. S.1628, di cui non sarà inutile ripercorrere brevemente la parabola e i successivi sviluppi [20].

Riuniti in sé diversi progetti di legge e un ampio consenso, tale d.d.l. aveva dunque già ottenuto il via libera alla Camera nel settembre 2014 (sull'onda della condanna dell'Italia per opera della Corte EDU: cfr. *infra* § 3), per poi smarrirsi in commissione al Senato; e ripigliare però nuovo slancio per effetto, questa volta, della nostra Consulta (con la "storica" sentenza n. 286/16, su cui dovremo tornare). Tant'è che assai probabilmente sarebbe divenuto legge se lo scioglimento anticipato delle Camere nel dicembre '17 non avesse vanificato gli sforzi della maggioranza di correre ad approvarlo negli ultimi scampoli della passata legislatura [21].

Occorre però rilevare che fin dall'inizio di quella attuale (la XVIII) gli stessi contenuti del d.d.l. S.1628 sono stati rilanciati grazie ai progetti presentati da forze politiche che, divise all'inizio, si sono poi trovate a governare insieme (nell'esecutivo Conte II); per giunta sotto la guida di un primo ministro che da giurista si era espresso per un'azione

---

[19] Dichiaratamente filo-francese era, ad es., il d.d.l. n. 1383 del 2014 (d'iniziativa del senatore Mangili e altri), presentato nella XVII legislatura, i cui contenuti erano, nella sostanza, assai simili a quelli del d.d.l. 1628, di cui si parla nel testo. Non si rinvengono, invece, d.d.l. apertamente ispirati alla legislazione del Belgio (e ciò benché le soluzioni prospettate da molti progetti italiani siano quasi del tutto coincidenti alle norme di quel sistema).

[20] Su tale d.d.l. v. CARBONE, *Per la Corte*, cit., p. 167 ss.; BASSU, *Nel nome*, cit., p. 574; FAVILLI, *Il cognome,* cit., p. 828 s. e G. VIGGIANI, *Une défaillance du système juridique italien. La questione del cognome materno tra moniti pretori e inerzia legislativa*, in *Genius*, 2017, p. 115. Per una disamina dei principali d.d.l. fino alla XVI legislatura v., ad esempio, A.O. COZZI, *I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli tra eguaglianza e unità familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, p. 449 ss. Per una carrellata dei d.d.l. della XVII sia consentito rinviare a L. OLIVERO, *L'età del post-cognome*, in *Riv. critica dir. priv*., 2018, da p. 605 a p. 608. Per una scorsa ai d.d.l. dell'attuale XVIII legislatura v. L. SANTORO, *L'attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore … alla discrezionalità dei genitori (considerazioni controcorrente a partire dalla ord. n. 18/2021 della Corte costituzionale*, in *Consulta on line*, 2/2021, p. 478, nota 34.

[21] E ciò a dispetto delle perplessità sollevate da diversi senatori e dai pareri raccolti con le audizioni in Commissione giustizia, consultabili all'indirizzo web *http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/documenti/44852_documenti.htm*. È eloquente, sotto questo punto di vista, la scelta del relatore di maggioranza di esprimere parere negativo su tutti gli emendamenti, pur dichiarando di apprezzare gli spunti e i correttivi avanzati, al solo scopo di non precludere l'approvazione del testo entro la fine della legislatura. Posizione rafforzata dal Governo che, per bocca di un proprio sottosegretario, arrivava «*a precisare che la necessità di approvare, nella fase immediatamente precedente la conclusione di una legislatura, alcuni disegni di legge ritenuti prioritari dalla maggioranza parlamentare e dal Governo corrisponde ad una prassi ampiamente consolidata del sistema parlamentare*» (resoconti della Commissione giustizia, seduta del 31 ottobre 2017). La Commissione senatoria terminerà il suo esame il 13 dicembre 2017. Il 28 verranno sciolte le Camere, mettendo in moto la procedura che sfocerà nel marzo 2018 nelle nuove elezioni.

legislativa «*urgente*» per emendare le incompiutezze del sistema italiano dei cognomi [22]. Cosicché, se la tempesta del covid non fosse venuta a cancellare le agende politiche e le buone intenzioni, c'è da supporre che qualcuno di quei progetti sarebbe alla fine giunto in porto.

L'assiduità con cui tale idea di riforma continua a prendere corpo resta comunque la spia di una convergenza latente [23], da cui il Parlamento potrebbe ad ogni istante ripartire con nuovi progetti fondati – per citare un d.d.l. ancora pendente, che si rifà appunto all'S.1628 citato – sulla libera scelta tra «*il cognome del padre o quello della madre ovvero quelli di entrambi nell'ordine concordato*»; col vincolo, per i cadetti, di portare «*lo stesso cognome attribuito al primo figlio*»; e con lo stesso limite quantitativo già visto oltreconfine per scongiurare, in un futuro popolato di doppi cognomi, l'ipertrofia delle catene onomastiche: «*Il figlio al quale è stato attribuito il cognome di entrambi i genitori può trasmetterne al proprio figlio soltanto uno, a sua scelta*» [24]. Ma con quale criterio residuale, qualora nessuna scelta, fin dall'inizio, sia compiuta dai genitori?

Invariabilmente (o quasi), nei i d.d.l. italiani la soluzione è questa: il figlio di genitori coniugati, così come quello nato fuori del matrimonio ma riconosciuto contemporaneamente da entrambi i genitori, ne porterà i cognomi: *entrambi e in ordine alfabetico*. Suppergiù – appunto – come in Francia e in Belgio, come si è già anticipato; quasi che una legge d'inerzia menasse irresistibilmente dal principio dell'autonomia al criterio suppletivo dell'alfabeto, anche laddove l'alfabeto, di primo acchito, era stato scartato.

---

[22] *Cfr.* G. CONTE, *Cognome della moglie*, in *Matrimonio* diretto da G. Ferrando, nel *Commentario Scialoja, Branca, Galgano,* Zanichelli, Bologna, 2017, *sub* art. 143 *bis* cod. civ., p. 742.

[23] Così anche SANTORO, *op. loc. ult. cit.*

[24] Così il d.d.l. 106, da cui sono tratti i virgolettati nel testo, presentato alla Camera il 23 marzo 2018 (firmataria Boldrini). Previsioni analoghe e un analogo rimando al d.d.l. S.1628 si leggono nel disegno S.286 (Unterberger). Soluzioni molto simili si leggono anche nelle proposte S.1025 (Maiorino e Dessì) e C. 1265 (Dadone), del Movimento 5 Stelle, nonché nel progetto S. 170 (Garavini e altri), di area PD, tra i cui firmatari compaiono anche esponenti di quello che di lì a poco sarebbe diventato il gruppo di Italia Viva). Mentre il progetto più recente S.2102 (Binetti e altri) – depositato il 17 febbraio scorso, dopo l'insediamento del governo Draghi e, soprattutto, dopo l'ordinanza n. 18/2021 della Corte costituzionale di cui si parlerà nel prossimo paragrafo – affida alla scelta dei genitori solo la decisione sull'ordine dei cognomi (che vanno passati entrambi); ma come criterio residuale ripropone il solito doppio cognome in ordine alfabetico. Tra gli altri progetti dell'attuale legislatura meritano ancora di essere ricordati il progetto C. 230 (Gebhard e altri), il quale pure prevede il necessario passaggio dei due cognomi, ma col paterno in testa (secondo il vecchio modello spagnolo) salvo diversa volontà delle parti; il disegno C. 2129 (Schirò e altri) che mira a sostituire l'attuale art. 143-*bis* sul cognome della moglie col principio per cui «*Ciascun coniuge conserva il proprio cognome*»; ed infine il disegno S.42 (Steger e altri), che nell'ambito della tutela della minoranza linguistica ladina in Veneto sancisce anche il diritto alla corretta traslitterazione di nome e cognome secondo l'ortografia ladina in tutti gli atti pubblici.

Va ricordato infatti che tanto in Francia quanto in Belgio l'alfabeto, sulle prime, non compariva, giacché entrambi i legislatori avevano prediletto quale regola di *default* l'attribuzione del cognome del padre. Non era stata una decisione facile (in Belgio era servito un controverso emendamento governativo dell'ultim'ora quando ormai ci si stava orientando verso un *double nom* col paterno in testa [25]; in Francia era stato il Senato a frenare le soluzioni più radicali dell'Assemblea nazionale, inclini da subito al doppio cognome "alfabetizzato" [26]). Ma alla fine il vecchio *patronyme* ridotto a criterio residuale era passato, sembrando a molti la soluzione più ragionevole per bilanciare la dirompenza della riforma con la tradizione.

Era però inevitabile che in questo modo si ricreasse un'asimmetria proprio là dove si voleva livellare ogni divario; e sarebbe bastato l'esame dei precedenti europei per trarre indicazioni dall'istruttivo esempio della Germania: qui fin dal '76 la scelta del nome di famiglia era stata rimessa ai coniugi, e proprio il criterio che in mancanza di scelta assegnava l'automatica prevalenza al cognome maritale era stato dichiarato incostituzionale già nel '91 per violazione del divieto di discriminazione [27]. In effetti, non basta auspicare che le parti trovino da sole un'intesa, rispettosa della loro parità, se poi una di esse, senza colpo ferire, può ottenere di passare il proprio cognome anche senza scendere a patti con l'altra.

Ripudiato in Germania, quel potere di veto [28] non aveva troppe speranze di riproporsi altrove senza dare nell'occhio, data la sua evidente antinomia con un'idea di eguaglianza nella scelta del cognome fideisticamente rimessa all'accordo dei privati. E così non sorprende che la legge belga, appena entrata in vigore, sia stata impugnata sul punto da più ricorsi e quindi annullata dalla Corte costituzionale [29], aprendo la strada a una nuova leg-

---

[25] Per tali notizie cfr. FIERENS, *op. cit*., p. 19, nota 22 e RENCHON, *op. cit*., p. 22 s.

[26] Per tale notizia CICILE-DELFOSSE, *op. cit.,* n. 80.

[27] Il riferimento è alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 5 marzo 1991, che aveva dichiarato incostituzionale, nei limiti indicati nel testo, il § 1355 BGB: sul tema cfr. più diffusamente AUTORINO STANZIONE, *op. cit*., p. 501; BASSU, *op. cit.*, p. 552 s.

[28] Come lo definiscono, ad esempio, FIERENS, *op. cit*., p. 19 e CORPART, *op. cit.* la quale rilevava, criticamente, che il peso della tradizione sarebbe prevalso tutte le volte in cui le madri non fossero riuscite a convincere i padri, e concludeva: «*Nulle modernité dans le texte*». Tali erano state anche le critiche sollevate in Belgio dall'*Istitut pour l'Égalité entre Femmes et Hommes* (o *Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen*), un'istituzione federale il cui scopo è di promuovere l'eguaglianza di genere.

[29] La sentenza della Corte costituzionale belga è la n. 2 del 14 gennaio 2016, la quale ha dichiarato incostituzionale la regola suppletiva dell'attribuzione del cognome paterno «*au motif qu'il y avait une différence de traitement non justifiée, créant … un véritable droit de véto … au profit du père*»: lo ricorda la circolare del 27 dicembre 2016, relativa alla legge del 25 dicembre del medesimo anno, in *Moniteur belge*, 30

ge (nel 2016) e ad un nuovo criterio suppletivo, che per non scontentare più nessuno è stato identificato nel *double nom* in ordine alfabetico, sia per i casi di omessa scelta che per quelli di aperto disaccordo tra i genitori [30]. E ciò mentre i francesi, dopo aspre discussioni, nel 2013 si sono attestati su una via mediana, che ai casi di *désaccord* segnalati all'ufficiale di stato civile – ormai affidati anch'essi al doppio cognome in ordine alfabetico – contrappone la mera assenza di dichiarazione congiunta, per la quale resiste ancora il vecchio cognome paterno [31]; con un compromesso faticoso e da molti accettato solo presagendone l'ineluttabile superamento: «*laissons donc à nos filles des combats à mener!*» [32].

---

dicembre 2016, p. 92180. Tra le ragioni vagliate dal legislatore e ritenute non adeguatamente fondate dai giudici per giustificare una discriminazione fondata sul sesso vi erano l'ossequio alla tradizione e la volontà di procedere per gradi alla riforma dei cognomi: cfr. CRITICO, *op. cit*., p. 48 s.

[30] Il criterio residuale alfabetico è stato introdotto dalla l. 25 dicembre 2016, che ha così completato l'art. 335, § 1, al. 2 cod. civ. belga: «*En cas de désaccord, l'enfant porte le nom du père et de la mère accolés par ordre alphabétique dans la limite d'un nom pour chacun d'eux*». Precisa altresì l'art. 335 que «*Le refus d'effectuer un choix est consideré comme un cas de désaccord*». Si noti infine che in base al medesimo articolo l'alfabeto serve anche a stabilire, nel silenzio, quale dei due cognomi eventualmente già portati dal genitore passerà al figlio.

[31] Sempre che si tratti di filiazione stabilita simultaneamente con entrambi i genitori, come tipicamente avviene nelle coppie sposate. Altrimenti a prevalere è il criterio cronologico: il figlio avrà il cognome del genitore nei cui riguardi la filiazione è stata costituita per prima.

[32] La citazione – tratta dai lavori all'Assemblea nazionale francese – si legge in CICILE-DELFOSSE, *op. cit.,* n. 85. Come si diceva nel testo, il compromesso che distingue *disaccordo* da *omessa scelta* è stato introdotto in Francia solo nel 2013. Si noti che tale modifica si deve ad una legge avente di per sé tutt'altro oggetto, trattandosi cioè della riforma volta ad aprire il matrimonio – e quindi l'adozione – alle coppie omosessuali. Proprio la volontà di allineare la disciplina del cognome dei figli di sangue alla nuova disciplina del cognome degli adottivi (intonata ora al criterio residuale del doppio cognome in ordine alfabetico, stante l'eventualità, in caso di adozione ad opera di coppie omosessuali, di non avere un padre da cui trarre il cognome paterno, o di averne due) ha offerto il pretesto per rimettere in gioco la regola suppletiva del *patronyme*, la quale aveva comunque finito per essere applicata, per inerzia o convinzione, nella grande maggioranza dei casi (secondo un *trend* che si è mantenuto anche in seguito: v. nota 65). Alla fine, anche alla luce delle indicazioni tratte dalla prassi sociale, ci si è accontentati dell'innovazione parziale descritta nel testo. Sul tema si veda diffusamente C. DOUBLEIN, *Le nom de famille: les modifications apportées par la loi du 17 mai 2013*, in *AJ Famille*, 2013, p. 349 ss. Si noti che la regola residuale del doppio cognome in ordine alfabetico è stata da ultimo reiterata per il caso del figlio nato da due donne in seguito a procedure di procreazione medicalmente assistita. La regola è contenuta nell'art. 342-12 cod. civ. fr., introdotto dalla l. n. 2021-1017 del 4 agosto di quest'anno: «*Lorsque la filiation est établie dans les conditions prévues à l'article 342-11 par reconnaissance conjointe, les femmes qui y sont désignées choisissent le nom de famille qui est dévolu à l'enfant au plus tard au moment de la déclaration de naissance: soit le nom de l'une d'elles, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par elles dans la limite d'un nom de famille pour chacune d'elles. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille de chacune d'elles, accolés selon l'ordre alphabétique*». La norma ricalca chiaramente l'art. 311-21 (a sua volta par-

Ora, lasciando anche noi i modelli stranieri, domandiamoci quali insegnamenti si possano trarre dalle loro vicende. Quattro, essenzialmente, ed una constatazione: 1) che l'autonomia, da sola, non basta a garantire l'eguaglianza; 2) che l'eguaglianza, affidata al libero gioco dell'autonomia, esige comunque un criterio legale di chiusura che appaia altrettanto egualitario; 3) che tale criterio, nei sistemi che permettono la scelta tra il cognome di un genitore o di entrambi, naturalmente spinge al doppio cognome, quale opzione più "ecumenica" tra quelle consentite; 4) che una volta che si sia optato per il doppio cognome s'impone un criterio per combinarlo: e dinanzi a questo problema un riflesso istintivo spinge invariabilmente all'alfabeto apparendo ogni altro sistema – ed in specie quello di anteporre il cognome paterno al materno, o viceversa – discriminatorio per ragioni di genere.

L'ultima constatazione, a questo punto, può apparire banale, ma anche le banalità vanno a volte rimarcate, perché prima di correre a imitare i modelli europei si dovrebbero attentamente soppesare, insieme alle norme, anche i limiti che hanno evidenziato e le critiche da cui sono tuttora bersagliati, nella consapevolezza che «*qu'il n'y a pas de solution miracle*» [33] e che una riforma ben ponderata sarebbe comunque preferibile a un continuo cantiere legislativo, come talvolta ci appaiono appunto gli altri sistemi. Ma l'attendismo è un lusso di cui il legislatore non può abusare, perché a furia di stare alla finestra finisce soltanto per osservare i giudici costretti a fare il suo mestiere. Il che ci porta al caso italiano [34].

---

zialmente modificato per ragioni di coordinamento sistematico), ma con alcune significative differenze in quanto non contempla il caso del disaccordo (ma solo l'assenza di dichiarazione congiunta) né prevede, per ovvie ragioni, il criterio residuale del nome paterno. In Belgio è l'art. 335 *ter* cod civ. a regolare il cognome del figlio di due donne, la madre e la «*coparente*».

[33] Come ammette J.-J. LEMOULAND, *La loi n. 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière,* n. 11, 15 marzo 2002, act. 53. Come nota CICILE-DELFOSSE, *op. cit.,* n. 24, a dispetto dei multipli ritocchi a cui è stato sottoposto, l'art. 311-21 cod. civ. fr. continua a rimanere esposto alle critiche della dottrina, anche dopo gli innesti del 2013. In particolare la dottrina dei due Paesi non ha mancato di sollevare rilievi critici sull'adeguatezza dell'autonomia a perseguire davvero l'uguaglianza: cfr. ad es. RENCHON, *op. cit.,* pp. 21 e 23; M.-P. BAUDIN-MAURIN, *Faut-il aller encore plus loin dans la réforme des règles de dévolution du nom de famille? (Proposition de retouche des articles 311-21 et suivants du Code Civil, pour parfaire l'accomplissement du but libéral et égalitaire poursuivi par la loi du 4 mars 2002),* in *Droit de la famille*, n. 11, novembre 2005, étude 23. Sull'imbarazzo del legislatore, tradito dalle continue riforme: M. MALAURIE-VIGNAL, *Où le nom d'usage est prisonnier des règles de droit,* in *Recueil Dalloz,* 2009, p. 1385.

[34] Sulla tecnica del «*temporeggiamento*» del legislatore italiano, che nasce dall'opportunismo politico e autorizza la «*funzione di supplenza*» della Corte costituzionale v. CARBONE, *Per la Corte*, cit., p. 169. Sui delicati equilibri tra (inerzia del) legislatore e (interventismo del) giudice delle leggi, di cui la vicenda del cognome rappresenta un caso esemplare, oltre ai contributi che verranno nel prossimo § 3, si vedano: E.

3. – In attesa del legislatore, infatti, la disciplina italiana dei cognomi ha preso a riplasmarsi sotto la spinta delle Corti; ma con una buona dose d'inevitabile improvvisazione, giacché quegli interventi, più che tracciare un quadro di riforma organico, già rifinito in tutti i suoi dettagli, si sono via via adeguati al modo stesso in cui le istanze egualitarie delle singole vicende si venivano imponendo all'attenzione dei giudici. I quali, almeno fino al febbraio scorso, avevano potuto decidere (o deciso di decidere) senz'altra preoccupazione se non il "caso concreto", mostrando ancora di confidare, per tutto il resto, nel doveroso intervento della politica.

Velocemente ricordo infatti che tra il 2014 e il 2016 il nostro sistema di devoluzione dei cognomi è stato scosso da due decisive pronunce, la prima proveniente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo [35]. La quale, investita della medesima vertenza su cui la Corte costituzionale si era dichiarata impotente otto anni prima (per il carattere troppo manipolativo della decisione richiesta), è pervenuta a condannare l'eccessiva rigidità del sistema italiano nella celebre decisione relativa a una coppia di coniugi milanesi che, per omaggiare la memoria del nonno materno e non lasciarne estinguere il cognome [36], aveva pervicacemente e – per quel che più interessa – *concordemente* chiesto di poter trasmettere alla figlia il solo cognome della madre.

Era quindi destino che anche in Italia il grande argomento per smantellare il vecchio sistema onomastico facesse leva sulla *concorde volontà* dei genitori e, dunque, sul principio della loro autonomia, croce e delizia, come si è visto, delle riforme europee. Ed era altresì inevitabile che quella condanna venisse a convincere la Consulta a dismettere

---

MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *Nomos*, 1/2021, p. 9 ss. e E. FRONTONI, *Il cognome del figlio: una questione senza soluzione?,* in *Osservatorio cost.*, 4/2020, p. 284 ss.

[35] Corte eur. dir. uomo, 7 gennaio 2014, ric. n. 77/07, Cusan-Fazzo vs Italia, sulla quale vedi, ad es., M. ALCURI, *L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *Dir. fam pers*., 2014, p. 55 ss.; V. CORZANI, *L'attribuzione del cognome materno di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it*., 2014, p. 2670 ss.; V. CARBONE, *La disciplina italiana del cognome dei figli nati dal matrimonio*, in *Fam. e dir*., 2014, p. 212 ss.; S. STEFANELLI, *Illegittimità dell'obbligo del cognome paterno e prospettive di riforma*, in *Fam. e dir*., 2014, p. 221 ss.; C. BATTIATO, *Il cognome materno alla luce della recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Osservatorio cost.*, 2014, p. 1 ss.; E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?*, in *Consulta on line*, 2014, p. 1 ss. e GIARDINA, *Il cognome del figlio e i volti dell'identità,* cit.

[36] Estinzione paventata a causa dell'assenza di nipoti maschi a cui lasciarlo (secondo una preoccupazione che, come si è visto, almeno a livello declamatorio non era stata estranea al legislatore francese del 2002). Rispetto a tali motivazioni, si vedano i rilievi critici di S. NICCOLAI, *Il diritto delle figlie trasmettere il cognome del padre: il caso Cusan e Fazzo c. Italia*, in *Quaderni cost*., 2/2014, p. 453 ss.

l'atteggiamento prudente che fino ad allora ne aveva guidato le pronunce, nel 1988 [37] e ancora nel 2006 [38], allorché, pur rilevando nell'automatica trasmissione del cognome paterno uno strappo all'eguaglianza, si era appunto fermata dinanzi alla molteplicità delle soluzioni possibili per svecchiare il sistema, in nome della discrezionalità del Parlamento.

Rotti ora gli indugi, l'occasione propizia per un intervento risolutivo veniva offerta da un nuovo caso che a costruirlo *in vitro* non avrebbe potuto valorizzare meglio, e in un solo colpo, l'eguaglianza tra i genitori e l'identità del figlio, giacché una coppia di coniugi genovesi, italiano lui e brasiliana lei, aveva chiesto di dare al proprio figlio (titolare di doppia cittadinanza) *anche* il cognome materno già attribuito secondo la legge del Brasile; e ciò appunto per risparmiargli quella cesura identitaria che gli sarebbe derivata dal trovarsi in una patria con due cognomi; e nell'altra dimezzato come un visconte di Calvino [39].

Ognuno conosce il risultato, che si è tradotto nella ben nota sentenza n. 286/2016 [40], con cui la Corte – richiamandosi all'eguaglianza tra i genitori, ma anche al diritto del figlio ad una piena costruzione identitaria attraverso l'attribuzione di entrambi i loro cognomi [41] – ha dichiarato l'illegittimità della norma implicita desumibile dagli artt. 237,

---

[37] Corte cost., 11 febbraio 1988, n. 176, in *Foro it*., 1988, I, c. 1811 e Corte cost., 19 maggio 1988, n. 586, in *Giust. civ*., 1988, I, p. 1649. Su tali prime pronunce cfr., ad es., L. SANTORO, *op. cit.,* p. 477 ss. e S. SCAGLIARINI, *Dubbie certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *Rivista AIC*, 2/2017, p. 1.

[38] Corte cost., 16 febbraio 2006, n. 61, in *Giur. cost*., 2006, p. 543, seguita dal commento di E. PALICI DI SUNI, *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*. Nella specie, la Corte ritenne che un'effettiva pronuncia di incostituzionalità avrebbe lasciato aperte una serie di opzioni su cui solo il legislatore avrebbe potuto esprimersi, ossia: 1) l'esclusività o meno del criterio della volontà dei coniugi; 2) le possibili deroghe alla regola; 3) l'unicità della scelta per tutti i figli della coppia, o il suo possibile rinnovamento alla nascita di ciascuno di essi.

[39] Si tratta della vicenda dei coniugi Galli e Megalhaes, ripercorsa dall'avvocatessa che ne aveva patrocinato la causa in sede di audizioni alla Commissione al Senato: *http://www.senato.it/leg/17/BGT/ Schede/Ddliter/documenti/44852_documenti.htm.*

[40] Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Familia*, 2017, p. 61 ss. con nota di BRIZZOLARI, *Il cognome materno in aggiunta a quello paterno: una realtà anche in Italia*, cit. Alla sentenza sono stati comprensibilmente dedicati numerosi commenti, tra i quali v. almeno quelli a firma di: B. AGOSTINELLI, *Confini europei del diritto di famiglia: il matronimico nel dialogo tra le corti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2018, p. 369 ss.; E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori e identità personale del figlio*, in *Fam. e dir*., 2017, p. 218 ss.; F. ASTONE, *Il cognome materno: un passo avanti, non un punto d'arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare*, in *Giur. cost*., 2017, p. 485 ss.; D. BERLOCO, *Cognome della madre – Sentenza della Corte Costituzionale n. 286 in data 8 novembre-21 dicembre 2016*, in *Stato civ. it*., 2017, p. 4 ss.; G. CASABURI, *La Corte costituzionale apre al cognome materno, ma restano molte questioni irrisolte*, in *Foro it*., 2017, I, c. 6 ss.; CARBONE, *Per la Corte costituzionale i figli possono avere anche il cognome materno*, cit.; FAVILLI, *Il cognome tra parità dei genitori e identità dei figli*, cit.

[41] Pone giustamente l'accento su questa doppia argomentazione F. ASTONE, *op. cit.*, p. 493. Rispetto al di-

262 e 299 cod. civ.; 72, comma 1, del r.d. n. 1238/1939; e 33 e 34 del d.P.R. n. 396/2000, nella parte in cui non consente ai genitori, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, «*anche*» il cognome materno.

La dottrina ha già ampiamente scandagliato pregi e difetti della pronuncia. Mi limito perciò a evidenziare due profili, il primo dei quali è la continuità nella discontinuità rispetto al precedente di Strasburgo: in effetti, mentre la Corte EDU si era pronunciata sulla domanda di una coppia che pretendeva l'imposizione del solo cognome materno, e non aveva ritenuto bastevole l'aggiunta di esso al paterno concessa dal prefetto nelle more del giudizio [42], la vicenda giunta a sentenza nel 2016 concerneva tutt'all'opposto una coppia che proprio sul doppio cognome paterno-materno aveva fondato fin dall'inizio la propria istanza.

In entrambi i casi, però, l'esito era stato di erodere i rigidi automatismi del cognome paterno in nome del «*comune accordo*» dei genitori; comune accordo che nella pronuncia della Corte costituzionale – chiamata a costruire un percorso di uscita dal passato, e non solo a condannarne i retaggi – si era concretato nell'ammissibilità di un inedito sistema a due cognomi in stile iberico, fondato sull'ancor più inedito criterio dell'autonomia. Ma un'autonomia innestata, come una testa nuovissima, sul corpo vecchissimo della consuetudine, in una sintesi malferma.

Va infatti detto che se la trovata della norma «legale implicita» è stata una fine astuzia

---

battito nazionale e sovranazionale, per lo più incentrato sul problema dell'eguaglianza *della madre*, l'aver attirato l'attenzione sul diritto *del figlio* di essere identificato con entrambi i cognomi rappresenta – scrive Astone – un'impostazione senz'altro originale della nostra Corte. Presa tale direzione, tuttavia, non si vede come l'autonomia possa coniugarsi con l'interesse del figlio, giacché i suoi genitori potrebbero inopinatamente convenire di passargli un solo cognome, mortificando le sue pretese identitarie. Sotto questo punto di vista appare dunque preferibile – se non nel merito, almeno in termini logici – la posizione della dottrina che si schiera per *l'obbligatorietà* del doppio cognome, sia per evitare l'«*eterogeneità delle scelte*» che nascerebbe dal consentire a ogni famiglia di decidere in ordine sparso; sia, soprattutto, per evitare che i figli possano subire la «*defalcazione di una parte della storia familiare*»: così S. TROIANO, *Il cognome dei figli ancora al vaglio della Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2021, p. 603. Cfr. altresì AL MUREDEN, *op. cit*., p. 223 e FAVILLI, *op. cit*., p. 827. In effetti, «*a prendere sul serio l'argomentazione del giudice delle leggi, se è vero che l'attribuzione dei cognomi di entrambe le figure genitoriali è la soluzione che garantisce il diritto del figlio alla piena e completa realizzazione della propria identità personale, dovrebbe ritenersi che solo tale modalità di attribuzione (automatica) del cognome sia conforme a Costituzione*»: così SCAGLIARINI, *op. cit.,* p. 10.

[42] Ricordo, infatti, che nelle more della causa Cusan-Fazzo dinanzi alla Corte EDU il prefetto aveva autorizzato l'*aggiunta* del cognome materno; ma tale concessione amministrativa era stata ritenuta insufficiente – dai coniugi e dalla Corte – ad appagare il desiderio di dare alla figlia *soltanto* il cognome Cusan. Quale fosse, invece, il desiderio della figlia – ormai divenuta quattordicenne – non è dato sapere, essendo rimasto il suo interesse il «grande assente» di quella lunga vicenda giudiziaria, come lo ha definito un'attenta giurista (GIARDINA, *op. cit.,* p. 140), ai cui condivisibili rilievi faccio rinvio.

per elevare al rango di norma primaria un uso inveterato al solo fine di sbarazzarsene (*promoveatur ut amoveatur …*), non altrettanto felice è stato l'esito di quella decisione. Intendiamoci: nell'ottica da cui tutto era partito, la sentenza del '16 aveva reso una risposta di certo appagante permettendo l'aggiunta del cognome materno a una coppia che non chiedeva di meglio [43]. Ma nella prospettiva di tutte le coppie possibili, quale regola *di fondo* veniva riconsacrata? La solita, atavica prevalenza del «*patronimico*» (nell'accezione ampia con cui la Corte usa tale termine) [44]. Il quale, seppur bistrattato per la sua incostituzionalità, usciva confermato nel ruolo cruciale di criterio residuale [45], così da smentire quell'idea di eguaglianza che proprio l'accordo avrebbe dovuto esaltare [46].

Effettivamente, ben prima di essere l'esito virtuoso dell'autonomia, l'eguaglianza dovrebbe esserne la premessa, perché solo chi è uguale ha uguale potere negoziale; e sarebbe bastato dare una scorsa alle accidentate riforme francese e belga e all'antecedente tedesco (*retro*, § 2) per rendersi conto che se si affida il cognome all'accordo dei privati non può trascurarsi un dato logico elementare: quello per cui *nessuna parte dovrebbe ottenere dal mancato accordo più di quanto potrebbe ottenere negoziando*. Altrimenti,

---

[43] Si era insomma trattato di un intervento «*minimale*» e «*sagomato sulla fattispecie in esame*» come quello suggerito, in critica alla sentenza n. 61/2006 della Consulta e all'indomani della decisione Cusan-Fazzo, G.P. DOLSO, *La questione del cognome familiare tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 749.

[44] Patronimico, in senso proprio, è il nome o il cognome che deriva direttamente dal nome del padre per mezzo di un suffisso: dal Pelide Achille dei greci fino ai Petrovič e alle Petrovne della tradizione russa, passando per il gran numero di cognomi che *furono* davvero, ma solo alle origini, derivazioni del nome paterno: dal Di Pietro italiano al Petersen scandinavo al Perez ispanico. Cfr. la voce «*patronimico*» sull'enciclopedia Treccani *on line*.

[45] Assunto l'*accordo* quale criterio per *derogare* alla regola ereditata dalla tradizione, non poteva infatti trarsi altra conclusione; e la stessa Corte doveva ammetterlo senza entusiasmo, rinviando, con troppa fede, all'opera emendatrice del legislatore: «*in assenza dell'accordo dei genitori, residua la generale previsione dell'attribuzione del cognome paterno, in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità*» (punto 6 della sentenza n. 286).

[46] Il punto non ha mancato di essere colto, fin dal primo istante, da un'attenta dottrina: si veda CASABURI, *La Corte costituzionale apre*, cit., c. 6 ss., il quale sottolineava il carattere piuttosto illusorio del nuovo "diritto" della madre a trasmettere il proprio cognome, in quanto «*[t]ale facoltà, presupponendo esclusivamente l'accordo tra i genitori, finirebbe infatti per dipendere dalla volontà discrezionale (per non dire da una scelta incensurabile ed arbitraria) del padre*». V. altresì FAVILLI, *Il cognome*, cit., p. 826: «*Il dissenso del padre è in grado di paralizzare* […] *l'aspirazione della madre ad aggiungere il proprio cognome*». Insomma: siccome idonea a «*scardina[re] il patronimico automatico*» – AGOSTINELLI, *op. cit.*, p. 377 – la soluzione uscita dalla sentenza del 2016 era «*intrinsecamente fragile*» – M.N. BUGETTI-F.G. PIZZETTI, *(Quasi) al capolinea la regola della trasmissione automatica del patronimico i figli*, in *Fam. e dir*., 2021, p. 471 – ed era dunque destinata ad essere a sua volta travolta.

perché negoziare? Perché spingere i genitori ad accordarsi sui cognomi per «*rimediare alla disparità fra di loro se* poi – come si legge in un comunicato stampa della stessa Corte costituzionale dello scorso febbraio – *in mancanza di accordo prevale comunque quello del padre?*» [47].

Rosa da questi dubbi, stufa di attendere l'«*indifferibile*» – ed improbabile – intervento del legislatore [48], all'inizio di quest'anno la Corte ha dunque deciso di provare a levarsi da sola dal guado a mezzo del quale si era arrestata nel 2016; e cogliendo al volo un'altra occasione buona – offerta questa volta da due genitori bolzanini, non sposati, che avevano chiesto di poter dare alla figlia il *solo* cognome materno, pur avendola riconosciuta insieme – con l'ordinanza n. 18/2021 ha sollevato dinanzi a se stessa la questione di costituzionalità dell'art. 262, comma 1, cod. civ. «*nella parte in cui, in mancanza di diverso accordo, impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori*», così aprendo l'ultimo capitolo – per ora – dei complicati rapporti tra la Consulta e il sistema dei cognomi [49].

---

[47] Ufficio stampa della Corte costituzionale, comunicato dell'11 febbraio 2021, *Cognome dei figli: la Consulta dubita che la piena parità dei genitori sia garantita da un accordo sulla scelta.* Un primo comunicato (intitolato: *Sulla regola del cognome paterno, la Corte solleva questione di costituzionalità davanti a se stessa*) era già stato diffuso il 14 gennaio 2021 subito dopo la camera di consiglio, in attesa del deposito delle motivazioni.

[48] Cfr. *retro* in nota 45 il punto 6 della sentenza n. 286/2016; la quale, proprio in virtù di tale rinvio ad una futura opera di sistematizzazione, veniva ad assumere i tratti di una «*decisone "ponte"*», come l'ha definita FRONTONI, *op. cit.*, p. 280.

[49] Corte cost., 11 febbraio 2021, n. 18 (redattore il giudice Amato, lo stesso – com'è noto – della sentenza n. 286/2016), consultabile sul sito della Consulta *www.cortecostituzionale.it*, così come i comunicati stampa citati nella nota che precede e come l'ordinanza di rimessione n. 78 del Trib. Bolzano, 17 ottobre 2019. La dottrina non ha mancato di rilevare la particolarità di tale procedura di autorimessione, il cui impiego, se si guarda ai precedenti, è sempre stato assai misurato. Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Forza e i limiti dell'autorimessione della questione di costituzionalità (A proposito della ord. n. 18/2021)*, in *Quaderni cost.*, 2/2021, p. 414 ss. Colpisce, nel caso in esame, la volontà della Corte di approfittare del dubbio sollevato dal giudice di Bolzano per allargare il tema da una singola disposizione a un intero sistema normativo (SANTORO, *L'attribuzione del cognome*, cit., p. 482 e G. MONACO, *Una nuova ordinanza di "autorimessione" della Corte costituzionale,* in *Federalismi.it*, 11/2021, p. 167 e *passim*; G. SULPIZI, *Un cambio di passo nel diritto di famiglia: l'ordinanza n. 18/2021 della Corte costituzionale e la questione della trasmissione del cognome materno*, marzo 2021, on line su in *iusinitinere.it.*), autorimettendosi «*una questione che in passato avrebbe definito inammissibile*» (FRONTONI, *op. cit.,* p. 284); ma se ciò dimostra soltanto quanta «*acqua è passata sotto i ponti*» nella percezione del proprio ruolo da parte della Consulta (MALFATTI, *Ricostruire la 'regola' del cognome*, cit., p. 10), non vanno neppure taciuti i rischi che questo nuovo corso può comportare nei delicati equilibri tra legislatore e giudice delle leggi. In effetti, se l'indolenza del primo non può tollerarsi all'infinito, non va esente da perplessità neppure la prospettiva «*che il giudizio di costituzionalità in via incidentale possa trasfigurarsi […] nella "mera occasione", da cui la Corte prende semplice "spunto" per affrontare questioni di vasta portata sistemica, andando ben al di là del petitum del giudi-*

Ovviamente, la circostanza che la sentenza del 2016 concernesse un figlio "matrimoniale" e che quella di cui siamo in attesa riguardi invece un figlio nato fuori del matrimonio nulla toglie al fatto che entrambe rappresentino (e rappresenteranno) le tappe di un unico cammino; lungo il quale, tuttavia, la Corte sembra aver preso coscienza delle aporie insite nella pronuncia di cinque anni fa. Di qui le remore a replicarne semplicemente lo stilema e dichiarare incostituzionale l'art. 262 nella parte in cui, in caso di riconoscimento sincrono, non consente «*di comune accordo*» di attribuire «*solo*» il cognome materno; giacché ai nuovi spazi che in tal modo si sarebbero procurati all'autonomia privata avrebbe di nuovo fatto da contraltare il rischio di un potere di veto del padre – non quello del caso concreto, va da sé, ma il padre di ogni ideale caso futuro – a sua volta scaturente dalla riconferma della medesima regola residuale tratta dalla tradizione.

«Laddove fosse riconosciuta la facoltà dei genitori di scegliere, di comune accordo, la trasmissione del solo cognome materno – si legge infatti in un passo dell'ordinanza – la regola che impone l'acquisizione del solo cognome paterno dovrebbe essere ribadita in tutte le fattispecie in cui tale accordo manchi o, comunque, non sia stato legittimamente espresso; in questi casi, verosimilmente più frequenti, dovrebbe dunque essere riconfermata la prevalenza del cognome paterno, la cui incompatibilità con il valore fondamentale dell'uguaglianza è stata da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte». Insomma, proprio come aveva già dovuto constatare la Corte costituzionale belga nel 2014 (o il Bundesverfassungsgericht molti anni prima) «neppure il consenso, su cui fa leva la limitata possibilità di deroga alla generale disciplina del patronimico, potrebbe

---

zio a quo»: così BUGETTI-PIZZETTI, *op. cit*., p. 469. Una sorta di «*passe-partout*» – come ha efficacemente scritto SANTORO, *op. ult. cit.*, p. 483 – per eliminare una norma costituzionale: un fine ottimo, dunque, ma perseguito con uno strumento opinabile. A meno che – come ipotizzato da altri Autori – la scelta dell'autorimessione sia un espediente per guadagnare tempo e spingere finalmente il legislatore ad agire, fornendogli «*su un piatto d'argento (per il tramite del dispositivo dell'ord. 18/2021) la soluzione praticamente obbligata*»: così E. MALFATTI, *op. ult. cit.*, p. 12. La politica è però avvisata: «*in assenza di una nuova disciplina, [la Corte] non si fermerà neppure di fronte al limite della discrezionalità del legislatore*»: MONACO, *op. cit*., p. 174, il quale esprime tuttavia timori in ordine al superamento di tale limite e al rischio di confusione di ruoli che ne può derivare (p. 175). In un modo o nell'altro, l'ord. 18/2021 è dunque espressione dell'atteggiamento via via più «*interventista*», ed anzi «*muscolare*» della Corte sul tema dei cognomi, come scrive G. CASABURI, *La Corte costituzionale chiama, la Consulta risponderà: conto alla rovescia per la prevalenza del patronimico*, in *Foro it.,* 2021, I, c. 1951 ss. Benché prevedibile – continua Casaburi – tale atteggiamento era tuttavia evitabile, in quanto la richiesta avanzata dalla coppia di Bolzano avrebbe potuto essere accolta già in forza di una lettura non meramente letterale della sentenza n. 286/2016; e perché – aggiunge ancora l'A. – la stessa regola suppletiva del cognome paterno avrebbe potuto disinnescarsi per via interpretativa, facendo rientrare la scelta del cognome, in caso di disaccordo dei genitori, tra le questioni «*di particolare importanza*» per il figlio ai sensi dell'art. 316 cod. civ., così da poterne rimettere la decisione al giudice.

ritenersi espressione di un'effettiva parità tra le parti, posto che una di esse non ha bisogno dell'accordo per far prevalere il proprio cognome» [50].

I giochi, a questo punto, parrebbero fatti, essendo ormai chiaro che se si vuole un sistema incentrato sulla volontà dei genitori, esso non va costruito dal principio dell'accordo, ma dal criterio "di chiusura" per i casi di disaccordo o di non-scelta. Così com'è ormai acquisito che un assetto contrario ai valori costituzionali non può essere risparmiato solo per il timore del vuoto che un Parlamento indolente lascerebbe non esercitando in tempi ragionevoli le sue prerogative, poiché in tal caso starebbe alla Consulta colmarlo, ricorrendo a «*criteri di riempimento*» ricavati dalle coordinate del sistema «*ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato*» [51]. Il tutto, beninteso, in via formalmente provvisoria, per così dire, ché l'ultima parola spetterebbe comunque alla legge; nella consapevolezza, però, che nulla in Italia è più provvisorio del definitivo; e nulla più definitivo del provvisorio [52].

Viste le premesse, tutto lascia dunque presagire che la Corte si spingerà questa volta a fulminare il "patronimico" *in quanto criterio suppletivo*; e se si considera la formulazione stessa del quesito d'incostituzionalità auto-sollevato, così come la sottolineatura «*del paritario rilievo di entrambe le figure genitoriali*» e del diritto del figlio «*ad essere identificato, sin dalla nascita, attraverso l'attribuzione del cognome di entrambi i genitori*» – come già statuiva la precedente pronuncia n. 286/2016 [53] – ce n'è abbastanza per credere che i giudici opteranno per i due cognomi quale criterio residuale. Ma in quale ordine? [54]

---

[50] Corte cost., ord. n. 18/2021 cit.: si vedano i "*considerato*" n. 13 e n. 14, rispettivamente.

[51] In questo senso, si vedano le sentenze n. 40 e 242/2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016 della Consulta. Sull'idea «*sempre più pervasiva nella giurisprudenza costituzionale*», secondo cui la tutela dei diritti fondamentali deve prevalere nel bilanciamento con l'esigenza di lasciare spazio alla discrezionalità di un legislatore inerte: MALFATTI, *Ri-costruire,* cit., p. 9. A date condizioni, la Corte supera dunque la teoria delle "rime obbligate" e si fa carico di ricostruire la soluzione migliore tra una rosa di ipotesi astrattamente selezionabili: cfr. TROIANO, *op. cit.,* p. 598 s. e FRONTONI, *op. cit.*, p. 285.

[52] Secondo il noto aforisma di Giuseppe Prezzolini. Ed in effetti, come è stato rilevato, la vicenda del cognome rischia di diventare «*emblematica di come il protrarsi dell'inerzia legislativa abbia trasformato la "supplenza temporanea" della Corte in una "sostituzione definitiva" dell'organo rappresentativo*»: FRONTONI, *op. cit.*, p. 289.

[53] Cfr. Corte cost., n. 286/2016, punto 3.4.1 della motivazione. Sul chiaro *favor* della sentenza n. 286/16 per il doppio cognome v., ad es., FAVILLI, *op. cit*., p. 827.

[54] Che il doppio cognome sia la soluzione che emergerà, quale regola di chiusura, dalla sentenza di cui siamo in attesa è profezia fin troppo facile, viste le premesse e la probabilità davvero modesta che la Corte respinga una questione da lei stessa sollevata. In questo senso si vedano, sia pure con diversità d'accenti, le condivisibili previsioni di S. TROIANO, *op. cit.*, p. 601 s.; SANTORO, *op. cit.*, p. 476 ss.; BUGETTI-PIZZETTI, *op. cit*., p. 470; MONACO, *op. cit*., p. 167; CASABURI, *op. ult. cit.*, c. 1951 ss.; MALFATTI, *op. ult. cit.*, p. 7 nonché

È l'unico punto, in verità, su cui l'ordinanza n. 18/2021 non si sbottona. Tuttavia, se si escludono criteri empirici di dubbia praticabilità (come il sorteggio [55] o i giorni alterni [56]); e se si scarta altresì la sistematica anteposizione di un cognome all'altro (del paterno, quale vischioso omaggio alla tradizione; del materno, quale ostentato ripudio della stessa), che lascerebbe comunque inappagati i puristi dell'eguaglianza, sarà necessario per la Corte cercare altrove. E allora, se si considerano gli orientamenti emergenti – come si è visto – dai disegni di legge parlamentari (a cui la Consulta potrebbe decidere di conformarsi quale atto di leale collaborazione [57] col legislatore nel cercare un riempitivo al vuoto aperto dalla pronuncia) non è azzardato supporre che anche da noi, alla fine, ci si affiderà all'impassibile neutralità dell'alfabeto. Dunque, tutto risolto?

4. – Ritorniamo da capo e ai luoghi comuni che si candidano a riformare – come si vede – la disciplina dei cognomi. Come detto in premessa, pensare che l'autonomia o il

---

FRONTONI, *op. loc. ult. cit*., che scrive: «*Nel 2016, il giudice costituzionale era arrivato a prevedere l'aggiunta del cognome materno in caso di accordo tra la madre e il padre, ora, a fronte del mancato seguito alla sua decisione, è pronto a superare la necessità della concorde volontà dei genitori per imporre l'attribuzione di entrambi i cognomi*». La scelta del doppio cognome, secondo Frontoni, sarebbe ormai irrevocabile e s'imporrebbe anche al futuro legislatore (*ibid*., p. 290). Su tale profilo, tuttavia, le previsioni degli interpreti non collimano, ritenendo in molti che l'esito più probabile (o auspicabile, a seconda dei punti di vista) sarà di lasciare ai genitori la libertà di scegliere di passare al figlio il cognome dell'uno o dell'altro o di entrambi, con un «*ampliamento della rilevanza dell'accordo*» secondo una logica di «*privatizzazione […] panprivatistica*»: così ancora CASABURI, *op. loc. ult. cit.* Quanto poi alla collocazione in ordine alfabetico in caso di disaccordo si vedano, ancora, le condivisibili prognosi di SANTORO, *op. cit*., p. 476 e 479, che ipotizza il verosimile obbligo, per l'ufficiale di stato civile, di imporre entrambi i cognomi in tale ordine, a meno che non si decida di rimettere la decisione al giudice. Il quale – mi permetto di aggiungere per inciso – per levarsi d'impaccio finirebbe comunque, nei casi ordinari, per rifugiarsi nel medesimo criterio.

[55] A quanto mi consta, l'unico sistema chi prevede il sorteggio in caso di disaccordo è il già cit. art. 57 cod. civ. lussemburghese. Contro il sorteggio, troppo "ludico" in rapporto a un atto che richiederebbe una certa solennità: B. ZARCA, *La transmission du nom: identité et dualité. Les termes du débat public*, in *Esprit*, 2002, p. 96.

[56] Una proposta in tal senso, di variare cioè l'ordine di combinazione dei cognomi nei giorni pari e dispari, fu presentata da un deputato, senza successo, nel dibattito del 2013 all'Assemblea nazionale francese: riporta la notizia CICILE-DELFOSSE, *op. cit*., n. 85.

[57] Su questa possibile "sintonizzazione" col Parlamento si veda anche SANTORO, *op. cit.*, p. 477 ss. il quale ritiene auspicabile e probabile che la Corte, in un'ottica di «*leale collaborazioni istituzionale*» tenga conto dei d.d.l. di riforma del cognome proposti nell'attuale legislatura, «*i quali, pur provenendo da diverse forze politiche (che sarebbero peraltro attualmente maggioritari in Parlamento) ciò nondimeno registrano una significativa comunanza pratica di fondo*». Rifacendosi apertamente alle iniziative parlamentari pendenti – argomenta ancora Santoro – la Corte si porrebbe in minore discontinuità rispetto al legislatore, ed anzi fungerebbe da «*"catalizzatore" finale dell'iniziativa legislativa […] paralizzata o abortita a causa dei notissimi problemi strutturali relativi al processo di produzione delle leggi*» (p. 480).

criterio alfabetico siano la panacea di tutti i mali è una convinzione piuttosto ingenua. Soprattutto, è un approccio miope, che considera solo i vantaggi nell'immediato e trascura le ripercussioni nel lungo periodo; il quale, tuttavia, è la dimensione temporale in cui i cognomi hanno da sempre esplicato il loro ruolo. Fin da quando – collassato da gran tempo il sistema onomastico romano e impostosi il nome unico per tutto l'alto medioevo – a partire dall'XI secolo i cognomi rinacquero poco a poco. Dapprima come appellativi ancora individuali, tratti da un patronimico (Leonardo di Angelo), un toponimo (Leonardo del ponte), un mestiere (Leonardo il maestro), un matronimico (Leonardo di Agnese), un soprannome (Leonardo il bruno). E poi, superata questa fase embrionale, essi si fecero davvero ereditari, trasmettendosi di generazione in generazione (a tutti gli Angeleri, i Daponte, i Magistri, gli Agnesi e i Bruno) a prescindere dal matronimico o dal patronimico in senso proprio, dal mestiere svolto, dai tratti fisici, dal luogo di residenza e così via [58].

Ora, nei secoli in cui si fissarono, quei cognomi assorbirono l'eredità della storia pregressa (non foss'altro perché moltissimi di essi erano derivati da etimi a loro volta germanici, latini, greco-bizantini o di origine religiosa) [59]; e nei secoli seguenti non smisero mai di ramificarsi e moltiplicarsi seguendo la «*complessità e varietà delle nostre storie politico-culturali e dialettali*» [60]. Il risultato è l'enorme ricchezza del patrimonio dei cognomi italiani, che conta ben più di 300 mila forme. Ciascuna di esse rappresenta, nella prospettiva individuale, un elemento dell'identità personale. Ma nel loro insieme esse formano un tratto identitario del nostro Paese; quasi un aspetto del suo patrimonio immateriale [61]. Il quale, allora, andrebbe preservato contro i rischi di un impoverimento indotto

---

[58] Sulla lenta rinascita dei cognomi a partire dai secoli XI e XII cfr. S.M. COLLAVINI, *I cognomi italiani nel Medioevo: un bilancio storiografico*, in *L'Italia dei cognomi. L'antroponimia italiana nel quadro mediterraneo*, a cura di Addobbati, Bizzocchi e Salinero, University Press, Pisa, 2012, p. 59 ss.; R. BIZZOCCHI, *I cognomi degli Italiani. Una storia lunga mille anni*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 20 ss.; E. SPAGNESI, *Nome (storia)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. XXVIII, 1978, p. 290 ss.; M. LA TORRE, *Il nome: contrassegno dell'identità personale*, in *Giust. civ.*, 2013, II, p. 455.

[59] Cfr. E. DE FELICE, *Dizionario dei cognomi italiani*, Arnoldo Mondadori ed., Milano, 1978, p. 15 ss.

[60] BIZZOCCHI, *I cognomi degli Italiani*, cit., p. 29.

[61] Non così dissimile, a ben vedere, da quelle tradizioni vive trasmesse dal passato che concorrono a formare il patrimonio immateriale specifico di ogni Paese, che l'Unesco censisce e protegge col fine prioritario di favorirne la trasmissione a chi verrà dopo di noi (cfr. la *Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale*, conclusa a Parigi il 17 ottobre 2013 la consultabile online all'indirizzo *https://ich.unesco.org/doc/src/00009-IT-PDF.pdf*). In forza di tale Convenzione, il patrimonio immateriale si caratterizza – tra l'altro – per il fatto di essere trasmissibile di generazione in generazione, per essere in stretta dipendenza con l'ambiente e la storia, per il fatto di permettere ai gruppi e ai singoli di elaborare dinamicamente il senso di appartenenza sociale e culturale. I cognomi non appaiono lontani da questa nozione ideale.

dalla legge d'inerzia o da modifiche affrettate, secondo una preoccupazione ben avvertita in altri ordinamenti [62]; mentre in Italia, salvo qualche accenno del tutto sporadico [63], è rimasto sorprendentemente assente dal dibattito politico e giuridico sul tema.

La radicale sottovalutazione di tali implicazioni, unita alla fideistica speranza riposta nell'alfabeto, non può che lasciare perplessi, perché non è difficile intuire l'effetto "depressivo" che l'adozione secca di un simile criterio avrebbe sulla ricchezza onomastica ereditata dal passato. S'immagini che quel criterio entri in vigore oggi e che sia abbinato, come molti indizi lasciano supporre, al doppio cognome. Da domani Zara, Zatti, Zorzi e Zuanazzi, padri o madri non importa, potrebbero comunque passare al figlio il proprio cognome; ma fatalmente (o quasi) in seconda posizione. E se tra una generazione a quel figlio dai due cognomi venisse imposto di passarne uno solo *e in ordine alfabetico* le conseguenze sarebbero irrimediabili, perché i cognomi in Z sarebbero tutti espunti dalla linea di trasmissione [64]. In breve, ogni due generazioni si perderebbe un'intera coorte di cognomi, a partire dall'ultima lettera dell'alfabeto a risalire.

Il calcolo, certo, è fatto alla grossa e non tiene conto di diverse variabili. Soprattutto – si potrebbe obiettare – fa torto al buon senso di legislatore e giudici, perché nessuno di loro ha mai pensato né penserebbe di applicare l'alfabeto in un modo tanto implacabile. Esso sarebbe pur sempre il criterio residuale, buono soltanto a non conculcare il libero gioco dell'autonomia; nella cui imprevedibile libertà starebbe il perpetuo antidoto contro gli automatismi selettivi di un ordine prefissato. Ciò varrebbe per i genitori di oggi; e

---

[62] Sulla ricchezza onomastica quale «*véritable capital culturel*» cfr. CICILE-DELFOSSE, *op. cit*., n. 8. È da notare che i francesi – i quali si sono intestati «*le record mondial de la diversité des noms de famille*» con addirittura pià di 1.200.000 cognomi, secondo i dati emersi durante le discussioni parlamentari del febbraio 2001 riportati da BERNARD, *Le nom de l'enfant né après l'entrée en vigueur de la loi n. 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille,* cit. – hanno fatto appello alla tutela del patrimonio onomastico sia per sollecitare la riforma dei cognomi, sia per contrastarne alcuni aspetti, mettendo in guardia contro quella che fu definita «*l'organisation institutionnelle de la disparition des noms de la fin de l'alphabet en quelques générations*»: per tali notizie v. ancora CICILE-DELFOSSE, *op. cit*., n. 85 e ivi ulteriori riferimenti.

[63] In un solo caso, nei lavori parlamentari sul citato d.d.l. S.1628, si rinviene un accenno critico, fugace e isolato, alla scelta del criterio alfabetico, a causa del quale «*alcuni cognomi (segnatamente quelli che iniziano con le ultime lettere dell'alfabeto) rischiano di estinguersi*»: resoconti dei lavori della 2ª Commissione del Senato (384ª seduta del 16 maggio 2017).

[64] Cfr. F. BELLIVIER, *Loi n. 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille*, in *RTD Civ*., 2003, p. 554 ss.: «*pour respecter l'égalité hommes/femmes, on peut être tenté d'accoler les deux noms dans l'ordre alphabétique mais alors les Z sont perdants*». Ricorda la stessa autrice che il criterio alfabetico era stato proposto anche durante le discussioni che avevano preceduto la legge del giugno 2003, ma senza successo, essendosi evidenziato il carattere poco egualitario dell'alfabeto per il rischio ad esso connesso «*de la disparition progressive des noms de la fin de l'alphabet*».

varrebbe per i figli di domani; i quali, ipoteticamente dotati di due cognomi, resterebbero padroni di scegliere quale trasmettere e quale dismettere, a capriccio. Insomma: l'alfabeto servirebbe all'autonomia; e l'autonomia, rimescolando le carte, neutralizzerebbe le storture dell'alfabeto.

Vero. Ma quante coppie, ragionevolmente, si siederanno intorno a un tavolo per decidere? Proprio le esperienze straniere ci mostrano quanto sia forte, in questa materia, la legge d'inerzia, che spinge a lasciare a meccanismi eterodeterminati l'attribuzione del cognome, sull'assunto mentale che "così è sempre stato". I più deciderebbero perciò di non decidere o si rassegnerebbero a non farlo; e a poco varrebbe protestare che anche quello è un modo per scegliere, perché così facendo il criterio alfabetico e le sue esternalità negative dilagherebbero ben al di là del perimetro che l'idea di una semplice regola residuale lascerebbe supporre [65]. Credendo di rifondare il sistema in chiave negoziale e dialogica, lo si affiderebbe invece ad una deresponsabilizzante e grigia casualità alfabetica…

E se invece quest'illazione fosse sbagliata? Se si riuscisse davvero a spingere o a convincere le parti che l'autonomia va esercitata? Eccoci dunque al cuore della questione, e al quesito che è quasi un tabù porsi vista l'universale deferenza che circonda il principio dell'accordo di un'aura sacrale: *ma siamo davvero sicuri che l'autonomia dei privati sia, in questa materia, un buon criterio?*

Ritengo sinceramente che no, non lo sia. E per più ragioni, la prima delle quali è il carattere divisivo della scelta. Scegliere – si sa – significa rinunciare [66]; ma scegliere, qui, può voler dire sollevare discussioni e contese [67], da cui non è detto che la coppia sappia uscire più coesa secondo la retorica per cui l'unità si rinsalda nel dialogo che cerca una sintesi di posizioni distanti. Le regole *ad hoc* che contemplano l'incapacità dei genitori di accordarsi sul cognome, previste in altri ordinamenti [68], sono la spia di questa conflit-

---

[65] Basti pensare che in Francia, in base a uno studio statistico del 2018 ricordato da LAROCHE-GISSEROT, *op. cit*., n. 44, solo l'11% dei nati nell'anno precedente aveva ricevuto un cognome scelto dai genitori.

[66] «*Choisir, c'est renoncer*» scrive CICILE-DELFOSSE, *op. cit*., n. 85.

[67] «*Choisir, c'est éliminer et susciter des rancœurs dévastatrices*»: così, senza mezzi termini, T. GARE, *La loi relative à la dévolution du nom de famille. L. n. 2003-516, 18 juin 2003*, in *La semaine juridique*, ed. gén., n. 30, 23 luglio 2003, act. 370. Sul rischio di incentivare inutili conflitti cfr., in termini altrettanto diretti, BERNARD, *op. cit*.: «*Or, quand on constate que certains couples ont déjà du mal à s'entendre sur le choix du prénom de leur enfant, on peut légitimement penser que des tensions vont, eu égard aux enjeux symboliques du choix, redoubler s'agissant du nom conféré à celui-ci. De la sorte, les conflits familiaux risquent de se multiplier. On peut donc perdre sur le terrain de la paix familiale ce que l'on va gagner sur celui de l'égalité parentale*». Segnala il rischio di «*conflits entre parents*» anche BAUDIN-MAURIN, *op. cit.*, n. 2.

[68] Cfr. l'art. 311-21, 1° alinea, ultimo periodo del *code civil* francese. Anche il fatto che la nostra Corte costituzionale consideri l'atteggiamento di chi ricusi l'accordo solo per «far prevalere» il proprio cognome

tualità che, liberata dall'autonomia, potrebbe non trovare in essa alcuno sbocco, e incancrenirsi. Perché «*prendersela con la legge non mette a repentaglio la coppia; ma dovertela prendere col proprio coniuge*» [69] o col proprio partner sì [70].

Oltretutto, si deve considerare che le rinunce rischiano di essere più brucianti (e le recriminazioni più pesanti) a causa di un principio che abbiamo già visto accolto negli altri ordinamenti [71] e che è ribadito in tutti i d.d.l. italiani con la forza di un dogma. Il quale – in nome dell'eguaglianza tra fratelli e sorelle e dell'unità anagrafica della famiglia – esige che il cognome deciso per il primogenito si replichi per tutti i successivi figli della coppia, senza possibilità, dunque, di quelle potenziali compensazioni che addolcirebbero in prospettiva un sacrificio iniziale; così da rendere manifesto che la scelta sul cognome configura un *unicum* non comparabile alle altre decisioni rimesse alla gestione diarchica della famiglia, neppure alla scelta del prenome dei figli, giacché quello imposto al primo nato non vincolerebbe ovviamente i successivi.

La questione, allora, è di capire chi farà un passo indietro quando si tratterà di scegliere il cognome. E se si crede – come da più parti si afferma – che il "patronimico" sia solo l'impronta più visibile dell'ineguaglianza che ancora alberga in molti ambiti

---

a discapito dell'altro genitore (ord. 18/21) è la spia del carattere potenzialmente conflittuale della questione, che si differenzia perciò dalle altre soggette all'ordinario spiegarsi del principio dell'accordo.

[69] Ancora T. GARÉ, *op. loc. ult. cit*. In questo senso si vedano anche le riflessioni di G. BALLARANI, raccolte nei già citati atti delle audizioni in Commissione giustizia del Senato sul d.d.l. n. 1628 e connessi (tali atti sono consultabili sul sito web *http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/documenti/44852_ documenti.htm*), il quale, proprio in ragione di tale possibile conflittualità, suggeriva di «*rimettere ai nubendi la scelta del cognome dei figli nella fase prematrimoniale, anziché al momento eventuale della nascita del primo figlio […] potendo, come riferito, la questione determinare eventuali conflittualità che potrebbero addirittura condurre alla rinunzia alle nozze*». Sembra incline a questa anticipazione anche TROIANO, *op. cit*., p. 602.

[70] In Italia, sia pur con diversità di posizioni e sfumature, la maggior parte degli interpreti sembra guardare con favore alla libertà dei genitori di accordarsi sul cognome dei figli, ravvisando nell'autonomia la risposta «*più adeguata ed attuale al bisogno che la famiglia si fondi su una scelta unitaria che possa davvero radicare l'unità*» (così, ad es., C. INGENITO, *Una nuova occasione per superare "*l'anche*" nell'attribuzione al figlio del cognome dei genitori. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 18/2021 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 11/2021, p. 70). Non mancano, tuttavia, autorevoli voci contrarie, che mettono in guardia contro la sopravvalutazione «*taumaturgica*» dell'autonomia dei genitori, ravvisandovi un «*potenziale motivo di disunione, tale dunque da porsi come antitesi dell'esigenza espressa nell'art. 29 Cost.,* […] *di garantire l'unità della famiglia*»: così TROIANO, *op. cit.*, p. 604 e 602 rispettivamente); ciò tanto più se si considera – continua l'A. – che questi potenziali dissidi verrebbero a realizzarsi «*proprio nel momento più delicato per la vita di una famiglia, in cui, allargandosi il nucleo originario ad accogliere un nuovo componente, per altro particolarmente bisognoso di affetto e di attenzioni, la famiglia esige il massimo possibile di unità ed armonia*» (*ibid*., p. 602).

[71] Cfr. l'art. 109 cod. civ. spagnolo, penultimo comma; l'art. 321-11 cod. civ. francese, penultimo comma; l'art. 335 *bis* cod. civ. belga; il § 1617 B.G.B., comma 1, ultimo periodo. E si potrebbe continuare.

della vita sociale e in tante famiglie, sarebbe un po' semplicistico pensare di cancellarla affidandosi unicamente al libero gioco dell'autonomia. Perché quelle medesime condizioni di debolezza e di asimmetria si riverbererebbero sull'accordo: e allora, per un colloso impasto di soggezione, condiscendenza, altruismo e amor di pace, la riforma dei cognomi apporterebbe nei fatti ben poche novità agli assetti che si vorrebbero sovvertire [72].

Inutile dire che ancora una volta la possibilità del doppio cognome e, soprattutto, la facilità con cui scatterebbe – semplicemente scegliendo di non scegliere – potrebbero sciogliere le tensioni e spianare la via per un'intesa. Ma la soluzione, in apparenza così innocua, non sarebbe priva di esternalità. E non mi riferisco qui ai già deplorati danni al patrimonio onomastico, indotti dall'alfabeto, che se pure uscisse dalla porta dell'accordo rientrerebbe costantemente dalla finestra della regola residuale. Le complicazioni sono anche altre, e non sempre vengono colte, come spesso avviene quando si tratta di problemi che non ci toccano direttamente.

Va ricordato allora – per quanto sia evidente – che l'Italia è sempre stato un Paese dal cognome unico. Unico, di conseguenza, è il cognome che la quasi totalità dei genitori d'oggi porta e potrebbe passare ai propri figli. In un tale contesto socio-onomastico, non meraviglia davvero che l'idea di abbinare all'autonomia la trasmissione di due nomi di famiglia, uno per ciascun ramo genitoriale, possa apparire una soluzione semplice e risolutrice, grazie alla quale tutti vincono e non perde nessuno. Ma è solo un'impressione indotta dalla miopia un po' egoista propria di ogni epoca, che vede solo i vantaggi per la generazione presente e ne ammortizza i costi su quelle future [73].

---

[72] Sul rischio che i rapporti di forza, le differenze pregresse e il privilegio radicato nell'uso condizionino la scelta del nome di famiglia cfr., lucidamente, RENCHON, *op. cit*., p. 22, ZARCA, *op. cit.,* p. 87 e TROIANO, *op. cit*., p. 602 (il quale porta a modello il sistema tedesco, dove la scelta del cognome, rimessa alle parti, privilegia di norma quello paterno, «*con una discriminazione di fatto del cognome della donna*»: *ibid*., nota 28). Il punto mi pare correttamente colto anche dalla rappresentante della Rete per le Parità, nelle citate audizioni parlamentari nel corso della discussione sul d.d.l. 1628 nella XVII legislatura: «*Rimettere la scelta del cognome ai genitori significherebbe ancora una volta rafforzare e non contrastare quella disparità che di fatto, sul piano storico e culturale, ma anche per ragioni socio – economiche, ancora è presente nell'organizzazione della società in danno delle donne*». Non condivisibile, per le ragioni che cerco di esporre nel testo, è invece la proposta della "Rete" di attribuzione automatica del doppio cognome in ordine alfabetico. Sui rischi di perpetuare le discriminazioni attraverso lo strumento dell'autonomia v. altresì AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, p. 505: «*Sorge il dubbio che ampliare a dismisura l'autoregolamentazione in nome del divieto di ingerenza dei poteri pubblici nella sfera intima delle scelte familiari celi una soluzione gattopardesca, e per la resistenza della tradizione e per la maggior forza contrattuale di uno dei coniugi o genitori: normalmente l'uomo. Si perpetuerebbe nei fatti la discriminazione*».

[73] Il doppio cognome è un regalo per la prima, ma solo un prestito per le altre generazioni; e «*ciò che*

È infatti evidente che le catene onomastiche non possono allungarsi all'infinito e che le "moltiplicazioni" presenti preludono alle "divisioni" future, allorché sarà inevitabile chiedere ai bambini di oggi, genitori domani dai due cognomi, di scegliere quale passare ai figli, e quale no. E quindi di operare una rinuncia che potrebbe essere emotivamente non lieve; ed anzi penosa se solo si pensa agli imbarazzi che si potrebbero creare con gli ascendenti, il cui cognome venisse scartato e non trasmesso ai nipotini (a *nessun* nipotino, stante il principio dell'uguaglianza tra primogenito e cadetti); e tutto ciò non per volontà della legge, ma, ancora una volta, per scelta del figlio.

Rimarrà anche qui una speranza: di trovare ascendenti comprensivi, sensibili alle ragioni estetiche o eufoniche [74] accampate, al maggior prestigio di un cognome e così via. Né va esclusa l'ipotesi che si tratti di un ascendente con cui da tempo non corre buon sangue, sì che l'idea di affossarne il cognome appaia perfino liberatoria; o che si tratti al contrario di un grand'uomo o una gran donna, di cui si voglia onorare la memoria salvandone il cognome dall'oblio [75]. Ma questi sono i casi da cui possono nascere i grandi precedenti delle Corti. I casi normali sono altri: e il legislatore, senza essere paternalista, dovrebbe evitare di forzare le parti a scelte inutilmente conflittuali.

5. – Ora, chiediamoci: esistono delle alternative? Di certo – ma già lo sappiamo – non esistono soluzioni taumaturgiche: le vicende degli ordinamenti simili al nostro, le loro riforme accompagnate da polemiche e seguite da ritocchi e nuovi modifiche lo

---

una generazione guadagnerebbe in termini di libertà se i doppi cognomi fossero ammessi sarebbe perso dalla generazione successiva» che «*non disporrebbe più delle stesse possibilità di combinazione a disposizione della generazione precedente*»: così il governo tedesco nelle osservazioni difensive nel caso *Grunkin-Paul*: Corte giust. U.E., 14 ottobre 2008, n. C-353/06, (v. all'indirizzo *https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=;ALL&language=fr&num=C-353/06&jur=C*). Su tale decisione v. R. CONTI, *Il diritto comunitario ed il doppio cognome: un* primato *in espansione*, in *Corr. giur*., 2009, p. 510 ss. e L. TRUCCO, *Ancora un "via libera" della Corte di Lussemburgo alla "circolazione" dei cognomi (un altro contributo all'elaborazione pretoria dello "Statuto europeo del nome")*, in *Giur. it*., 2009, p. 301 ss. sul carattere "effimero" dell'eguaglianza assicurata dalla duplicazione dei cognomi v. infine CICILE-DELFOSSE, *op. cit.*, n. 14: «*même si le double nom est choisi par les parents, l'égalité ainsi instaurée est éphémère puisque, dès la seconde génération, un choix devra être opéré*».

[74] Si vedano quelle addotte dai genitori da cui origina la questione di costituzionalità attualmente *sub iudice*. Infatti, in base a quanto emerge dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Bolzano 17 ottobre 2019, i genitori si erano detti d'accordo a scartare il cognome paterno "*in quanto di difficile comprensione alla prima pronuncia*"; mentre il cognome prescelto avrebbe avuto il pregio di intonarsi al prenome … già dato per la bambina.

[75] Si veda, ancora, il caso Cusan-Fazzo.

dimostrano ampiamente. Le considerazioni che precedono dovrebbero inoltre suggerire diffidenza dinanzi alla semplicioneria dell'alfabeto combinato all'autonomia privata. La quale, in molti casi, non sembra altro che un espediente con cui il legislatore accarezza la tentazione "ponziopilatesca" di lavarsi le mani, delegando ai privati una scelta spinosa che lui stesso non è in grado di compiere. Scartata l'autonomia, evidenziati gli effetti deleteri dell'alfabeto, le specificità del sistema italiano e le ragioni "di genere" che sono alla base della questione del cognome suggeriscono, a mio avviso, una di queste due soluzioni.

La prima è di guardare alla ricchezza del patrimonio onomastico, alla straordinaria varietà dei cognomi ereditati dalla tradizione; e di assumerne la difesa come obiettivo per le scelte di politica del diritto. Non sarebbe, del resto, la prima volta che accade. Pure in Francia – come si è già ricordato: *retro* § 2 – tra le ragioni portate a sostegno della riforma del *patronyme* vi era stato l'intento di scongiurare l'impoverimento dei tipi cognominali. La soluzione poi adottata, tuttavia, si era dimenticata di questo proposito iniziale, ed anzi aveva finito per puntare tutto sulla libera volontà dei genitori (che per essere tale non conduce necessariamente a scelte conservative dei nomi a rischio d'estinzione) e poi sul criterio residuale alfabetico (che della varietà dei cognomi è addirittura una minaccia, come sappiamo).

In verità, se si ha a cuore la conservazione della ricchezza delle forme cognominali, la soluzione è una sola, ed è piuttosto elementare: bandita l'autonomia privata, ripudiato l'ordine alfabetico, basterebbe infatti adottare un criterio puramente statistico. Il quale – non meno neutrale dell'alfabeto, ma molto più virtuoso ai nostri fini – si tradurrebbe nell'imporre *ope legis* ai figli il cognome (paterno o materno non importa) col minor numero di ricorrenze totali sul piano nazionale. Questo – in linea con la tradizione italiana del nome unico – sarebbe il solo cognome in senso proprio, ai fini della scheda anagrafica, del codice fiscale e, ciò che più conta, dei successivi passaggi intergenerazionali [76]. Ma se proprio si deve concedere soddisfazione al doppio cognome – e garantire ai figli il diritto di specchiarsi in entrambi i rami genitoriali – si potrebbe aggiungere [77] ai

[76] Naturalmente, al successivo passaggio generazionale occorrerà di nuovo verificare quale, tra i cognomi portati dai genitori, risulterà il più raro ai fini della trasmissione ai figli. Non si tratterebbe, tuttavia, di una tirannia dei cognomi più rari; perché al migliorare della loro posizione in graduatoria, si rimetterebbe in modo una selezione avversa in grado di riequilibrare ogni volta le posizioni.

[77] Per intenderci: così come la moglie deve aggiungere (rectius: *può* aggiungere, trattandosi di una mera facoltà: L. LENTI, *Nome e cognome*, in *Digesto IV ed.*, vol. XII civile, Utet, Torino, 1995, p. 6) al proprio il cognome maritale (*ex* art. 143 *bis* cod. civ.), o come la parte dell'unione civile può aggiungere al proprio il cognome del partner scelto come nome familiare (*ex* art. 1, comma 10, l. n. 76/2016).

fini dell'uso [78] anche il secondo cognome, ma in un ordine a questo punto scontato: *prima quello meno diffuso e poi quello più ricorrente in termini statistici*.

Verificare simili dati quantitativi – nell'epoca dell'anagrafe digitale – appare piuttosto agevole (basta, del resto, una scorsa su *internet* ai siti specializzati in onomastica per rendersene conto); e mentre entrambi i genitori potrebbero contribuire un po' per uno al nome del figlio, questi, con i medesimi criteri, veicolerebbe alla generazione successiva un solo cognome in un sistema che – complessivamente considerato e proiettato in un tempo futuro anche remoto – troverebbe costantemente un equilibrio nella varietà e nel pluralismo (rafforzato) delle forme cognominali ereditate dalla nostra storia [79]. E, questa volta, senza pregiudiziali di genere.

Eppure la *vexata quaestio* del cognome *è*, anzitutto, una questione di genere. E nel genere potrebbe trovare una soluzione per uscire d'impaccio, pescandola, a sua volta, in quel mare di spunti che è la storia dei cognomi e, in particolare, in quell'idea di sistema "binario" che Paul Bienbon, un giornalista belga, lanciò nel 1997 dalle colonne di *Le Soir* [80]. Sistema che alcuni d.d.l. rimasti senza esito nel Parlamento del suo Paese [81] etichettarono poi "*système Despotopoulos*" per averne rintracciato le prime origini nelle proposte di un giurista e filosofo greco – Constantin Despotopoulos, appunto –

---

[78] Sul modello della legge francese del 1985, citata *retro* in nota 16, che aveva permesso l'aggiunta al cognome originario di un ulteriore cognome *à titre d'usage*.

[79] Sia consentito rinviare, ancora, a OLIVERO, *L'età del post-cognome*, cit.

[80] P. BIENBON, *Le nom de famille*, in *Le Soir* del 9 dicembre 1997, p. 2: «*Voici la proposition que je formule, même si elle n'est pas non plus parfaite. Je propose que les filles portent le nom de leur mère suivi du nom de leur père, et les garçons le nom de leur père suivi du nom de leur mère. Hommes et femmes ont ainsi, du moins tant que l'on ne peut pas choisir le sexe de l'enfant, à tout le moins une égalité de chances de transmettre leur nom. On remarquera que de la sorte, frères et sœurs porteront le même double patronyme même si celui-ci est en sens inverse. Les hommes n'y perdent rien puisque actuellement déjà, pour les enfants de leurs filles, leur patronyme se perdait au profit de celui du beau-fils. Les femmes en revanche ont l'égalité et la justice à gagner*». Nello stesso articolo, Paul Bienbon prendeva seccamente le distanze dal criterio alfabetico, e a buon diritto. Mente si dichiarava favorevole a che le parti, di comune accordo, potessero scegliere un cognome diverso da quello combinato *ex lege* in base al sesso del bambino. Concessione – quest'ultima – che a mio sommesso avviso finiva per indebolire, e non poco, le ragioni logiche della proposta e la sua tenuta complessiva.

[81] Si veda in particolare la proposta di l. n. 2053/1 presentata l'11 marzo 1999, (a firma di Schüttringer e Lozie), la quale, in mancanza di scelta del cognome da parte dei genitori, prevedeva l'attribuzione dei due cognomi, ponendo per primo «*le nom du père si l'enfant est de sexe masculin, ou le nom de la mère si l'enfant est de sexe féminin*». Analogamente la proposta n. 0283/001 depositata il 24 novembre del medesimo anno (firmatarie Drion e Talhaoui). Il «*système Despotopoulos*» è menzionato anche dal successivo d.d.l. senatorio n. 5-551/1 del 2 dicembre 2010 (firmataria de Bethune), ma solo per essere scartato in nome della perfetta eguaglianza del cognome tra tutti i fratelli e le sorelle (cd. principio dell'*unité des noms au sein de la fratrie*).

che decenni prima le aveva suggerite al suo Governo (anche lì con poco successo, a quanto pare), affidandole infine ad un articolo apparso nel 1969, in francese, sulla *Revue trimestrielle de droit civil*[82]. Forse senza sapere, né lui né chi lesse il suo lavoro, che quelle discettazioni non erano soltanto un'utopia, ma la fotografia di un sistema che aveva avuto effettiva esistenza, in un tempo molto più lontano, in un angolo della nostra Sardegna.

Ricorda infatti Besta che un uso antichissimo, di cui si rinvengono tracce nei registri secenteschi del gallurese, prevedeva un sistema di attribuzione dei cognomi variabile, per linea maschile e femminile; un sistema tanto remoto da precedere le influenze spagnole sull'isola, e da lasciar trapelare (chissà) le tracce di un originario sistema matriarcale, che in un'epoca molto lontana doveva essere entrato in attrito con la concezione patriarcale della famiglia. E ne era seguito questo compromesso: che ai figli maschi era dato portare il cognome paterno (e «*se il cognome è doppio quello del padre precede, solitamente, il materno*»); mentre alle femmine era dato il materno (salvo portare, in caso di doppio cognome, «*prima quello della madre e poi quello del padre*»)[83]. Un sistema a

---

[82] C. DESPOTOPOULOS, *Sur le nom de famille*, in *Revue trim. droit civil*, 1969, p. 716 ss. Vale la pena di riportare il brano in cui l'A. illustra il suo sistema: «*La femme est désignée d'un nom de famille stable qui est acquis dès sa naissance et demeure valable pendant toute sa vie, sans être nullement affecté par son mariage; de même que l'homme pendant toute sa vie est désigné d'un nom de famille acquis dès sa naissance et nullement affecté par son mariage. Ce nom de famille que chaque individu, homme ou femme, acquiert dès sa naissance et porte durant toute sa vie, se compose des deux noms de famille qui désignent ses deux parents. Il doit, par ailleurs, présenter dans sa composition, une variation convenable, selon le sexe de l'individu humain: s'il s'agit d'un homme, il doit être compose de telle façon que le nom de famille du père précède celui de la mère; s'il s'agit d'une femme, il doit être compose de telle façon que le nom de famille de la mère précède celui du père. En outre, dès la prochaine génération, étant donné que le nom de famille de chacun des deux parents sera déjà compose de deux noms de famille, c'est du premier seulement de ces deux éléments constitutifs du nom de famille de chacun des deux parents que sera désormais constitué le nom de famille de chaque individu humain; afin que son gonflement démesuré soit évité, sa composition ne devant jamais être plus que double*» (p. 718). L'argomento del nome di famiglia è ripreso da Despotopoulos in appendice al volume *Études sur la liberté*, Marcel Rivière, 1974. Un sistema analogo a quello di Despotopoulos è stato riproposto in tempi più recenti da ZARCA, *La transmission du nom: identité et dualité*, cit., che ne ha così argomentato le fondamenta simboliche e psicologiche: come un uomo trasmette il nome che un altro uomo gli ha trasmesso, ossia il padre, nel momento in cui diviene lui stesso padre, pagando in questo modo una parte del suo debito di figlio nei confronti di colui il cui posto ha inconsciamente desiderato di occupare accanto alla propria madre (mentre ormai, per una permutazione simbolica, egli occupa quel posto ma accanto a un'altra donna e ad un altro figlio diverso da sé bambino); allo stesso modo una donna trasmetterà il nome che una donna le ha trasmesso, e cioè trasmetterà il nome che sua madre le ha dato nel momento in cui essa stessa diviene madre, pagando così una parte di debito analogo e occupando ormai il posto di madre accanto un uomo diverso da suo padre e con una bambina diversa da lei (così tradotto alla lettera da p. 98).

[83] E. BESTA, *L'attribuzione del cognome nella Sardegna medievale*, Studi di storia e diritto in onore di Carlo Cassese, vol. I, Giuffrè, Milano 1940, p. 479 ss. Sulle peculiarità di questo sistema cognominale dop-

chiasmo, insomma; e in tutti i casi fondato sul sesso [84], da cui si dipartirebbero non una ma due linee cognominali rintracciabili lungo il filo delle generazioni.

Oggi che siamo alla ricerca di un nuovo compromesso tra i riti onomastici della vecchia famiglia e le ansie egualitarie della nuova, cosa può insegnarci questo antico modello censito da uno storico del diritto italiano negli anni '40, elevato a sistema da un intellettuale greco negli anni '60 e rilanciato da un giornalista belga sul finire del secolo passato? In un'epoca infinitamente diversa, esso potrebbe garantire, come allora, a entrambi i genitori di trasmettere il proprio cognome: le madri alle bambine e i padri ai bambini, sulla base di una variabile che, vista l'eguale probabilità di avere figli maschi o figlie femmine, neutralizzerebbe le discriminazioni «*sia tra uomini e donne, sia tra lettere dell'alfabeto*» [85]. Quello così definito sarebbe – come prima – il "vero" cognome o, se vogliamo, la sua parte più dura; e quella medesima parte passerebbe, *con lo stesso criterio di genere*, alle generazioni a venire, secondo automatismi successori facilmente intelligibili e ricostruibili *ex post* (a differenza del guazzabuglio genealogico che scaturirebbe dall'autonomia privata e dalla scelta, ogni volta, tra più soluzioni possibili, che si moltiplicherebbero tra una generazione) [86]. In tale contesto, *l'altro* cognome, quello del genitore di sesso opposto, non avrebbe bisogno di cadere del tutto, ma regredirebbe a una sorta di appendice "aggiunta" ai fini dell'uso sociale, idonea comunque a consentire ai figli di specchiarsi nei due rami genitoriali. Con questi compromessi anche la (parziale) rottura dell'unità del cognome tra fratelli e sorelle potrebbe dirsi accettabile [87], trattando-

---

pio, riscontrato sui registri parrocchiali del nuorese tra '500 e '600, v. anche BIZZOCCHI, *I cognomi degli Italiani*, cit., 168 s. (che ipotizza un collegamento con la natura binaria delle successioni ereditarie, col gregge destinato ai maschi, e la casa alle femmine). Cenni in A. FUSCO, *«Chi fuor li maggior tui?»: la nuova risposta del Giudice delle leggi alla questione sull'attribuzione automatica del cognome paterno. Riflessione a margine di C. cost. sent. n. 286 del 2016*, in *Osservatorio cost*., 3/2017, p. 3 nota 7.

[84] Simile e diverso al tempo stesso è il sistema islandese attuale. Simile, perché anche qui troviamo "cognomi" che si declinano in ragione del sesso del figlio, grazie ai suffissi "-*son*" per i maschi e "-*dottir*" per le femmine (Leonard, figlio di Olaf, si chiama Olafsson e Lea, la figlia, Olafsdottir). Diverso perché tali appellativi, più che veri cognomi, si arrestano allo stadio di patronimici (talvolta matronimici) in senso proprio, e come tali sono destinati a variare ad ogni generazione (il "cognome" del figlio di Leonard Olafsson non sarà più Olafsson, ma Leonardsson).

[85] Come si legge nelle relazioni ai d.d.l. belgi ricordati in nota 81, nonché in BIENBON, *Le nom de famille*, cit.

[86] Si vedano le ben 14 soluzioni possibili messe in fila da CICILE-DELFOSSE, *op. cit*., n. 44, alla luce della disciplina francese qualora i genitori portino già entrambi due cognomi.

[87] Non mi pare che il principio della rigida uguaglianza del cognome possa dirsi costituzionalmente necessario, al punto di esigere anche il medesimo ordine nel caso di due componenti. In questo senso depone quanto la stessa Corte cost. aveva detto nella sentenza 61/2006 allorché, elencando le questioni che avrebbero richiesto una valutazione discrezionale del legislatore (da esercitarsi quindi in uno spazio di liceità costituzionale),

si di una mera inversione, grazie alla quale le madri guadagnerebbero la parità e i padri non perderebbero granché, giacché già oggi il loro cognome, se dato a una figlia, non perverrebbe ai nipoti [88]. E così, mentre il solco tra i generi verrebbe approfondito dal punto di vista simbolico, si getterebbero forse le basi per appianarlo finalmente dal punto di vista giuridico [89].

aveva incluso la possibilità di scegliere tra una determinazione fatta «*una sola volta, con effetto per tutti i figli*», ovvero rinnovata «*all'atto della nascita di ciascuno di essi*» (punto 2.3 della motivazione).

[88] In questi esatti termini BIENBON, *op. loc. cit.*

[89] In quest'ottica, l'ordine alfabetico potrebbe eccezionalmente ammettersi per i figli delle coppie *same-sex*, giacché per esse il criterio principale riuscirebbe impraticabile ed il numero dei casi non sarebbe tale, in prospettiva, da innescare gli effetti distorsivi di cui si è detto.

JUS CIVILE

EDOARDO BACCIARDI

Ricercatore di Diritto privato – Università di Pisa

LO *STATUS* DI CONSUMATORE-GARANTE NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ: ASCESA E DECLINO DEL PROFESSIONISMO DI RIMBALZO*

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. La parabola della tesi del professionista di riflesso. – 3. Dall'accessorietà fideiussoria ai «collegamenti funzionali» tra garante e impresa garantita. – 4. La garanzia rilasciata dal familiare del debitore e la fideiussione con finalità promiscua. – 5. Considerazioni finali.*

1. – L'inversione di rotta della giurisprudenza di legittimità nella perimetrazione dello *status* di consumatore-garante – annunciata da una pronuncia del 2018 [1] e portata a compimento nel gennaio 2020 [2] – stimola alcune riflessioni in ordine alla trasposizione dei rimedi consumeristici nell'orbita del contratto di fideiussione.

Nelle motivazioni poste a sostegno del *revirement* della Cassazione, l'abbandono dell'orientamento «tradizionalmente seguito (…) in punto di criteri selettivi dell'eventuale ascrizione del fideiussore alla categoria normativa di consumatore» viene argomentato alla luce delle indicazioni metodologiche provenienti dalla Corte di Giustizia [3]. Muoven-

---

* Il contributo riprende e sviluppa le riflessioni svolte in occasione della partecipazione al seminario "*Il diritto vivente tra legge e giurisprudenza*", tenutosi in modalità *Webinar* nei giorni 21 e 22 maggio 2021.

[1] Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225, in *Ridare.it*, con nota di G. FIENGO, *Il garante consumatore*.

[2] Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, IV, 758 ss., con nota di M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*; in *Giur. comm*., 2020, VI, 1243 ss., con nota di M. SIMEON, *Il fideiussore del professionista può essere consumatore: tramonto della teoria del professionista di "riflesso"*; in *Ilsocietario.it*, 2020, con nota di F. FIORUCCI, *La qualità del debitore principale non attrae quella del fideiussore consumatore (c.d. professionista "di rimbalzo")*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, V, 688 ss., con nota di U. MINNECI, *Sul* tramonto *della teoria del «professionista di rimbalzo»*; in *Giur. it.*, 2021, IV, 834 ss., con nota di D.M. BOSCO, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*.

Per un esame della pronuncia alla luce del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di fideiussione consumeristica cfr. L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti giuridici complessi*, Torino, 2020, 113 ss.

[3] Nell'ordinanza del gennaio 2020 vengono, in particolare, richiamate Corte Giust. UE 19 novembre

do dal rilievo per cui l'accessorietà fideiussoria non incide sulla natura dello scopo perseguito dal contraente, in particolare, il giudice di legittimità riconosce lo *status* di consumatore alla persona fisica che abbia assunto le vesti di garante per finalità *non inerenti* alla propria attività professionale [4].

Nel segnare il «tramonto» [5] del c.d. professionismo di rimbalzo, il nuovo *trend* inaugurato dalla Suprema Corte si presta ad un duplice livello di lettura, uno – sistematico – che colloca la «situazione di inferiorità» [6] del garante(-consumatore) nel più ampio quadro delle asimmetrie che scolpiscono l'*identikit* del contraente debole nella dimensione europea [7], l'altro – settoriale – focalizzato sulle questioni che, verosimilmente, domineranno il contenzioso in tema di fideiussione stipulata da una parte (che si dichiara) non professionale.

Concentrando, in questa sede, l'attenzione sul secondo degli anzidetti territori di indagine, è opportuno ripercorrere, sinteticamente, le tappe che hanno scandito gli itinerari ermeneutici seguiti dalla giurisprudenza europea e dalla Cassazione al fine di tracciare l'*actio finium regundorum* tra garante-professionista e garante-consumatore. Una volta

---

2015, causa C-74/15, in *Dejure* e Corte Giust. UE 14 settembre 2016, causa C-534/15, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, III, 281, con nota di M.C. DOLMETTA, *Sul fideiussore consumatore: linee dell'evoluzione giurisprudenziale*.

[4] Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit., ad avviso della quale la finalità perseguita dal garante deve considerarsi *estranea* alla sua attività professionale quando si tratti di un «atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio)».

[5] A. ZURLO, in F. GRECO-A. ZURLO, *Analisi della garanzia fideiussoria, tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, V, 1437.

[6] Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

[7] In merito ai contorni della nozione di consumatore si rinvia – senza pretesa di completezza – a R. CALVO, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contr. impr. eur.*, 2003, 715 ss.; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1149 ss. e in ID., *L'autonomia privata dal contratto alla crisi d'impresa*, Milano, 2020, 319 ss.; A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, IV, 901 ss.; F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, 1057 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, III, 685 ss.; M. BERTANI, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano, 2016; G. ALPA, *Consumatore e produttore (storia)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, I, Napoli, 2018, 335 ss.; H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, III, 859; S. MAZZAMUTO, *Una* pièce *di teatro trasformista nello scenario europeo: il contraente, il professionista, il consumatore, il cliente, il turista, il viaggiatore ed il sovraindebitato/esdebitato*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, II, 617 ss.; S. PAGLIANTINI, In memoriam *del consumatore medio*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, I, 1 ss.; ID., *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021; F. AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, in *Contratti*, 2021, I, 60 ss.

marcato il perimetro di applicazione della fideiussione *b2c*, alcune considerazioni saranno dedicate all'approccio che il diritto vivente ha adottato nell'uniformarsi alla nozione di consumatore-fideiussore forgiata dalla Corte di Giustizia.

2. – La parabola della teoria del professionista di riflesso nella giurisprudenza di legittimità ricalca, in modo apparentemente pedissequo, l'evoluzione interpretativa della Corte di Giustizia, alla quale vengono solitamente imputate tanto l'*elaborazione* di siffatto orientamento – risalente alla pronuncia *Dietzinger* [8] – quanto la sua *archiviazione*, segnata da una coppia di ordinanze – rese nei casi *Tarcău* e *Dumitras* – intervenute nel 2015 e nel 2016 [9].

È la stessa Cassazione – oltre ad una cospicua parte della dottrina [10] – ad etichettare il rapporto fra le suddette pronunce in termini di *revirement* [11], enfatizzando il «ripensamento» [12] del giudice unionale circa il riconoscimento dello *status* di consumatore al garante, dapprima negato in ragione della professionalità del debitore principale e successivamente disancorato dall'accessorietà fideiussoria, in favore di una valutazione incentrata sulla *qualità* del contraente. Aderendo a questa impostazione, il Supremo Collegio avrebbe solcato, in differita, il medesimo percorso tracciato dalla Corte di Giustizia, mutuando da quest'ultima sia le premesse teoriche del professionismo di rimbalzo, sia gli argomenti che ne hanno decretato l'epilogo.

A tale ricostruzione è stato recentemente obiettato che l'ordinanza emessa nel caso *Tarcău* non esprime «alcun genere di *revirement*» [13], bensì ribadisce, in linea di continuità con la sentenza *Asbeek Brusse*, che la direttiva 93/13/CEE individua la categoria di

---

[8] Corte Giust. CE 17 marzo 1998, causa C-45/96, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, 136 ss., con nota di A. TUCCI, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali e accessorietà della fideiussione*.

[9] Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15 e Corte Giust. UE 14 settembre 2016, causa C-534/15, cit.

[10] Fra gli altri cfr. M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, cit.; U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, cit. e A. D'ALESSIO, *La tutela del consumatore nei contratti di garanzia personale*, in questa *Rivista*, 2017, IV, 330-333.

[11] Cfr., in termini espliciti, Cass. 3 dicembre 2020, n. 27618, in *Dejure*, ove si legge che l'orientamento della giurisprudenza europea «è stato di recente accolto» dal giudice di legittimità, «con una decisione che merita di essere seguita, proprio in ragione del riferimento al *revirement* fatto dalla Corte di Giustizia ed agli argomenti che quel ripensamento supportano».

[12] Cass. 3 dicembre 2020, n. 27618, cit.

[13] S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: cronaca di un* misunderstanding *all'italiana*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, I, 124; ID., *Il consumatore "frastagliato"*, cit., 125.

contratti ai quali essa si applica con esclusivo riguardo alla «qualità dei contraenti, a seconda che essi agiscano o meno nell'ambito della loro attività professionale» [14]. In questa prospettiva – viene evidenziato – «non è (…) che *Tarcău* disattenda *Dietzinger*», risultando, in realtà, «*diverse* (…) le direttive formanti oggetto del rinvio pregiudiziale» [15].

È proprio l'eterogeneità delle fattispecie sottese agli interventi della Corte di Giustizia che induce ad escludere l'intenzione di quest'ultima di *ribaltare* [16] il proprio precedente orientamento.

Da un lato, la pronuncia del 1998 aveva ritenuto inapplicabile la direttiva 85/577/CEE alla fideiussione conclusa presso il domicilio della parte aderente (a garanzia del debito del figlio imprenditore) senza la contestuale informativa sullo *ius poenitendi*, in quanto – ebbe ad osservare la Corte – l'impegno fideiussorio garantiva il «rimborso di un debito contratto da un'altra persona» che agiva «nell'ambito della propria attività professionale» [17]. A fronte di tale circostanza, l'esclusione della titolarità del diritto di ripensamento discendeva dal rilievo per cui la fideiussione «può rientrare nella direttiva» solo in quanto «accessoria ad un contratto con cui un consumatore si sia impegnato, in occasione di una vendita a domicilio, nei confronti di un commerciante al fine di ottenere da quest'ultimo beni o servizi» [18].

---

[14] Corte Giust. UE 30 maggio 2013, causa C-488/11, cit., par. 30.

[15] S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: cronaca di un* misunderstanding *all'italiana*, cit., 124.

[16] In questi termini si esprime, invece, proprio Cass. n. 742/2020, cit., ad avviso della quale la Corte di Giustizia, «ribaltando la prospettiva adottata dalla sentenza del marzo 1998», ha sancito l'irrilevanza dell'oggetto del contratto ai fini dell'attribuzione dello *status* di consumatore.

[17] Corte Giust. CE 17 marzo 1998, causa C-45/96, cit.

Parte della dottrina ha osservato che la pronuncia «da un lato respinge il primato dello scopo di consumo; dall'altro, limita l'applicabilità della direttiva alla fideiussione» (A. BARBA, *Professionista di riflesso*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, 2018, 1280, a parere del quale, sotto il primo profilo, la Corte afferma «l'irrilevanza della circostanza per cui il soggetto protetto non sia destinatario della prestazione eseguita dal professionista», mentre, «*sotto il secondo* (…), limita l'applicabilità [della direttiva] in considerazione *a)* dello "stretto legame tra il contratto di credito e la fideiussione" (punto 20); *b)* della qualità di consumatore del fideiussore; *c)* della modalità utilizzata (anche) nella conclusione del contratto da cui è derivata l'obbligazione garantita: delocalizzata e su iniziativa del professionista (punto 22)».

[18] Corte Giust. CE 17 marzo 1998, causa C-45/96, cit., la quale proseguiva osservando che «inoltre, dal momento che la direttiva è unicamente destinata a tutelare i consumatori, un fideiussore rientra nella sua sfera di applicazione soltanto se, in conformità dell'art. 2, primo trattino, della direttiva stessa, si sia obbligato per un uso che può considerarsi estraneo alla propria attività professionale».

L'esito «tecnico del discorso» – viene evidenziato – è l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva della fideiussione «conclusa fuori dei locali commerciali da una persona che agisce per finalità estranee alla propria attività professionale (dunque un consumatore) ma a garanzia di un debito nato da un contratto tra professionisti» (A. BARBA, *op. ult. cit.*).

Da un altro lato, le ordinanze del 2015 e 2016 si muovevano sul (diverso) terreno della disciplina delle clausole vessatorie, la cui latitudine applicativa è contrassegnata dalla sola qualità della persona fisica che conclude il contratto [19], senza che il principio condensato nel brocardo *accessorium sequitur principale* possa condizionare (*melius* escludere) l'attribuzione dello *status* di consumatore [20].

Più che tornare sui propri passi, la Corte di Giustizia sembra prendere atto che la direttiva sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali – successivamente confluita nella direttiva sui diritti dei consumatori del 2011 – e quella in materia di clausole abusive fotografano i rispettivi ambiti di operatività in ragione dell'*oggetto* del contratto e della *qualità* della parte contraente. Considerato, invero, che l'applicazione della direttiva 93/13/CEE è subordinata al solo accertamento della qualifica soggettiva dell'aderente – e non (anche) al riscontro di una peculiare tipologia di operazione economica [21] –, la Corte di Giustizia ha puntualizzato come il riconoscimento dello *status* di consumatore-fideiussore costituisca l'esito di uno scrutinio finalizzato ad escludere la

---

[19] Scrive, sul punto, C. TOADER, *European Contract Law in the Court of Justice of the European Union Jurisprudence*, in *Revista Romana de Drept European*, 2019, II, 26: «*In Tarcău, Dumitras and Michael Tibor Bachman the Court held that the guarantor can be considered a consumer within the meaning of the UCTD, insofar as said guarantor acts outside his trade or profession when providing security. This holds true even when he guarantees an obligation of a commercial company, the requirement being, in that case, that he does not provide the security in the course of his own business and does not have a functional link with that company. As it is, the personal situation of this guarantor perfectly fits the – different – objective pursued by the UCTD, which is protecting consumers from terms drawn up in advance by the seller or supplier, who's content they were structurally unable to influence*».

[20] Cfr. E. TERRYN, *Consumers, by Definition, Include Us All'... But Not for Every Transaction*, in *European Review of Private Law*, 2016, Vol. 24, 280, a parere della quale la decisione resa nel caso *Tarcău* consolida quanto affermato dalla Corte nel caso *Bucura* circa l'irrilevanza del principio *accessorium sequitur principale* ai fini dell'applicazione della direttiva sulle clausole abusive.

[21] Osserva – riguardo all'esclusione della fideiussione dal novero dei paradigmi contrattuali in cui il consumatore può esercitare lo *ius poenitendi* previsto dalla direttiva del 2011 – S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica*, cit., 109; ID., *Il consumatore "frastagliato"*, cit. 111: «messa (…) da parte l'idea che l'assunzione della garanzia rappresenti la controprestazione di una prestazione che a sua volta il creditore corrispettivamente effettua, riaffiora (…) nitidamente, l'argomento che l'estraneità alla fideiussione di una prestazione onerosa del professionista sia una *ragione sufficiente*, nell'intelaiatura della dir. 2011/83/UE, per escludere che un rapporto principale *b2b* subisca l'opponibilità di un rimedio confezionato a misura di un *consumatore sostanziale* e non a vantaggio di un *garante*: che ivi è piuttosto il soggetto chiamato a fornire il servizio».

Nonostante, infatti, l'art. 3 della direttiva 2011/83/UE estenda il raggio applicativo della normativa a «qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore», l'inciso secondo cui tale applicazione avviene «alle condizioni e nella misura stabilita nelle sue disposizioni» induce a ricomprendere «tra queste (…) il presupposto di una prestazione onerosa del professionista infeudata nel quartetto dei nn. 7-8, 11 e dell'art. 3, secondo cpv» (S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 111, nt. 18).

sussistenza di collegamenti funzionali tra il garante e il debitore principale [22].

Volgendo lo sguardo al nostro diritto derivato giurisprudenziale, la Cassazione ha inizialmente recepito la dottrina del professionismo di rimbalzo, estendendone (e dunque *distorcendone*) tuttavia la portata, surrettiziamente trapiantata nell'ambito di una disciplina – quella in materia di clausole vessatorie – ove il giudice unionale non le ha mai conferito cittadinanza [23]. Da questo «fraintendimento» [24] – e dalla contestuale «eccedenza di senso» [25] attribuita all'accessorietà fideiussoria – ha preso forma e si è consolidata, a dispetto di alcuni arresti di segno contrario della giurisprudenza di merito e dell'Abf [26], la massima per cui il requisito soggettivo della qualità di consumatore, in presenza di un contratto di fideiussione, rimane ancorato alla natura dell'obbligazione del debitore principale [27].

---

[22] Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15 e Corte Giust. UE 14 settembre 2016, causa C-534/15, cit.

[23] In tal senso Cass. 29 novembre 2011, n. 25212, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, II, 631, che richiama la pronuncia *Dietzinger* a sostegno dell'inapplicabilità delle tutele consumeristiche in materia di clausole vessatorie.

[24] S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica*, cit., 122, nota 58.

[25] A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, 176; ID., *Professionista di riflesso*, cit., 1264, il quale evidenzia, proprio riguardo a Cass. 25212/2011, come tale «eccedenza di senso» risieda nella «circostanza che l'argomento (*ex auctoritate*) offerto dalla giurisprudenza europea rileva, in realtà, solo per avvalorare l'esito dogmatico raggiunto in punto di ambito oggettivo di applicazione della disciplina, ma non con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione. Che la disciplina di protezione sia applicabile alla fideiussione, non implica affatto, di per sé, che la qualità di debitore principale attragga quella del garante».

[26] Trib. Palermo, 13 dicembre 2005, in *Corr. mer.*, 2006, 317 ss., con nota di R. CONTI, *Il fideiussore non è sempre professionista "di rimbalzo"*; Abf Roma, n. 4109/2013, sulle cui argomentazioni cfr. A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore. A proposito di Abf Roma, n. 4109/2013*, in *www.dirittobancario.it*, 2014; Trib. Palermo, 31 luglio 2017, in *GiustiziaCivile.com*, 2018, con nota di F. ANDREANI, *La tutela del consumatore-fideiussore*.

Alla base di tale diverso approccio – è stato recentemente osservato – «vi era innanzitutto la non condivisione del "salto logico" per il quale la qualificazione soggettiva del garante veniva attratta da quella del garantito sulla base principio di accessorietà, attinente originariamente agli elementi oggettivi del rapporto» (cfr. M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, cit., 763).

[27] Cfr., *ex multis*, Cass. 13 giugno 2006, n. 13643, in *Contratti*, 2007, III, 226 ss., con nota di E. GUERINONI, *Quando il fideiussore è consumatore*.

La medesima conclusione è stata talora estesa al contratto autonomo di garanzia, ritenuto, «anch'esso (…) funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita» e dunque avulso «dal concetto di consumo o bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore» (Cass. 5 dicembre 2016, n. 24846, in *Diritto e giustizia*, 2016).

Per l'opinione contraria cfr. S. MONTICELLI, *I contratti di garanzia personale*, in S. MONTICELLI-G. PORCELLI, *I contratti dell'impresa*, 2013, 110, ad avviso del quale, «nella ricorrenza di una garanzia autonoma, cui (…) *difetta il connotato dell'accessorietà* rispetto al debito originato dal rapporto principale, bisognerà recisamente escludere ogni *forza attrattiva* del rapporto base rispetto al rapporto di garanzia e rite-

Le basi per l'allineamento alla giurisprudenza europea sono state poste da una decisione di legittimità del 2018, la quale ha negato al garante lo *status* di consumatore non in conseguenza dell'accessorietà fideiussoria – e dunque non in ossequio alla tesi del professionista di riflesso – bensì in ragione della circostanza che questi deteneva il 70% del capitale della società garantita, potendosi dunque ragionevolmente escludere – proprio sulla scorta delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia – che il fideiussore avesse agito al di fuori della propria attività professionale [28].

La vicenda giudiziaria che ha offerto alla Cassazione l'occasione per ridisegnare i contorni dello *status* di garante-consumatore traeva origine da un'ingiunzione di pagamento emessa in favore di un istituto di credito e notificata sia al mutuatario inadempiente sia al (coniuge) fideiussore, quest'ultimo pacificamente estraneo all'attività imprenditoriale in relazione alla quale era stato contratto il debito [29].

Chiamata a dirimere il conflitto di competenza tra il foro della sede della banca e quello della residenza del garante, la Suprema Corte ha preso formalmente le distanze dalla tesi – «un po' formalistica» [30] – del professionista di riflesso, riconducendo la nozione di consumatore-fideiussore entro i binari tracciati dalla giurisprudenza unionale, coerentemente all'assunto per cui il sistema di tutele predisposto dalla direttiva 93/13/CEE si rivela «particolarmente importante nel caso di contratto di garanzia o di fideiussione stipulato tra un istituto bancario e un consumatore» [31].

Il *revirement* della corte di legittimità passa attraverso il ridimensionamento dogmatico dell'accessorietà fideiussoria, definita come un «tratto oggettivamente estraneo alla normativa di protezione del consumatore» [32], in quanto tale insuscettibile di incidere sulla qualificazione dell'attività – professionale o meno – di uno dei contraenti. Prendendo le mosse dalla constatazione che il nesso funzionale tra debito garantito e obbligazione fideiussoria non può «far diventare un soggetto (il fideiussore o, più in generale, il terzo garante) il replicante, ovvero il duplicato, di un altro soggetto (il debitore principale)», la Cassazione

---

nere, di conseguenza, applicabili a quest'ultimo, segnatamente in favore del consumatore/garante, i meccanismi di tutela previsti dal Codice del consumo».

[28] Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225, cit.

[29] Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

[30] S. MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, XI-XII, 540, che giudica «non priva di coerenza argomentativa» la tesi secondo cui «la veste di professionista del debitore del rapporto base (…) avrebbe valenza attrattiva rispetto al rapporto accessorio di garanzia di tal ché, benché quest'ultimo sia stipulato tra un professionista (la banca) e un consumatore».

[31] Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15, cit.

[32] Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

attribuisce lo *status* di consumatore alla persona fisica che, «pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa» [33].

La soluzione accolta dal Supremo Collegio [34] si rivela condivisibile, non tanto alla luce della censura – mossa nei confronti del professionismo di riflesso – secondo cui l'enfatizzazione dell'accessorietà potrebbe legittimare l'impresa-garante di un consumatore ad invocare, specularmente, le tutele accordate al contraente debole [35], quanto piuttosto in ragione della circostanza che il collegamento fra obbligazione fideiussoria e rapporto principale non implica alcuna «presunzione (…) di *expertise*» del condebitore [36], rivelandosi «inaccettabile» e «discriminatoria» la tesi che esclude(va) il «garante (…) non professionista» [37] dal perimetro soggettivo di applicazione della direttiva in materia di clausole vessatorie.

---

[33] Cass. 16 gennaio 2020, n. 742, cit.

[34] Rileva, in merito alla portata innovativa di Cass. 742/2020, L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti giuridici complessi*, cit., 119-120: «l'ordinanza n. 742 ha il pregio di rivendicare una dimensione consumeristica autonoma per il fideiussore, così valorizzando il profilo soggettivo e incrinando quella unitarietà della figura risultante dal tessuto legislativo codicistico, che tuttavia non si declina solo nella direzione del consumatore. Basti pensare al fatto che nel caso di specie erano integrati due (…) "statuti" fideiussori (…): quello del fideiussore-consumatore, ma anche quello del fideiussore-familiare (in particolare coniuge) del debitore principale garantito».

[35] Tale argomento è stato prospettato dall'Abf, che ha motivato il proprio dissenso alla tesi del professionista di rimbalzo richiamando l'ipotesi della fideiussione rilasciata da una finanziaria a garanzia del pagamento dei canoni discendenti da una locazione ad uso abitativo (Coll. Roma, 26 luglio 2013, n. 4109, cit., pag. 4; sul punto v. A.A. DOLMETTA, *Il fideiussore può anche essere consumatore*, cit., nonché ID., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Milano, 2013, 61).

Sennonché, il (paradossale) riconoscimento, in favore del fideiussore professionale, dello *status* di *consumatore di rimbalzo* è stato definito un «gioco di prestigio occultante la circostanza che un siffatto effetto sciama *hic et nunc* da una *ratio* normativa dell'art. 1945 c.c. configurante (…) *questa* legittimazione a dedurre le eccezioni del debitore come una facoltà propria di *qualsiasi* fideiussore» (S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica*, cit., 122).

[36] U. BRECCIA, *Garanzie atipiche. Considerazioni in margine a taluni modelli di garanzie bancarie attive e passive*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Milano, 2004, 782; F. AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, cit., 65.

L'esigenza di protezione del garante era stata altresì evidenziata da G. STELLA, *Le garanzie del credito*, vol. 1, Milano, 2010, vol. I, 136, a giudizio del quale il fideiussore-consumatore, «nel momento in cui stipula il proprio contratto col creditore (dal quale non ricava alcun vantaggio diretto, agendo per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta), appare meritevole di protezione, ad esempio, sul piano dell'informazione, indipendentemente dalla situazione del debitore principale che sia invece, in ipotesi, un professionista».

[37] U. RUFFOLO, *La novella e le discipline di settore*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusive"*, Milano, 1997, 102.

3. – Superata l'equazione fra (natura del) debito principale e qualità (soggettiva) del garante, l'impossibilità di desumere la *professionalizzazione* del contraente dall'accessorietà fideiussoria impone all'interprete di rintracciare altrove il discrimine tra scopo professionale e non professionale perseguito dal condebitore.

La vicenda processuale che ha originato il *revirement* della Cassazione non destava alcun dubbio al riguardo, stante la pacifica estraneità del coniuge-fideiussore all'attività del debitore principale. In senso analogo, la Suprema Corte non ha avuto difficoltà a confermare – in una decisione di pochi giorni successiva a Cass. n. 742/2020 – la pronuncia di merito con la quale era stato riconosciuto lo *status* di consumatore ad una professoressa di lettere collocata a riposo che aveva garantito il debito del familiare imprenditore [38].

Sennonché, la linea di demarcazione fra ragioni personali ed interessi economici del fideiussore resta, sovente, sfumata, al punto che la Corte di Giustizia – consapevole di tale possibile ambiguità – ha demandato al giudice nazionale l'apprezzamento circa l'eventuale rilevanza dei «collegamenti funzionali» che legano il garante alla società debitrice.

Il baricentro dello scrutinio diviene, in questa prospettiva, il grado di *coinvolgimento* del fideiussore nell'attività professionale o imprenditoriale esercitata dal debitore principale, con la precisazione che deve trattarsi di un interesse non meramente personale o affettivo – altrimenti *in re ipsa* nel rilascio della garanzia [39] – bensì suscettibile di essere messo a fuoco con le lenti del diritto commerciale [40].

---

[38] Cass. 24 gennaio 2020, n. 1666, in *Giust. civ. mass.*, 2020.

Allo stesso modo, nessun dubbio interpretativo sul collegamento fra garante e garantito emerge in Cass. 8 maggio 2020, 8662, in *Diritto e giustizia*, con nota di G.D. GIAGNOTTI, *La competenza territoriale del foro del consumatore nei rapporti fideiussori*, ove la Suprema Corte si limita a prendere atto che i fideiussori «non potevano che qualificarsi consumatori in relazione alla loro assunzione della garanzia *de qua*, non essendo emerso che essa fosse connessa allo svolgimento di loro attività professionali ovvero funzionalmente collegate alla società».

[39] È da condividere, a tale riguardo, la precisazione operata dalla corte di merito (e confermata dal giudice di legittimità) per cui «l'interesse all'arricchimento della famiglia è scopo di natura privata e non attiene all'attività professionale» del garante, né può essere dedotto a dimostrazione del «non allegato legame funzionale (giuridico) con la società nel senso indicato dalla Corte [di Giustizia]» (cfr. Cass. 24 gennaio 2020, n. 1666, cit.).

[40] L'onere di allegare – e dimostrare – l'estraneità della prestazione di garanzia allo svolgimento di un'attività professionale grava sul fideiussore (cfr. App. Napoli, 27 novembre 2020, n. 4067, in *Dejure*, che ha escluso l'applicabilità della disciplina consumeristica, ritenendo «manca[nte] qualsiasi allegazione», da parte del garante, «circa l'assenza di collegamenti funzionali con la società garantita e, quindi, sulla matrice degli interessi che lo hanno indotto alla partecipazione al contratto»). In senso analogo, il Tribunale di Roma ha posto a carico del il fideiussore «l'onere di provare la [sua] qualità di consumatore (…), nonché l'insussistenza di qualsiasi rilevante rapporto societario o funzionale tra quest'ultimo e la società nell'interesse della quale ha garantito l'adempimento» (Trib. Roma, 27 luglio 2020, n. 11025, in *Dejure*).

L'attenzione del diritto vivente si è appuntata sui due indici rivelatori della professionalità elaborati dalla Corte di Giustizia, rispettivamente costituiti dalla «amministrazione» dell'impresa garantita e/o dalla titolarità, in capo al fideiussore, di una «partecipazione non trascurabile» al capitale della medesima [41].

Sotto il primo profilo, lo svolgimento di funzioni gestorie [42] rende manifesta la strumentalità dell'obbligazione fideiussoria all'attività professionale del garante [43]. A conclusioni difformi non si potrebbe, del resto, giungere nell'ipotesi in cui il contraente abbia maliziosamente rinunciato all'ufficio di amministratore prima di assumere le vesti di garante; a tale riguardo, una recente pronuncia di merito ha ritenuto ininfluente, ai fini del (mancato) riconoscimento dello *status* di consumatore, la cessazione dalla carica gestoria formalizzata appena due giorni prima la stipula della fideiussione [44].

Quanto alla partecipazione del garante nella società garantita, compete al giudice lo scrutinio in ordine all'entità della quota di capitale suscettibile di esprimere la professionalità dell'operazione [45]. La questione è destinata ad intricarsi laddove gli interessi economici del

---

Per un approfondimento sull'onere della prova della qualità di consumatore – nonché sulle conseguenze, anche processuali, discendenti dalla «auto-qualificazione» del contraente – cfr. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, III ed., Torino, 2014, 40-41.

[41] Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15 e Corte Giust. UE 14 settembre 2016, causa C-534/15, cit.

[42] V., oltre alla già menzionata Cass. 13 dicembre 2018, n. 32225, cit., Cass. 27 maggio 2019, n. 14357, in *Dejure*, la quale ha escluso l'applicabilità delle tutele consumeristiche in ragione della circostanza che «uno dei fideiussori (…) era addirittura l'amministratore della società». Nella giurisprudenza di merito cfr., fra le altre, Trib. Tivoli, 10 novembre 2020, in *Dejure*, che ha desunto dai «ruoli dirigenziali e/o amministrativi» ricoperti dai due fideiussori una «fondatissima la presunzione che l'attività professionale da loro svolta fosse fortemente connessa con quella della società, che non solo hanno garantito ma di cui erano anche i rappresentanti e di cui quindi – proprio secondo il principio stabilito dalla Corte europea e dalla SC – debbono subire la *vis attractiva* che caratterizza il rapporto principale (conto corrente) con quello accessorio (fideiussione)».

I primi commentatori si sono, inoltre, interrogati sulla possibilità di conferire rilevanza al contributo gestorio ascrivibile al socio privo di un'investitura formale ma in capo al quale possano essere ravvisati i presupposti dell'amministratore di fatto (U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, cit., 703).

[43] Cfr., sul punto, F. MACARIO, *Garanzie personali*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. SACCO, *I singoli contratti*, vol. X, Torino, 2009, 107, a parere del quale vi è «ben poco di "consumeristico"» nella situazione in cui il fideiussore ricopra la carica di amministratore unico della società garantita, trattandosi di una «condizione di per sé incompatibile con l'agire per scopi estranei ad un'attività professionale».

[44] Trib. Vicenza, 25 febbraio 2020, in *Dejure*, il quale non ha mancato di sottolineare come il fideiussore avesse mantenuto, a seguito della cessazione della carica di amministratore, la titolarità del 50% delle partecipazioni della società debitrice.

[45] La qualità di consumatore è stata, ad esempio, negata al garante «detentore del 70% del patrimonio sociale della società garantita, ancorché non amministratore della stessa» (Trib. Roma, 16 aprile 2020, n. 6230, in *Dejure*).

fideiussore risultino *filtrati* dalla titolarità di partecipazioni riguardanti società diverse da quella debitrice [46] ma ad essa collegate, potendo venire in gioco la disciplina di cui all'art. 2359 c.c. o, ancora, quella in tema di direzione e coordinamento fra società [47].

Tanto più sfuma il collegamento tra garante e società debitrice, quanto più arduo diviene confutare l'allegazione del fideiussore circa la propria qualità di contraente debole. Emblematica, sotto tale profilo, si rivela una recente decisione avente ad oggetto la garanzia prestata da un soggetto estraneo alla compagine e all'amministrazione dell'impresa debitrice ma, al contempo, titolare del 45% di una società in liquidazione, detentrice – a propria volta – del 90% del capitale di un diverso ente societario, quest'ultimo socio al 100% della parte garantita. A fronte di tale sequela di collegamenti societari, il giudicante ha escluso che l'impegno fideiussorio esprimesse un «atto strettamente funzionale» allo svolgimento dell'attività professionale del garante [48].

4. – Tra le ipotesi destinate a sollevare maggiori dubbi interpretativi, una particolare attenzione merita quella – tutt'altro che infrequente [49] – in cui l'obbligazione fideiussoria venga contratta da un familiare del debitore, profilandosi – al riguardo – due scenari fra loro antitetici.

Da una parte, occorre evitare che la richiesta (ed il conseguente rilascio) della garanzia veicoli un abuso della libertà negoziale, a detrimento di un soggetto palesemente inadeguato a sostenere l'esposizione debitoria del familiare imprenditore. Tale fattispecie – efficacemente descritta in termini di fideiussione *rovinosa* [50] – è stata oggetto di una nota

---

[46] Riguardo a tale aspetto, lo *status* di contraente debole è stato riconosciuto al fideiussore – ancora studente all'epoca del rilascio della garanzia – titolare del 25% della società che deteneva le quote dell'impresa debitrice, entrambe amministrate dai genitori (Trib. Nuoro, 14 settembre 2020, n. 296, in *Dejure*).

[47] U. MINNECI, *Sul tramonto della teoria del «professionista di rimbalzo»*, cit., 704, il quale osserva, da un lato, che «il mero possesso di una partecipazione significativa da parte di una persona fisica deve stimarsi con ogni probabilità dato insufficiente a far presumere un interessamento stabile della stessa alla gestione dell'impresa sociale (anche nella forma della direzione e coordinamento)» mentre, da un altro lato, «proprio l'accompagnarsi a tale circostanza della disponibilità a rilasciare una fideiussione (non semplicemente specifica, ma addirittura) *omnibus* potrebbe costituire l'elemento rivelatore di una vicinanza e prossimità alla conduzione degli affari sociali».

[48] Trib. Torino, 19 gennaio 2021, in *Dejure*.

[49] In tale casistica rientrava – come già evidenziato – la fattispecie decisa da Cass. n. 742/2020, nella quale la garanzia fideiussoria era stata rilasciata dal coniuge del debitore principale.

[50] A. COLOMBI CIACCHI, *Le fideiussioni rovinose: un nuovo campo di applicazione delle clausole generali del BGB a tutela della parte debole*, in AA.VV., *Annuario di diritto tedesco 1999*, a cura di S. PATTI,

pronuncia della Corte Costituzionale tedesca [51], in ossequio alla quale il giudice può ritenere invalido l'impegno fideiussorio, stante, per un verso, l'onerosità degli obblighi assunti in relazione al patrimonio del garante, nonché, per un altro verso, la «situazione di strutturale soggezione» [52] di quest'ultimo rispetto all'istituto di credito.

Ad esiti interpretativi diametralmente opposti conduce il riscontro di una situazione – connotata dall'assunzione sistematica di garanzie in favore del congiunto – che celi la partecipazione del fideiussore al rischio di impresa, al punto da far presumere che tra i componenti del nucleo familiare si sia attuata una chiara «collaborazione (…) al raggiungimento degli scopi sociali», con la conseguente – tacita – integrazione di un «contratto sociale (…), non necessariamente frutto di uguali posizioni nell'ambito dell'organizzazione societaria» [53]. Se, dunque, l'abituale rilascio di garanzie reali e/o personali al familiare imprenditore può svelare l'esistenza di un sodalizio societario – e financo giustificare l'estensione della procedura concorsuale al fideiussore [54] –, un tale contegno esclude, *a fortiori*, l'applicabilità delle tutele consumeristiche.

Tra le due situazioni tratteggiate si interpone un'ampia e variegata zona grigia in cui spetta al giudice valutare se – ed eventualmente in quale misura – l'elemento teleologico che sorregge il vincolo fideiussorio sia riconducibile (anche) ad un interesse *professionale* del condebitore. Si pensi, a titolo esemplificativo, al garante del coniuge-imprenditore che risulti, al contempo, titolare di una partecipazione della società garantita, ponendosi il delicato problema di stabilire se prevalga l'*affectio coniugalis* o l'*affectio societatis* ai fini del riconoscimento della qualità di consumatore [55].

Milano, 2000, 149 ss.; R. FAVALE, *La fideiussione prestata dai familiari insolventi nel modello tedesco*, in *Revista trimestral de direito civil*, 2002, XII, 171 ss.; F. NAPPI, *Recenti indicazioni della giurisprudenza tedesca in tema di prestazioni fideiussorie inadeguate alle condizioni patrimoniali del garante*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1996, II, 194 ss.; ID., *Mutui bancari e responsabilità dei prossimi congiunti del mutuatario: recenti applicazioni dei §§ 138 e 242 BGB*, in G. CIAN (a cura di), *I cento anni del codice civile tedesco*, Padova, 2002, 421 ss.; S. CATANOSSI, *La fideiussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, Perugia, 2007.

[51] BVerfG 19 ottobre 1993, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 197 ss., con nota di A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco* e in *Rass. dir. civ.*, 1994, 594, con nota di H. HONSELL, *Fideiussione e corresponsabilità di congiunti privi di reddito e di patrimonio*.

[52] E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 62.

[53] Fra le altre v. Cass. 28 ottobre 2019, n. 27541, in *Diritto e giustizia*, 2019.

[54] Sul tema cfr. V. RINALDI, *Estensione del fallimento di società e rapporti di parentela*, in *Fall.*,1997, 104 ss.

[55] L. VIZZONI, *Fideiussione e rapporti giuridici complessi*, cit., 169 ss.

L'intreccio fra rilascio della garanzia e relazione familiare – quest'ultima, di per sé, «indifferente al consumo come all'impresa» [56] – attesta, in modo emblematico, come la decisione di assumere le vesti di fideiussore possa essere supportata, oltre che da finalità (solitamente ma non necessariamente) affettive, da motivazioni di caratura eminentemente patrimoniale.

Al fine di sciogliere l'alternativa fra professionalità e non professionalità dello scopo perseguito dal fideiussore, può essere di ausilio il principio – anch'esso elaborato dalla Corte di Giustizia – alla stregua del quale l'attribuzione dello *status* di consumatore è subordinata, negli atti con finalità promiscua, alla circostanza che lo scopo commerciale sia «talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione» [57]. Il legislatore europeo ha codificato tale indicazione metodologica, smorzandone la rigidità [58], nel *considerando* 17 della direttiva 2011/83/UE, ove si precisa che in caso di «contratti con duplice scopo», il fine che rientra solo «parzialmente» nel quadro delle attività commerciali della persona non esclude la qualità di consumatore, a meno che non risulti «predominante nel contesto generale del contratto» [59].

Nonostante la fideiussione rimanga *strutturalmente* estranea al perimetro della direttiva del 2011 [60], il canone interpretativo riguardante la valutazione degli atti con scopo promiscuo afferisce alla nozione di consumatore, esprimendo un parametro suscettibile di travalicare l'ambito applicativo della fonte ove è contemplato [61]. Trasponendo, dun-

---

[56] A. BARBA, *Professionista di riflesso*, cit., 1293-1294.

[57] Corte Giust. UE 20 gennaio 2005, causa C-464/01, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 1135, con nota di V. CRESCIMANNO, *I "contratti conclusi con i consumatori" nella Convenzione di Bruxelles: autonomia della categoria e scopo promiscuo*.

In senso critico rispetto a tale decisione, è stato osservato che la Corte di Giustizia «sembra attribuire valore preminente allo scopo, seppure parziale, professionale dell'atto, in grado di rendere del tutto irrilevante la ambivalente destinazione dell'atto anche a scopo di consumo», di guisa che «un atto di consumo "promiscuo" potrà beneficia della normativa di favore del consumatore soltanto nel caso in cui lo scopo professionale sia del tutto "marginale" e residuale» (F. RINALDI, *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I 54).

[58] F. AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, cit., 62, nt. 11.

[59] Il medesimo parametro viene indicato nella direttiva 2013/11/UE (*considerando* 18) e nella direttiva 2014/17/UE (*considerando* 12).

[60] Cfr. *supra* n. 2.

[61] Un diverso approccio alla questione sembra adottato nel *considerando* 22 della direttiva 2019/771/UE, ove si prevede che quando lo scopo «commerciale» sia «talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto», gli Stati membri «dovrebbero mantenere la facoltà» – e dunque non l'obbligo – di determinare «se», ed «a quali condizioni», il contraente possa essere considerato un consumatore.

Il tenore letterale del suddetto *considerando* – viene recentemente evidenziato – rende «indispensabile

que, il criterio della preponderanza dello scopo nell'ambito della fideiussione *b2c*, il rilascio della garanzia che sottenda, al contempo, un interesse economico del condebitore e il soddisfacimento di un'esigenza *lato sensu* affettiva deve essere sottoposto ad un test che accerti la *non prevalenza* delle finalità professionali rispetto a quelle private.

Gli indici sintomatici della professionalità enucleati dalla Corte di Giustizia nei casi *Tarcău* e *Dumitras* rivelano, sotto tale profilo, un'affinità con la sentenza *Gruber*, trattandosi di accertare – a fronte di un *mix* di ragioni personali e professionali – quale motivazione abbia giocato un ruolo predominante nella decisione di garantire il debito. L'esplicito riferimento ad una «partecipazione *non trascurabile* al (…) capitale sociale» [62], del resto, conferma la compatibilità fra lo *status* di consumatore e la titolarità di una quota sociale di modesto valore.

Affidando alla *misura* della partecipazione il ruolo di discrimine tra finalità privata e professionale del rilascio della garanzia, la Corte di Giustizia istituisce un parallelismo – fra entità della quota e *status* del contraente – suscettibile, in concreto, di condurre ad esiti fallaci. È la stessa giurisprudenza europea ad escludere, nel diverso settore dei contratti finanziari differenziali, che fattori quali il «valore delle operazioni effettuate», la «entità dei rischi di perdite finanziarie», le «eventuali conoscenze o competenze» del contraente e il suo «comportamento attivo nel contesto di tali operazioni» assumano, «in linea di principio», rilievo ai fini del riconoscimento della qualità di consumatore [63].

La presunzione (relativa) di professionalità discendente dalla titolarità di una partecipazione di rilevante entità potrebbe, dunque, essere smentita all'esito di una più approfondita analisi sulla morfologia del coinvolgimento societario del condebitore, in astratto compatibile con una scelta di *investimento* – magari significativa sul piano patrimoniale e ciò nonostante – avulsa dal quadro della sua attività professionale.

---

che il testo del decreto legislativo di recepimento rechi precetti *ad hoc* volti a chiarire se, e a quali condizioni, debba qualificarsi come consumatore la persona fisica che nel concludere un contratto di vendita persegua (oltre a scopi di natura personale) anche scopi inerenti alla propria attività professionale o imprenditoriale, quando tali scopi non siano "predominanti" nel contesto generale del contratto ha indotto la dottrina» (G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari* b-to-c*: l'attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 219).

[62] Corte Giust. UE 19 novembre 2015, causa C-74/15, cit. (il corsivo è aggiunto).

[63] Corte Giust. UE 3 ottobre 2019, causa C-208/18, par. 59, in *Dejure*, nonché Corte Giust. UE 2 aprile 2020, causa C-500/18, in *Dejure*, la quale ritiene altresì non decisiva la circostanza che il contraente abbia «compiuto un numero elevato di operazioni in un lasso di tempo relativamente breve o che abbia investito ingenti somme in tali operazioni».

5. – Il disancoraggio dello *status* di consumatore-fideiussore dalla natura del debito garantito denota la consapevolezza, maturata dal diritto vivente, circa la situazione di *debolezza* – e la conseguente esigenza di tutela – della persona fisica che abbia contratto l'obbligazione fideiussoria per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale.

Nel ricucire lo strappo fra la nozione domestica di consumatore-garante e quella coniata dalla Corte di Giustizia, la Cassazione continua, peraltro, ad alimentare l'equivoco su cui si è sviluppato il dibattito sulla compatibilità delle tutele consumeristiche con il paradigma della fideiussione. Mentre, infatti, nessuna incrinatura può essere rilevata nella esegesi eurocomunitaria della qualità di consumatore-fideiussore – la cui geometria variabile non discende da un mutamento di rotta della Corte di Giustizia, bensì dal diverso approccio sotteso alle direttive 85/577/CEE e 93/13/CEE –, il giudice di legittimità ha, per converso, rimeditato l'orientamento precedentemente consolidato, imputando il (proprio) *revirement* ad un'inversione di tendenza di cui non è dato scorgere traccia nella giurisprudenza unionale.

Oltre a tale ambiguità di fondo, il declino, apparentemente irreversibile [64], del professionismo di riflesso lascia irrisolte una serie di questioni interpretative, dalla cui soluzione dipende l'ampiezza del perimetro – soggettivo e oggettivo – di applicazione della fideiussione *b2c*.

In primo luogo, il chiarimento nomofilattico circa la *neutralità* dello *status* del garante rispetto a quello del debitore principale rimette all'interprete il delicato compito di scrutinare i rapporti fra i due coobbligati alla luce degli indici rivelatori della professionalità elaborati dalla Corte di Giustizia. Al fine di attribuire (ovvero disconoscere) la qualità di consumatore, in particolare, il giudice dovrà attingere dall'armamentario concettuale ed ermeneutico del diritto societario, non risultando, spesso, agevole appurare l'inesistenza – o comunque la non prevalenza – di una finalità professionale facente capo al fideiussore [65].

---

[64] Il superamento del professionismo di riflesso viene etichettato come «definitivo» da A. ZURLO, *Il definitivo superamento del c.d. professionismo «di rimbalzo»*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, II, 506 ss., il quale rileva che «al professionismo «di rimbalzo» (e, ancor prima, all'indefinita onnicomprensività dell'accessorietà fideiussoria) è stato preferito il criterio della funzionalità, che, soppiantando l'artefatta equazione qualificatoria "garante del professionista = professionista", deve essere correttamente assunto anche quale canone cui parametrare, in chiave pragmatica, la nozione di "consumatore"» (p. 515).

[65] Il problema – viene recentemente osservato – «è dato dall'individuazione dei criteri per ravvisare quella "cointeressenza" del fideiussore all'attività professionale del debitore principale che, nella prospettiva euro-unitaria, porta a negare la qualifica di consumatore» (D.M. BOSCO, *Il superamento della teoria del c.d. professionista di rimbalzo*, cit., 839, che equipara, a tale fine, il «titolare di una partecipazione all'in-

In secondo luogo, il riconoscimento dello *status* di contraente debole non comporta *sic et simpliciter* l'invocabilità, da parte del garante, di tutte le tutele consumeristiche, occorrendo, di volta in volta, accertare se l'esperimento dei rimedi previsti nelle direttive europee – e nelle corrispondenti normative di attuazione – presupponga la sola qualità di consumatore ovvero (anche) il perfezionamento di una determinata tipologia di operazione negoziale; a titolo esemplificativo, una recente pronuncia della Cassazione tedesca ha ritenuto che il condebitore non possa avvalersi dello *ius poenitendi*, il cui perimetro applicativo resta circoscritto ai contratti stipulati «con un consumatore (§ 310 III BGB), che abbia[no] per oggetto una prestazione onerosa del professionista», mentre «le fideiussioni non soddisfano questi presupposti del diritto di recesso» [66]. L'inapplicabilità delle norme sul recesso penitenziale non determina, in ogni caso, la perdita della qualità di consumatore – né l'irrilevanza delle correlate istanze di protezione – di guisa che la decisione con la quale venisse, in ipotesi, accertato lo scopo non professionale del fideiussore potrebbe, senza essere tacciata di alcuna contraddittorietà, negare al garante la titolarità del diritto di ripensamento e, al contempo, ritenere vessatorie alcune clausole contrattuali alla luce della disciplina del codice del consumo.

Si segnala, infine, la questione – di notevolissimo impatto pratico – che il Tribunale di Milano ha sottoposto all'esame della Corte di Giustizia nell'ottobre 2019, riguardante la situazione del garante che, pur avendo agito per finalità private, non abbia proposto opposizione avverso l'ingiunzione di pagamento emessa in favore del creditore in quanto *inconsapevole* della possibilità di eccepire validamente il proprio *status* di consumatore, stante l'orientamento pretorio (sfavorevole) consolidato al tempo della notifica del titolo monitorio [67].

La richiesta del garante esecutato – in forza del decreto ingiuntivo non opposto – di accertare, sulla falsariga di quanto statuito nella sentenza *Aziz* [68], l'abusività delle clauso-

---

terno della società garantita» al «soggetto che beneficia degli utili in virtù di un rapporto di associazione in partecipazione»).

[66] BGH, Sentenza del 22 settembre 2020 – XI ZR 219/19, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2021, I, 146 ss.

[67] Trib. Milano, 31 ottobre 2019, causa C-831/2019, in *Dejure*.

A fronte di questa situazione – si legge nell'ordinanza di rinvio – «più che di (colpevole) inerzia, potrebbe a ben vedere parlarsi di incolpevole ignoranza [del fideiussore] del proprio *status* di consumatore; incolpevole ignoranza che ha precluso [alla parte garante] di scegliere in modo consapevole se avvalersi o meno della tutela accordatale in quanto persona fisica contraente per uno scopo estraneo all'attività professionale eventualmente svolta. Una simile, consapevole scelta è, invece, stata possibile solo dopo l'instaurazione della (…) procedura di espropriazione in un momento nel quale, stando al diritto nazionale, risulta tuttavia preclusa la superabilità delle decisioni contenute nei decreti ingiuntivi».

[68] Corte Giust. UE 14 marzo 2013, causa C-415/11, espressamente richiamata dal Tribunale di Milano.

le delle fideiussioni previamente sottoscritte ha indotto il giudice milanese a porre l'interrogativo «se ed a quali condizioni il combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti ad un ordinamento come quello nazionale che, a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale, preclude al giudice dell'esecuzione, chiamato a decidere su un'opposizione all'esecuzione proposta dal consumatore, di rilevare una simile vessatorietà e se una simile preclusione possa ritenersi esistente anche ove, in relazione al diritto vivente vigente al momento della formazione del giudicato, la valutazione della vessatorietà della clausola era preclusa dalla non qualificabilità del fideiussore come consumatore» [69].

Nelle recentissime *Conclusioni* dell'Avvocato Generale, la questione è stata giudicata «ricevibile», alla stregua del rilievo per cui la «consapevolezza tardiva del proprio *status* da parte di un consumatore» costituisce il «fondamento logico» della «verifica d'ufficio

---

Nella trama motivazionale della pronuncia *Aziz*, peraltro, la tutela del consumatore esecutato viene ancorata al diritto *fondamentale* all'abitazione, il cui coinvolgimento nella procedura esecutiva «potenzia gli argomenti a favore di una tutela effettiva del consumatore, che a sua volta garantisce una protezione all'abitazione stessa» (E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e* «drittwirkung» *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2018, 105; EAD., *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, V, 1289).

Sennonché, tale percorso argomentativo non può essere esteso ai finanziamenti che abbiano ad oggetto beni diversi dall'abitazione (Corte Giust. UE 26 aprile 2018, causa C-176/17, richiamata da S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di Giustizia da* Árpád Kásler *a* Dziubak, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2019, V, 1270).

La valorizzazione del riferimento costituzionale non legittima, inoltre, la sospensione dell'esecuzione in tutti i casi in cui il debitore sia a rischio di esclusione sociale, in quanto tale esito, oltre ad avere un «dubbio fondamento nella teoria delle fonti», produrrebbe «l'ulteriore effetto negativo di rendere non prevedibile l'attuazione dei rimedi contro l'inadempimento» (E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il* right to respect for the home *ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, I, 86, la quale osserva come una siffatta operazione ermeneutica «realizzerebbe, in via giurisprudenziale, un effetto redistributivo di sapore dirigistico e a macchia di leopardo che, con ogni probabilità, comprimerebbe il mercato dei mutui e, nel medio periodo, si ritorcerebbe contro la stessa categoria di soggetti astrattamente destinatari della protezione, che vedrebbero ridotta la possibilità di accesso ai contratti o peggiorate le condizioni contrattuali»).

[69] Trib. Milano, 31 ottobre 2019, causa C-831/2019, in *Dejure*.

Ad avviso del giudice del rinvio, in particolare, occorre valutare se l'orientamento giurisprudenziale che escludeva la qualificazione del garante in termini di consumatore possa concretare un «elemento idoneo a rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti al consumatore attribuiti dalla disciplina nazionale di recepimento della direttiva 93/13/CEE e se l'esigenza di assicurare una tutela effettiva al debitore consenta, sulla base degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, di effettuare un sindacato sulla vessatorietà delle clausole di un contratto in base al quale è stato ottenuto un decreto ingiuntivo, pur avendo il decreto ingiuntivo ormai acquisito efficacia di giudicato per mancata opposizione».

delle clausole abusive» [70]. L'esigenza di consentire al giudice dell'esecuzione di operare tale sindacato – prosegue l'AG – trae origine dallo stesso principio di *effettività*, risultando altrimenti «svuotato del suo contenuto» l'obbligo «incombente al giudice nazionale ai sensi della direttiva 93/13» [71]. Muovendo da tali premesse, l'Avvocato Generale ritiene censurabile la normativa nazionale che precluda la verifica, «d'ufficio o su istanza di una parte», dell'abusività delle «clausole di un contratto costituente il fondamento di un decreto ingiuntivo passato in giudicato quando tali clausole non sono state oggetto di una valutazione esplicita e sufficientemente motivata».

Laddove la Corte di Giustizia dovesse estendere il potere di accertamento officioso della vessatorietà alla fase esecutiva, nonché *rimettere in termini* i garanti escussi che non abbiano eccepito la propria estraneità (ovvero un coinvolgimento marginale) rispetto all'attività del debitore principale, l'applicazione della direttiva 93/13/CEE verrebbe, di fatto, resa immune agli effetti del giudicato implicito eventualmente formatosi sulla non abusività delle pattuizioni che scandiscono l'impegno fideiussorio.

Le numerose questioni che continuano a gravitare intorno alla nozione di garante-consumatore rendono il contratto di fideiussione un punto di osservazione privilegiato dell'intero dibattito sulle negoziazioni asimmetriche *b2c*, suscitando l'impressione che, in questo *cantiere aperto*, il tramonto del professionismo di rimbalzo sia ben lungi dal costituire la *fine dei lavori*.

---

[70] CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE EVGENI TANCHEV (cause riunite C-693/19 e C-831/19), 15 luglio 2021, consultabili su *curia.europa.eu*.

Dopo aver richiamato le decisioni rese nei casi *Tarcău* e *Dumitras*, l'AG inferisce lo *status* di consumatore della parte garante dalla circostanza che quest'ultima era «diventata socia al 22%» della società debitrice solo dopo l'emanazione del decreto ingiuntivo, risultando peraltro «titolare di un rapporto di lavoro alle dipendenze di un'altra società dal 1976» e non ricoprendo, «all'epoca della conclusione dei contratti di fideiussione, (…) alcuna funzione direttiva» nella società garantita.

[71] «Vietare al giudice dell'esecuzione di effettuare, per la prima volta, la valutazione del carattere abusivo delle clausole soltanto per via del giudicato implicito del decreto ingiuntivo» – osserva ancora l'AG – renderebbe «impossibile eseguire un controllo dell'abusività in qualsiasi fase del procedimento».

Riguardo all'ostacolo del giudicato, viene richiamato l'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui «l'autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi» (Corte Giust. UE 31 gennaio 2019, causa C-225/17).

JUS CIVILE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS

Ricercatore di Diritto dell'Economia – Università di Perugia

PEGNO SU STRUMENTI FINANZIARI DEMATERIALIZZATI E ROTATIVITÀ DELLA GARANZIA

SOMMARIO: *1. La "dematerializzazione" degli strumenti finanziari. – 2. L'attuale disciplina degli strumenti finanziari dematerializzati e di quelli cartolari in gestione accentrata. – 3. La costituzione dei vincoli sugli strumenti finanziari dematerializzati ed il ruolo dello "spossessamento" tramite registrazione del vincolo. – 4. Il rapporto fra normativa speciale sulla costituzione del pegno su strumenti finanziari dematerializzati e le disposizioni codicistiche. – 5. La rotatività delle garanzie nelle disposizioni speciali dedicate agli strumenti finanziari dematerializzati. – 6.* Segue*. Problematiche applicative della disciplina del pegno rotativo su strumenti finanziari dematerializzati.*

1. – Come noto, esigenze connesse alla più agevole e sicura circolazione degli strumenti finanziari [1], ha determinato una progressiva ma costante tendenza alla dematerializzazione degli stessi [2]. Con tale termine si intende, al netto delle specificazioni che a breve si faranno, la perdita di rilevanza della "fisicità" degli strumenti finanziari tendente a far venir meno la c.d. *chartula* e che, quindi, determina che gli stessi possano esistere solo quali scritture contabili [3].

---

[1] L'esigenza di rendere maggiormente agevole, snella e sicura la circolazione dei valori mobiliari, era stata già evidenziata da M. LIBERTINI, *Premessa a una revisione unitaria dei titoli di credito*, in *Banca borsa*, 1972, I, 218.

[2] G. CARRIERO, *Monte titoli s.p.a.: le ragioni di un intervento legislativo*, in *Foro it.*, 1986, V, 259; M. GARGANTINI, *Identificazione dell'azionista e legittimazione all'esercizio del voto nelle s.p.a. quotate*, Giappichelli, 2012, 1. Sul punto, v. le considerazioni di M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, Giuffrè, 2004, 57 s., la quale evidenzia che "l'esperienza della dematerializzazione, sintomo di una crisi del supporto documentale, appare esattamente antitetica a quello che è stato il punto di arrivo della storia e dell'evoluzione dei titoli di credito: se, nel passato, l'incorporazione del diritto nel documento ha rappresentato una conquista come meccanismo capace di assolvere alle esigenze di speditezza e di sicurezza e di sicurezza della circolazione, scaturisce ora dalla prassi l'opposta esigenza di compiere un processo inverso, diretto ad affidare il trasferimento dei diritti a meccanismi differenti da quelli legati alla «traditio» del documento cartaceo".

[3] La dottrina è sul punto estremamente ampia. Senza pretesa di esaustività, v. I. KUTUFÀ, *Indici di legit-*

Si tratta di un percorso normativo iniziato con la l. 19 giugno 1986, n. 289 che, nell'istituire la Monte Titoli s.p.a. [4] quale società di gestione accentrata degli strumenti finanziari, permetteva un accentramento delle operazioni di trasferimento dei titoli in essa registrati [5]. Il sistema così creato, non faceva venir meno la forma cartacea dei titoli che, ove volontariamente immessi nel sistema di gestione accentrato, potevano però circolare non tramite *traditio* ma attraverso la registrazione contabile della transazione [6]. Si trattava, quindi, di un sistema di gestione accentrata dei titoli su base volontaria che, in ogni caso, permetteva al titolare dello strumento finanziario di gestire in maniera più agevole e sicura gli strumenti finanziari ma con la contestuale possibilità, tramite il ritiro degli stessi, di rientrare nella materiale disponibilità della *chartula*.

Maggiormente incisivo [7] è, invece, l'impatto che in termini di dematerializzazione dei titoli ha avuto il successivo d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213 [8] che, in linea di continuità con la disposizione in precedenza menzionata ma con maggiore pervasività, impone la dematerializzazione degli strumenti finanziari negoziati nei mercati regolamentati determinando la tendenziale eliminazione di qualunque supporto cartolare in relazione agli stessi [9]. Va detto che, anche in costanza di tale regime di dematerializzazione – come peraltro anche in quello vigente –, permangono ipotesi nelle quali risulta possibile l'emissione di strumenti finanziari in formato cartolare e, con essi, la necessità di

---

timazione e tecniche azionarie: nuove soluzioni per vecchi problemi tra cartolarità e dematerializzazione, in *Banca, borsa*, 2013, I, 641; A. PAVONE LA ROSA, *Azioni "dematerializzate" e legittimazione all'esercizio dei diritti sociali*, in *Riv. soc.*, 2002, 1209; M. CIAN, *Titoli dematerializzati e circolazione "cartolare"*, Giuffrè, 2001, *passim*; M. RESCIGNO, *La nuova disciplina della dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca borsa,* 1999, 212; F. SARTORI, *Dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 275; A. BUSANI e C.M. CANALI, *Strumenti finanziari dematerializzati: circolazione, vincoli e conferimento in fondo patrimoniale*, in *Riv. not.*, 1999, 1059.

[4] Sul punto, si rinvia a R. LENER, *La dematerializzazione dei titoli azionari e il sistema Monte Titoli*, Giuffrè, 1989, *passim*.

[5] G. OPPO, *Dal progetto alla Monte Titoli*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1986, 445 ss.; L. GUALANDI, *Commento alla legge 19 giugno 1986, n. 289*, in *Giur. comm.*, 1986, 815 ss.; R. LENER, *Il nuovo regolamento della Monte Titoli S.p.a.*, in *Banca borsa*, 1990, I, 207 ss.

[6] A. PAVONE LA ROSA, *La gestione accentrata di valori mobiliari: sua incidenza sulla circolazione cartolare dei titoli*, in *Banca borsa*, I, 289 ss.

[7] Una parte della dottrina ha parlato, a tal proposito, di dematerializzazione in senso forte: P. SPADA, *La circolazione della "ricchezza assente" alla fine del millennio*, in *Banca, borsa,* 1999, 407.

[8] G. CARRIERO, *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi*, in *Foro it.*, 1998, V, 310 ss.

[9] G. MINERVINI, *La dematerializzazione delle azioni quotate e l'esercizio dei diritti sociali*, in *Giur. comm.*, 1999, 647 ss.; A. MUNARI, *Brevi note in tema di procedure di "dematerializzazione" degli strumenti finanziari*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 51 ss.

continuare ad individuare una puntuale disciplina della gestione accentrata di strumenti finanziari cartolari [10].

Senza voler in questa sede entrare nel dettaglio di una evoluzione normativa estremamente complessa ed articolata [11], sembra opportuno però segnalare che nell'attuale quadro di sistema [12] le disposizioni di riferimento sono quelle contenute agli artt. 82 ss. TUF ed alla connessa normativa secondaria [13] che, in primo luogo, individua una disciplina di base applicabile agli strumenti dematerializzati (artt. 83 *bis*-83 *quaterdecies* TUF) e, poi, stabilisce regole applicabili agli strumenti finanziari cartolari in gestione accentrata (artt. 85-89 TUF) che si aprono, però, con il rinvio contenuto all'art. 85, comma 1, TUF a quanto disposto dalle norme dedicate agli strumenti dematerializzati ove non derogate dai successivi articoli [14].

È evidente che alla base di tale evoluzione normativa – la quale risente delle modifiche introdotte ed in corso di introduzione derivanti dal necessario adattamento delle disposizioni domestiche al Regolamento UE 909/2014 [15] – vi siano esigenze squisitamente pratiche che inducono il legislatore a rimodellare regole ed istituti sulla scorta delle nuove necessità del mercato. L'intero sistema ruota, infatti, intorno ai meccanismi di registrazione degli strumenti finanziari all'interno dei conti dedicati accesi presso gli intermediari che – ai fini della titolarità, del trasferimento, dell'esercizio dei diritti incorporati nello strumento finanziario e dell'apposizione di vincoli sugli stessi – ha lo scopo di sostituire gli effetti del possesso/spossessamento del titolo resi impossibili dall'inesistenza di un "cosa" mobile – la *chartula* – che possa essere oggetto di materiale apprensione [16].

---

[10] Sul punto, M. SEPE, *Le strutture e i servizi per il regolamento delle operazioni*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, 2ª ed., Cedam, 2019, 777 s.

[11] V., ancora, M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., 43 ss. e, per le evoluzioni più recenti, M. SEPE, *Le strutture e i servizi per il regolamento delle operazioni*, cit., 767 ss.

[12] Il riferimento è alle modifiche introdotte al TUF da parte del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27 che ha sostituito l'intero Titolo II del TUF (artt. 79 *quater* ss.) e successive modifiche.

[13] Si tratta del Provvedimento Consob – Banca d'Italia del 13 agosto 2018 sul Post-trading (c.d. Regolamento unico sul Post-trading) che sostituisce il precedente del 22 febbraio 2008.

[14] Affronta congiuntamente le tematiche, M. CIAN, *Titoli dematerializzati e circolazione "cartolare"*, cit., 21; ID., *Strumenti finanziari dematerializzati, diritto cartolare e diritto societario*, in *Banca borsa*, 2005, I, 11.

[15] Su cui v., A. MESSORE, *Adeguamento al regolamento (UE) n. 909/2014 sui depositari centrali di titoli (CSDR) e ulteriori novità in materia di infrastrutture e servizi di* post-trading, in *www.dirittobanca rio.it*, 2016, *passim.*

[16] Riflettono sul punto, G. OPPO, *Tramonto dei titoli di credito di massa ed esplosione dei titoli di legittimazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 645 ss.; M. CIAN, *Art. 83* bis *TUF*, in *Commentario del codice civile*, di-

Un percorso che, però, produce a cascata necessari adattamenti alle disposizioni che ruotano intorno alla dematerializzazione degli strumenti finanziari e che diventano inapplicabili proprio per effetto della stessa. Il riferimento è, per quello che qui interessa, proprio alle modalità tramite cui costituire il pegno su tali titoli che, quale vincolo impresso sugli stessi, limita le facoltà proprie del titolare degli strumenti finanziari oggetto di garanzia. Dalla regola emergente dal combinato disposto degli artt. 1997 e 2786 cod. civ. si ricava che, ai fini della costituzione del vincolo sullo strumento finanziario, sarebbe necessaria l'annotazione del peso sullo stesso ed il suo spossessamento cosa che, evidentemente, è incompatibile con il regime di dematerializzazione [17]. Da un lato, infatti, viene meno la possibilità di annotare il vincolo su un titolo che non esiste in *rerum natura* e, dall'altro, risulta apparentemente incompatibile con l'esistenza soltanto scritturale del titolo il fatto di poter prevedere uno "spossessamento" dello strumento finanziario da parte del creditore garantito. Si tratta, peraltro, di due elementi che letti alla luce delle disposizioni menzionate hanno una rilevanza fondamentale in termini di validità del vincolo e di opponibilità dello stesso a terzi.

Al di là dell'analisi delle peculiari disposizioni che disciplinano il fenomeno dell'apposizione di vincoli su strumenti finanziari dematerializzati, risulta quindi necessario verificare in che misura le disposizioni di dettaglio si discostino dai principi generali applicabili alla costituzione di pegno su beni materiali e come le stesse si collochino all'interno della crescente attenzione che il nostro ordinamento dedica alla figura dei c.dd. pegni non possessori.

2. – Al fine di poter inquadrare in maniera maggiormente agevole le problematiche connesse alla costituzione di pegno su strumenti finanziari in regime di dematerializzazione, appare opportuno in primo luogo soffermarsi molto brevemente sulle modalità, parzialmente differenti, con cui l'ordinamento si rapporta alle vicende relative agli strumenti finanziari necessariamente avvinti al regime di dematerializzazione rispetto a quelle che riguardano gli strumenti cartolari in gestione accentrata. Il rinvio per i se-

---

retto da E. Gabrielli, Giuffrè, 2015, 576 s.; R. LENER, *Art. 83* quinquies – *83* sexies *TUF*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, cit., 592.

[17] La tematica è stata da lungo tempo affrontata dalla dottrina. Senza pretesa di esaustività, v. fra i primi commentatori, L. GUALANDI, *Il Monte titoli. Le operazioni*, Giuffrè, 1983, *passim*; G. MINERVINI, *Sistema Monte titoli e pegno di titoli di credito*, in *Banca borsa*, 1990, I, 145 ss.; E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, Giuffrè, 1990, 26 ss.; R. LENER, *Prime osservazioni sulla gestione cartolarizzata dei titoli*, in *Banca borsa*, 1993, I, 695.

condi alle disposizioni che riguardano i primi, infatti, non fa venir meno le peculiarità che vanno tenute in considerazione proprio in relazione alla costituzione di un vincolo pignoratizio.

Va sul punto evidenziato che il novero degli strumenti finanziari che possono esistere solo in forma dematerializzata è estremamente ampio e racchiuso nel disposto dell'art. 83 *bis* TUF – che menziona i valori mobiliari regolati dalla legge italiana e ammessi alla negoziazione in una sede di negoziazione italiana o europea con il consenso dell'emittente – per come integrato e specificato dall'art. 34 del Regolamento unico sul *Post-trading* [18]. Tale ambito di applicazione oggettivo [19] è però destinato ad essere in parte modificato per l'entrata in vigore dell'art. 3, par. 1 del Regolamento UE 909/2014 che, nel tentativo di uniformare la disciplina al livello europeo, afferma che "gli emittenti stabiliti nell'Unione che emettono o hanno emesso valori mobiliari ammessi alla negoziazione o negoziati in sedi di negoziazione provvedono affinché tali titoli siano rappresentati mediante scrittura contabile tramite accentramento o a seguito di emissione diretta in forma dematerializzata" [20].

Gli strumenti finanziari ricadenti nel suddetto ambito di applicazione, quindi, devono

---

[18] Si tratta del Provvedimento Consob-Banca d'Italia del 13 agosto 2018. Ai sensi dell'articolo da ultimo citato, devono essere emessi in forma dematerializzata "a) gli strumenti del mercato monetario e le quote o azioni di un organismo di investimento collettivo negoziati o destinati alla negoziazione nei mercati regolamentati italiani o nei sistemi multilaterali di negoziazione italiani con il consenso dell'emittente; b) le azioni e altri titoli rappresentativi di capitale di rischio, le obbligazioni e altri titoli di debito, qualsiasi altro strumento finanziario che permetta di acquisire altri strumenti finanziari e i relativi indici, il cui emittente abbia altri strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati italiani, ovvero sia da considerarsi diffuso ai sensi dell'art. 108 del regolamento approvato con delibera CONSOB n. 11971 del 14 maggio 1999 e successive modificazioni e integrazioni; c) le obbligazioni e gli altri titoli di debito per i quali l'importo dell'emissione sia superiore a 150 milioni di euro". Sul punto, v. E. LA SALA, *L'applicazione della* distributed ledger technology *all'emissione di strumenti finanziari di debito*, in *Società*, 2019, 717 ss.

[19] Va segnalato, per completezza, che l'art. 83 *bis*, comma 3, TUF prevede anche l'ipotesi di una dematerializzazione volontaria ad opera dell'emittente che, ove emetta strumenti finanziari non assoggettati a dematerializzazione obbligatoria, può comunque volontariamente assoggettarli a tale regime. La dottrina, già in relazione all'art. 28 del d.lgs. n. 213 del 1998, aveva distinto fra dematerializzazione ex lege, dematerializzazione per regolamento e dematerializzazione volontaria. In questo senso, M.C. CARDARELLI, *L'azione dematerializzata. Dallo statuto alla fattispecie*, Giuffrè, 2001, 6 ss.; B. LIBONATI, *L'impresa e le società. Lezioni di diritto commerciale*, Giuffrè, 2004, 120.

[20] L'art. 76, par. 2 del Regolamento UE 909/2014, Afferma che "l'articolo 3, paragrafo 1, si applica a decorrere dal 1 gennaio 2023 ai valori mobiliari emessi dopo tale data e a decorrere dal 1 gennaio 2025 a tutti i valori mobiliari". Sul punto, v. le considerazioni di A. MESSORE, *Adeguamento al regolamento (UE) n. 909/2014 sui depositari centrali di titoli (CSDR) e ulteriori novità in materia di infrastrutture e servizi di* post-trading, cit.

essere assoggettati a gestione accentrata [21] e, ove di nuova emissione, devono essere emessi in forma dematerializzata cosa che impone all'emittente di individuare un unico depositario centrale [22] presso il quale aprire un conto nel quale confluiscano gli stessi [23].

Va in primo luogo segnalato che, in applicazione del regime di dematerializzazione, si registra una fortissima responsabilizzazione degli intermediari e della società di gestione accentrata posto che ogni vicenda relativa agli strumenti finanziari, di fatto, passa proprio attraverso l'attività di tali soggetti. In questo senso è l'art. 83 *quater*, comma 1, TUF che impone che ogni operazione su tali titoli venga effettuata proprio per il tramite degli intermediari [24].

A tal fine, la società di gestione accentrata [25] deve accendere su istanza dei singoli intermediari conti intestati agli stessi nei quali verranno registrati tutti i movimenti relativi agli strumenti finanziari depositati da quell'intermediario [26]. Dal canto loro, i singoli intermediari che siano stati incaricati dello svolgimento del servizio dovranno accendere conti separati per ogni cliente nei quali annotare le movimentazioni dei titoli ed i vincoli sugli stessi gravanti [27].

Sulla scorta di tale sistema [28], quindi, il titolare del conto su cui avvenga la registrazione dello strumento finanziario potrà esercitare tutti i diritti patrimoniali ed amministrativi portati dal titolo – esercizio consentito sulla scorta delle comunicazioni e delle

---

[21] La dematerializzazione di strumenti finanziari cartolari avviene, attualmente, ai sensi degli artt. 34 e 35 del Regolamento sul *Post-trading*. Tali strumenti finanziari devono essere immessi in un sistema accentrato con contestuale annullamento dei documenti cartacei che originariamente li rappresentavano.

[22] Cfr., M. SEPE, *Le strutture e i servizi per il regolamento delle operazioni*, cit., 779.

[23] V. l'art. 37 del Regolamento unico sul *Post-trading*. A conclusione della fase di collocamento, poi, l'emittente potrà indicare gli intermediari ai quali accreditare gli strumenti finanziari. In dottrina, M. CIAN. *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca borsa*, 2007, 641 ss.

[24] Trattasi, infatti, di una gestione necessariamente accentrata. Cfr., M. CIAN, *Titoli dematerializzati e circolazione cartolare*, cit., 23.

[25] Sul regime autorizzatorio che riguarda tali soggetti e sulle caratteristiche degli stessi, v. S. CARMIGNANI, *La gestione accentrata di strumenti finanziari*, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di A. Patroni Griffi, M. Sandulli e V. Santoro, Giappichelli, 1999, 480; M. SEPE, *Le strutture e i servizi per il regolamento delle operazioni*, cit., 771 ss.

[26] Così, l'art. 83 *quater*, comma 2, TUF Il conto, quindi, raccoglie indistintamente tutti gli strumenti finanziari gestiti per il tramite dell'intermediario. E. LA SALA, *L'applicazione della* distributed ledger technology *all'emissione di strumenti finanziari di debito*, cit., 718; E.M. MASTROPAOLO, *Dematerializzazione (Strumenti finanziari)*, in *Dig. disc. Priv., Sez. comm.*, Agg. III, Utet, 2007, 238.

[27] V., l'art. 83 *quater*, comma 3, TUF. M. CIAN, *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, cit., 647, il quale parla di un sistema "piramidale".

[28] Su cui, N. SALANITRO, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, in *Banca borsa*, I, 2009, 1 ss.

certificazioni rilasciate dall'intermediario stesso [29] – e, ove la registrazione sia avvenuta in buona fede e in forza di un titolo idoneo, risulta al sicuro da pretese o azioni esperibili dai precedenti titolari degli strumenti finanziari o da coloro che vantino diritti confliggenti [30]. Il sistema delle registrazioni, dunque, appare sostitutivo di tutti quegli effetti che, in assenza di un regime di dematerializzazione, avrebbe prodotto la consegna ed il possesso materiale dello strumento finanziario cartolare [31].

Nel caso invece in cui gli strumenti finanziari non risultino assoggettati all'obbligo di dematerializzazione e possano, quindi, esistere in forma documentale, viene comunque prevista la possibilità di agevolare la circolazione degli stessi ricorrendo alla loro gestione accentrata. L'accesso ad un regime di gestione accentrata passa, in questi casi, necessariamente tramite il deposito degli strumenti finanziari presso un intermediario che viene autorizzato da parte del depositante, tramite un accordo necessariamente scritto, ad effettuare il c.d. subdeposito degli strumenti presso un depositario centrale [32]. Si tratta di un deposito regolare – per espressa previsione di legge [33] – ed alla rinfusa [34] in funzione del quale da un lato, il depositario centrale non acquista alcun diritto dominicale sugli strumenti finanziari depositati né ha alcuna facoltà di disporne [35] e che, dall'altro, dà diritto al titolare degli strumenti finanziari di ottenere per il tramite dell'intermediario la riconsegna non degli stessi titoli depositati ma di un corrispondente quantitativo di strumenti finanziari della medesima specie depositati presso il depositario centrale [36].

---

[29] Ciò sulla scorta del disposto dell'art. 83 *quinquies*, comma 3, TUF, secondo il quale "la legittimazione all'esercizio dei diritti indicati nel comma 1 è attestata dall'esibizione di certificazioni o da comunicazioni all'emittente, rilasciate o effettuate dagli intermediari, in conformità alla proprie scritture contabili, in favore del soggetto a cui spetta il diritto e recanti l'indicazione del diritto sociale esercitabile".

[30] In questo senso si pronuncia l'art. 83 *quinquies*, comma 2, TUF il quale, evidentemente, riprende la regola codicistica del c.d. possesso vale titolo di cui all'art. 1153, comma 1, cod. civ. sostituendo, però, all'acquisizione del possesso prevista dal codice civile la registrazione dello strumento finanziario dematerializzato all'interno del conto. Riflette sul punto M. CIAN, *Dematerializzazione degli strumenti finanziari e "possesso" della registrazione in conto*, in *Banca borsa*, 2002, 165 ss.; G.P. LA SALA, *Disciplina del possesso e acquisto di buona fede in regime di dematerializzazione*, in *Riv. dir. soc.*, 2004, 1391 ss.; M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., 53.

[31] V., B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Giuffrè, 1999, 125.

[32] Art. 85, comma 2, TUF.

[33] Art. 85, comma 3, TUF.

[34] M. SEPE, *Le strutture e i servizi per il regolamento delle operazioni*, cit., 783; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, 10ª ed., Giappichelli, 2020, 350 s.

[35] Fatte salve le eccezioni di cui all'art. 85, comma 3, TUF che legittimano il depositario centrale ad esercitare le azioni relative alla distruzione, sottrazione e smarrimento dei titoli nonché ad effettuare tutte le operazioni inerenti alla gestione dei titoli stessi.

[36] Così, l'art. 86, comma 1, TUF.

3. – Fatte queste brevi premesse, va subito posto in risalto l'impatto che il regime di dematerializzazione e di gestione accentrata ha sulla costituzione di vincoli sugli strumenti finanziari. Come immaginabile dalle osservazioni che precedono, anche il sistema dei vincoli sui suddetti strumenti finanziari transita necessariamente attraverso lo strumento dell'annotazione del vincolo che, nelle disposizioni speciali, dovrebbe sostituire i classici adempimenti per la costituzione del pegno – annotazione sul titolo e spossessamento – rese impossibili per l'assenza della *chartula*.

Anche tale profilo è però stato interessato da un profondo fermento normativo che solo a seguito dell'emanazione del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 27 – che ha unificato nel TUF le disposizioni che disciplinano la tematica –, ha trovato una maggiore omogeneità.

Prima di tale intervento normativo, infatti, per gli strumenti finanziari dematerializzati la costituzione del vincolo avveniva ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 213/1998 con la registrazione in apposito conto (il c.dd. conti-vincoli) tenuto dall'intermediario [37]. Le disposizioni allora vigenti che il TUF dedicava alla gestione accentrata di strumenti finanziari cartolari, facevano invece riferimento alla necessaria iscrizione del vincolo in un apposito registro tenuto dal depositario [38] da cui dipendevano gli effetti propri della costituzione del vincolo sul titolo [39]. Uno scarto normativo che, non senza critiche da parte della dottrina [40], ritrovava una sua unitarietà grazie alle disposizioni regolamentari che, allora integrate dal Regolamento Consob n. 11768/1998, imponevano senza alcuna differenza fra le distinte ipotesi, l'obbligo per l'intermediario di accende "appositi conti destinati a registrare per ogni titolare di conto gli strumenti finanziari di sua pertinenza gravati da vincoli" [41]. Ciò aveva prodotto incertezze circa le modalità di costituzione del vincolo sugli strumenti finanziari cartolari in gestione accentrata poiché veniva a determinarsi un conflitto fra normativa primaria – l'allora vigente art. 87 TUF – che prevedeva la costituzione del vincolo tramite iscrizione nel registro; e la normativa regolamentare che, invece, richiedeva la registrazione nel conto-vincoli anche per tali strumenti finanziari [42].

---

[37] V., sul punto, F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, Esi, 2004, 136 ss.

[38] Così l'art. 87 comma 1, TUF nella sua formulazione precedente al 2010.

[39] In questo senso, l'art. 87, comma 2, TUF allora vigente.

[40] Sul punto S. POLI, *Il pegno di azioni*, cit., 246 ss.; F. BRIOLINI, *I vincoli sui titoli di credito*, Giappichelli, 2002, 278; G.P. LA SALA, *Disciplina del possesso e acquisto di buona fede in regime di dematerializzazione*, cit., 1425.

[41] Ciò ai sensi dell'art. 45, comma 1, del Regolamento Consob 11768/1998.

[42] La dottrina appariva divisa su tale profilo. Secondo una parte, infatti, in entrambi i casi la costituzione

Tale dicotomia, in un primo momento erosa al livello di normativa primaria grazie al disposto dell'art. 9, comma 2 del d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210 [43], viene definitivamente superata proprio grazie al citato d.lgs. n. 27/2010 che, pur con le successive modifiche, riconsegna all'interprete l'attuale quadro normativo della materia [44].

La disposizione intorno alla quale ruota la costituzione di vincoli sugli strumenti finanziari è, oggi, l'art. 83 *octies* TUF che, in totale sintonia con quanto disponeva l'art. 34 del d.lgs. n. 213/1998, prevede da un lato che "i vincoli di ogni genere sugli strumenti finanziari disciplinati dalla presente sezione […] si costituiscono unicamente con le registrazioni in apposito conto tenuto dall'intermediario" [45] e, dall'altro, che gli intermediari possono accendere specifici conti finalizzati alla costituzione di vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari negli stessi contenuti con l'obbligo di conservare "l'integrità del valore del vincolo" [46].

Nonostante la disposizione si riferisca solo agli strumenti finanziari in regime di dematerializzazione, la stessa risulta applicabile anche agli strumenti finanziari cartolari in gestione accentrata stante, per questi ultimi, il rinvio contenuto all'art. 85, comma 1, TUF proprio alle disposizioni relative agli strumenti finanziari dematerializzati in assenza di più puntuali e specifici riferimenti normativi [47]. Scompare quindi, allo stato attuale, qualunque differenza sostanziale fra strumenti finanziari dematerializzati e strumenti finanziari cartolari in regime di gestione accentrata circa la costitu-

---

del vincolo doveva avvenire tramite la registrazione nell'apposito conto. In questo senso, M.C. CARDARELLI, *L'azione dematerializzata*, cit., 168. In senso contrario, invece, S. POLI, *Il pegno di azioni*, cit., 246 ss.; F. BRIOLINI, *I vincoli sui titoli di credito*, cit., 279 i quali, con sicuro sostegno nella gerarchia delle fonti, ritengono che a prevalere fosse il disposto dell'art. 87 TUF.

[43] Tale disposizione, richiamava l'applicabilità delle disposizioni relative al trasferimento ed alla costituzione di vincoli su strumenti finanziari dematerializzati anche a quelli cartacei in gestione accentrata. La disposizione in parola, però, non modificava l'allora vigente art. 87 TUF che in relazione agli strumenti finanziari in gestione accentrata continuava a richiedere l'iscrizione nel registro dei vincoli del quale, però, diventava del tutto incerta la funzione. Cfr., sul punto, M.C. CARDARELLI, *L'azione dematerializzata*, cit., 173 ss.

[44] Si veda, per un riferimento generale, P. MARANO, *Artt. 83* octies, in *Le società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Giuffrè, 2016, 3715 ss.

[45] Art. 83 *octies*, comma 1, TUF Tale disposizione primaria trova la sua specificazione nell'art. 56 del Regolamento unico sul *Post-trading* del 2018 nel quale vengono dettagliate le tipologie di informazioni che devono risultare nel conto in relazione al vincolo apposto sullo strumento finanziario.

[46] Art. 83 *octies*, comma 2, TUF Anche in questo caso, disposizioni di maggior dettaglio si rinvengono all'art. 57 del Regolamento unico sul *Post-trading* del 2018.

[47] R. LENER, *Art*. 87, in *Le società per azioni*, cit., 3794; F. MARTORANO, *Titoli di credito dematerializzati*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A Cicu e F. Messineo, Giuffrè, 2020, 311 ss.

zione di vincoli che, dunque, si costituiscono unicamente tramite registrazione in apposito conto [48].

Al netto delle identiche modalità di costituzione dei vincoli, la perdurante presenza di strumenti finanziari cartolari da assoggettare volontariamente a gestione accentrata impone, anche in questo caso, di prevedere disposizioni che tengano in considerazione le specificità derivanti dall'immissione in gestione accentrata di strumenti finanziari già gravati da vincoli o dalla contrapposta ipotesi di ritiro dal sistema di gestione accentrata di titoli che risultino gravati da vincoli. I vincoli apposti sul titolo prima della sua immissione in gestione accentrata si trasferiscono senza effetti novativi [49], per effetto della girata al depositario centrale, sui diritti del depositante [50]. In caso di ritiro degli strumenti finanziari dal sistema di gestione accentrata, si manifesta l'esigenza di riannotare il vincolo sui certificati evidenziando la data di costituzione [51].

Si tratta quindi, in generale, di un sistema da alcuni definito come "para-mobiliare" nel quale la registrazione contabile rappresenta lo strumento che, in sostituzione dello spossessamento, dovrebbe assicurare l'indisponibilità del bene mobile oggetto di garanzia da parte del debitore [52]. Ciò è però possibile solo tramite il coinvolgimento di un ter-

---

[48] P. MARANO, *Artt. 83* octies, cit., 3760. Per quanto riguarda gli strumenti finanziari cartolari in gestione accentrata, tale assetto normativo, in line peraltro con quello previgente, permette la costituzione di vincoli senza che lo strumento finanziario venga ritirato dal sistema di gestione accentrata. Pur se con riferimento alla previgente normativa, v. F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 135 s., la quale "la disposizione assicura, quindi, la possibilità di costituire nuovi vincoli senza procedere al previo ritiro degli strumenti finanziari dal sistema, stabilendo che la garanzia possa sorgere fuori dalla *chartula*, prescindendo anche dall'iniziale attuazione sul titolo nel senso dell'art. 1997 cod. civ.".

[49] Il Regolamento unico sul *Post-trading* del 2018 specifica all'art. 56, comma 3 che "Gli effetti dell'iscrizione dei vincoli sorti anteriormente all'immissione degli strumenti finanziari nella gestione accentrata retroagiscono al momento della costituzione del vincolo stesso".

[50] Art. 87, comma 1, TUF che specifica che "le annotazioni dei vincoli sui certificati si hanno per non apposte; di ciò è fatta menzione sul titolo". Cfr., pur se con riferimento alla precedente normativa ma con considerazioni da ritenersi attuali, R. LENER, *Monte Titoli*, in *Dig. disc. Priv.*, *Sez. comm*., X, Utet, 1994, 97.

[51] F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 136 la quale fa riferimento ad una nuova cartolarizzazione del vincolo secondo quanto risulta nel conto.

[52] Così F. MARTORANO, *Titoli di credito dematerializzati*, cit., 322, il quale aggiunge che "prima della registrazione il creditore non vanterà alcuna posizione giuridica preferenziale sugli strumenti finanziari, e soccomberà di fronte ad un eventuale acquirente per giroconto, ovvero ai creditori che abbiano promosso procedure esecutive o cautelari su di essi. Per converso, una volta effettuata la registrazione, il creditore pignoratizio godrà della protezione di cui all'art. 83 *quinquies*, comma 2, sia nei confronti del terzo titolare degli strumenti finanziari costituiti in pegno dal *non dominus*, sia nei confronti di coloro a cui favore il pegno sia stato costituito con scrittura di data certa anteriore.

zo soggetto – l'intermediario – obbligato ad erogare il proprio servizio in ossequio ai vincoli stabiliti sugli strumenti finanziari [53].

Tali affermazioni, a prima vista poco conciliabili con le classiche modalità di costituzione del pegno, vengono in parte stemperate dalla considerazione secondo cui gli strumenti finanziari, pur nella loro veste dematerializzata, sono *res* che incorporano diritti. La dematerializzazione non vuol dire infatti scomparsa di una rappresentazione fisica dello strumento, ma una nuova forma di rappresentarlo non più consistente nella *chartula* – che permette allo strumento finanziario di circolare, pur con le dovute peculiarità, secondo le regole dei beni mobili – ma, al contrario, nella registrazione contabile [54].

Che lo spossessamento di cui all'art. 2786 cod. civ. sia un elemento fondamentale per la costituzione di vincoli su beni mobili e che a questo si uniscano, per i titoli, le formalità desumibili dall'art. 1997 cod. civ. è dato che, al di fuori delle disposizioni di settore analizzate non può essere contestato [55]. Il problema da porsi è, quindi, verificare come tali disposizioni settoriali si collochino rispetto alle norme generali che individuano nello spossessamento – in favore del creditore o di un terzo – lo strumento necessario ad evitare che il debitore possa disporre del bene oggetto di pegno facendo venir meno la garanzia [56].

Se dunque la funzione dello spossessamento è quella di sottrarre alla disponibilità del debitore il bene mobile oggetto di garanzia [57] lo stesso obiettivo potrebbe essere raggiunto tramite accorgimenti diversi [58].

Se in assenza di vincoli sugli strumenti dematerializzati o in gestione accentrata il titolare ne esercita il possesso necessariamente tramite l'intermediario – stante l'impossibilità di effettuare operazioni di gestione senza l'intervento di tale ultimo soggetto pro-

---

[53] In questo senso, M. CIAN, *La gestione accentrata degli strumenti finanziari dopo la novella del 2010*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2012, 109, il quale evidenzia "Attraverso la tecnica delle registrazioni contabili, la disciplina in esame adotta sostanzialmente un modello para-mobiliare, assolvendo con meccanismi documentali alle funzioni proprie della movimentazione fisica (apprensione, consegna) del bene, e costituendo in capo all'intermediario l'obbligo di svolgere il proprio servizio inerente alla gestione dell'evidenziazione contabile, nel rispetto del peso annotato".

[54] Cfr., sul punto, F. SARTORI, *Dematerializzazione degli strumenti finanziari*, cit., 286; M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., 80 ss.

[55] V., sul punto F. BRIOLINI, *I vincoli sui titoli di credito*, cit., 91 ss.

[56] M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., 178 e 181.

[57] Per tale ricostruzione funzionale v. le ormai risalenti, ma sempre attuali, osservazioni di E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, cit., 181 ss.; ID., *I negozi costitutivi di garanzie reali*, in *Banca borsa*, 1996, I, 149 ss.

[58] Lo ammette la stessa giurisprudenza proprio in relazione alla costituzione del pegno su strumenti finanziari dematerializzati. V., sul punto, Cass. 27 ottobre 2006, n. 23268, in *Banca borsa,* 2008, II, 308.

fessionale –, con la creazione del vincolo e la contestuale collocazione dello strumento finanziario oggetto di garanzia all'interno di un apposito conto-vincoli, il proprietario del titolo ne viene "spossessato" in quanto lo strumento finanziario viene affidato ad un terzo [59] – sempre l'intermediario – obbligato però questa volta ad osservare, sotto la propria responsabilità, le preclusioni portate dal vincolo [60]. Lo spossessamento si concretizza, in tali casi, nella perdita del "potere sulla cosa" il quale subisce le restrizioni proprie del vincolo sulla stessa gravante [61].

È evidente che, in un sistema di tal genere, l'intermediario diventa soggetto responsabile della conservazione della garanzia visto che il proprietario degli strumenti finanziari può esercitare i diritti inerenti gli stessi solo tramite l'intermediario e nei limiti nei quali tali diritti sono disponibili o esercitabili [62]. In tali circostanze, quindi, si configurerebbe per il creditore pignoratizio una tutela di natura obbligatoria verso eventuali condotte illegittime dell'intermediario che, in violazione degli obblighi sullo stesso gravanti, pregiudicassero la possibilità per il soggetto garantito di soddisfare le proprie pretese creditorie. Secondo una parte della dottrina, alla luce di quanto detto, l'iscrizione nel conto-vincoli dello strumento finanziario acceso presso l'intermediario configurerebbe quindi una ipotesi di deposito a scopo di garanzia [63].

4. – Se sotto il profilo della costituzione del pegno su titoli dematerializzati non sembrano evidenziarsi attriti insormontabili con la disciplina generale prevista nel codice civile, apparentemente più problematico appare il profilo c.d. "pubblicitario" del vincolo. Una parte della dottrina civilistica ha infatti comunemente assegnato allo spossessamento non solo la funzione di rendere indisponibile il bene per il debitore, ma anche di rendere esternamente percepibile ai terzi interessati la presenza di un vincolo [64].

---

[59] Cfr., sul punto, le considerazioni di E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile,* diretto da R. Sacco, Utet, 2005, 254 s.

[60] Cfr., l'art. 83 *octies*, comma 2, TUF.

[61] Cfr., A. PAVONE LA ROSA, *La gestione accentrata di valori mobiliari: sua incidenza sulla circolazione cartolare dei titoli*, cit., 294 s.

[62] F. BRIOLINI, *I vincoli sui titoli di credito*, cit., 15 ss.; M.C. CARDARELLI, *L'azione dematerializzata. Dallo statuto alla fattispecie*, cit., 165 ss.

[63] M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., 187 ss.

[64] G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1992, 67.

Si tratta di una affermazione che, come rilevato da altra dottrina [65], non sembra assolutamente rilevante ai fini dell'opponibilità del pegno ma appare aver condizionato le riflessioni della dottrina sul pegno gravante su strumenti finanziari.

Non è un caso che, nella previgente disciplina, una parte della dottrina abbia interpretato la presenza dell'annotazione nel registro dell'intermediario – che insieme alla registrazione nel conto-vincoli veniva richiesta per i soli strumenti finanziari cartolari immessi in gestione accentrata –, quale vera e propria forma di pubblicità che segnava l'opponibilità del vincolo ai terzi [66]. Ciò aveva spinto una parte della dottrina a ritenere che il sistema delineato dalle disposizioni speciali andasse di fatto a soddisfare sia il requisito dello "spossessamento" che quello della pubblicità esterna del vincolo che, dunque, risultava sicuramente opponibile a terzi che non potevano evocare la propria buona fede a sostegno dell'acquisto di diritti incompatibili con il vincolo [67]. Una posizione che, tuttavia, non risultava del tutto persuasiva in primo luogo per il fatto che tale "registro" non era previsto per la costituzione di vincoli su strumenti finanziari dematerializzati e, dall'altro, che tali registri non risultavano accessibili liberamente al pubblico così facendo venir meno qualunque funzione di conoscenza in favore di terzi [68].

Tali critiche appaiono ancor più fondate se lette alla luce dell'attuale disciplina che, come ricordato sopra, prevede quale unica formalità richiesta per la costituzione di vincoli su strumenti finanziari sia dematerializzati che cartolari immessi in gestione accentrata [69], la registrazione in apposito conto tenuto dall'intermediario ai sensi dell'art. 83 *octies* TUF. Né risulta in alcun modo ipotizzabile che tale registrazione possa assolvere

---

[65] S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, 1957, 290 ss.; D. RUBINO, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XIV, t. 2, Utet, 1956, 222; S. GISOLFI, *Il punto sull'ammissibilità del patto di rotatività nel pegno*, in *Riv. not.*, 2006, 856. Sul punto v., pure, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, 790 ss.

[66] Così, G. MINERVINI, *Sistema Monte titoli e pegno di titoli di credito*, cit., 148; G. OPPO, *Mandato ad acquistare azioni versate alla Monte Titoli e fallimento del mandatario*, in *Riv. dir. impr.*, 1991, 10; B. LIBONATI, *L'impresa e la società. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 118.

[67] M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., 195. Si vedano, sul punto, pure le osservazioni di M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Esi, 2003, 203 ss. la quale evidenziala presenza di nuove forme con le quali rendere esternamente percepibile l'apprensione del bene anche in maniera virtuale. Sembra di tale avviso anche C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realità e obbligatorietà del vincolo*, Cedam, 2012, 66 ss.

[68] F. BRIOLINI, *I vincoli sui titoli di credito*, cit., 279 ss.

[69] Ovviamente, se il vincolo insiste sullo strumento finanziario prima della sua immissione nel sistema di gestione accentrata, si applicherà – come ricordato sopra – quanto disposto dall'art. 87 TUF Sul punto, v. F. ACCETTELLA, *La costituzione del pegno su strumenti finanziari dematerializzati*, in *Banca borsa*, 2014, 562 s.

alle funzioni di "pubblicità" risultando, alla pari del "registro" ormai abrogato, al di fuori della conoscibilità dei terzi [70].

Come sopra detto, però, non sembra che gli aspetti "pubblicitari" abbiano una qualche rilevanza ai fini del corretto funzionamento del vincolo pignoratizio. Lo spossessamento – tanto effettivo (nei beni mobili) quanto funzionale (negli strumenti finanziari) – non assolve ad alcuna forma di pubblicità non essendo idoneo a dare a terzi soggetti alcuna evidenza della presenza o del contenuto del vincolo. I terzi, cioè, percepiranno come proprietario del bene mobile colui che appare avere la sua disponibilità a prescindere dal fatto che sia il legittimo proprietario, che sia il creditore pignoratizio che ne ha la disponibilità per aver spossessato il debitore o che sia il terzo al quale il bene mobile oggetto di pegno sia stato affidato ai sensi dell'art. 2786, comma 2, cod. civ. Il terzo che acquisti in buona fede in base ad un titolo astrattamente idoneo e consegua il possesso del bene, ne sarà proprietario ai sensi dell'art. 1153 cod. civ. A soluzioni non dissimili dovrebbe giungersi, nell'attuale quadro normativo, nelle ipotesi in cui un terzo acquirente di buona fede ottenga l'iscrizione degli strumenti finanziari gravati da pegno sul proprio conto diventandone, quindi, legittimo proprietario [71].

Le disposizioni speciali relative ai vincoli su strumenti finanziari dematerializzati, quindi, sembrano piuttosto riavvicinare la disciplina del pegno su tali valori alle regole comuni dettate per il pegno su beni mobili e la allontanano, invece, da quella del pegno su titoli cartolari che non vengano immessi in gestione accentrata. Per tale ultima e residuale fattispecie, infatti, le disposizioni generali prevedono un sistema molto più garantista richiedendo da un lato lo spossessamento e, dall'altro, l'annotazione sul titolo che, questa sì, è in grado di creare una relazione diretta fra *chartula* e vincolo sulla stessa impresso [72].

---

[70] M. CIAN. *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, cit., 696, nota n. 187.

[71] Lo rileva F. MARTORANO, *Titoli di credito dematerializzati*, cit., 321 s., nota 35 ove evidenzia che l'assenza di un formale richiamo a quanto dispone l'art. 1153, comma 1, cod. civ. "non consente di dedurre che a colui il quale ha ottenuto in buona fede la registrazione a favore possano essere opposti vincoli incidenti sugli strumenti finanziari acquistati. Invero, l'esigenza che è alla base della norma codicistica, ossia quella di garantire la sicurezza della circolazione, non si può non ritenere ricorrente anche nella sanatoria della circolazione irregolare degli strumenti finanziari dematerializzati, onde i vincoli sugli stessi si estingueranno nel caso in cui l'acquirente a non domino consegua la registrazione a favore ignorandone senza colpa l'esistenza. Del resto la formula dell'art. 83 *quinquies*, comma 2, che pone l'acquirente di buona fede in base a titolo idoneo immune da «*azioni e pretese da parte di precedenti titolari*» può ritenersi comprensiva anche di pretese e azioni inerenti diritti limitati". Sul punto, pure, F. BRIOLINI, *I vincoli sui titoli di credito*, cit., 324 ss.; G.P. LA SALA, *Disciplina del possesso e acquisto di buona fede in regime di dematerializzazione*, cit., 1424 ss.; M. CIAN. *La dematerializzazione degli strumenti finanziari*, cit., 696.

[72] M. CALLEGARI, *Il pegno su titoli dematerializzati*, cit., 194, la quale fa notare la differenza sussistente fra annotazione del vincolo sul titolo e registrazione in conto del vincolo.

Le disposizioni analizzate, invece, sostituiscono l'annotazione del vincolo sullo strumento cartolare (percepibile da eventuale terzi acquirenti del bene) con la registrazione in un apposito conto-vincoli che, pur non essendo conoscibile da eventuali terzi, responsabilizza però l'intermediario finanziario presso il quale gli strumenti finanziari sono depositati. Tale soggetto, infatti, è obbligato a prestare i propri servizi in conformità con i vincoli impressi sugli strumenti finanziari rispondendo di eventuali danni derivanti da proprie azioni o omissione che, non tenendo in considerazione la presenza del vincolo, vadano a frustrare l'interesse del creditore pignoratizio alla prelazione sugli strumenti finanziari gravati da pegno [73]. Non va infatti dimenticato che tutti i diritti incorporati dallo strumento finanziario possono essere esercitati, in caso di dematerializzazione o di gestione accentrata, solo tramite rilascio di certificati o di comunicazioni all'emittente che, su istanza dell'interessato, vengano rilasciate o effettuate da parte dell'intermediario. Ai sensi dell'art. 83 *novies*, lett. g), TUF, nel caso in cui l'intermediario debba effettuare le suddette comunicazioni o debba rilasciare le suddette certificazioni, "segnala all'emittente i vincoli sugli strumenti finanziari iscritti ai sensi dell'articolo 83-*octies*" [74].

5. – Nonostante le indubbie peculiarità connesse alla creazione di vincoli pignoratizi su strumenti finanziari dematerializzati, si ritiene dunque che tali disposizioni rappresentino sicuramente una deroga necessaria a quanto dispone il combinato disposto degli artt. 1997 cod. civ. e 2786 cod. civ. per i titoli cartolari, ma determini un riavvicinamento della fattispecie analizzata alla disciplina comune del pegno su beni mobili e, in particolare, all'ipotesi in cui lo spossessamento del bene oggetto di garanzia avvenga tramite consegna dello stesso ad un terzo e non direttamente al creditore [75].

Alla base di tale scelta normativa, come detto, vi sono ragioni connesse all'esigenza di

---

[73] Cfr., DE LUCA, Res que tangi non possunt *(a proposito di dematerializzazione, pegno e individuazione del bene)*, in *Banca borsa*, 2008, II, 319.

[74] Sulla problematica relativa all'individuazione del soggetto a cui spetti l'esercizio dei diritti portati dallo strumento finanziario in caso di apposizione di pegno sullo stesso, v. l'art. 41, comma 5 del Regolamento unico sul *Post-trading*, il quale recita che "Nel caso di pegno, di usufrutto ovvero di riporto, legittimato ad avanzare la richiesta ai fini dell'esercizio dei diritti di cui agli articoli 2376 e 2415 del codice civile e 83-*sexies* e 146 del TUF, salvo convenzione contraria, è il creditore pignoratizio, l'usufruttuario ovvero il riportatore. La mancata conoscenza dell'esistenza di tale convenzione esonera gli intermediari da ogni relativa responsabilità". In dottrina, v. S. POLI, *Il pegno di azioni*, cit., 255 ss.; F. MARTORANO, *Titoli di credito dematerializzati*, cit., 316 ss. In generale, M. ARRIGONI, *Gestione accentrata di strumenti finanziari dematerializzati e legittimazione all'esercizio del diritto al risarcimento del danno*, in *Banca, borsa*, 2020, 637 ss.

[75] V. *supra*.

adattare le regole del pegno al venir meno della *chartula* ed alla contestuale acquisizione di una nuova "forma di essere" degli strumenti finanziari i quali, come detto, risulteranno da registrazioni in conti tenuti dagli intermediari. La presenza della necessità di rendere più sicuri, rapidi ed agevoli gli scambi su beni che, per esprimere in maniera piena tutto il proprio "valore" economico, devono essere messi nella condizione di poter circolare rapidamente, ha reso il pegno su strumenti dematerializzati terreno estremamente fertile per sperimentare una delle prime [76] forme legali di rotatività di tale garanzia [77].

Per pegno rotativo si intende, come noto, quella tipologia di garanzia pignoratizia che permette la sostituzione del bene oggetto di garanzia senza che si generino effetti novativi. La sostituzione del bene, cioè, mantiene intatto il vincolo preesistente che decorrerà dal momento della sua originaria costituzione pur se insistente, nell'attualità, su un bene diverso rispetto a quello originariamente costituito in pegno [78]. Tale figura si è sviluppata proprio in relazione a tutti quei beni mobili che, al fine di conservare inalterato il proprio valore economico, devono necessariamente circolare e per i quali, di converso, la rigidità tipica del vincolo pignoratizio si risolverebbe in una irragionevole compressione tanto delle facoltà del debitore – che non potrebbe utilizzare il "valore" espresso da quei beni per garantire i propri debiti –, quanto per il creditore pignoratizio che, per effetto del

[76] Tale ipotesi è stata affiancata, nel tempo, da una molteplicità di ulteriori tipologie legali di pegno rotativo. Per una ricognizione generale, G. CHINÉ, *Pegno (pegno rotativo)*, in *Enc. giur.* Treccani, XXII, 2006, 1 ss.; C. ABATANGELO, *La clausola di rotatività del pegno: requisiti di efficacia e profili di responsabilità*, in *Resp. civ.*, 2011, 663 ss.; M. CENINI, *Garanzie atipiche*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, Agg. VIII, Utet, 2013, 304 ss. Senza pretesa di esaustività, si pensi, in primo luogo, alla l. 24 luglio 1985, n. 401 sulla costituzione di pegno su prosciutti su cui v. E. GABRIELLI, *Garanzia "relativa", vincoli su titoli di stato e disciplina del pegno*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, 267 ss. Si veda, ancora, la l. 27 marzo 2001, n. 122 in materia di pegno su prodotti lattiero-caseari. Più di recente, v. il d.lgs. 3 maggio 2016, n. 59 avente ad oggetto la costituzione di pegno su beni mobili non registrati dell'impresa che siano inerenti all'esercizio dell'impresa stessa su cui v. F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, 153 ss.; F. DELL'ANNA MISURALE, *La nuova garanzia mobiliare introdotta con L. n. 119 del 2016. Aspettando il registro informatizzato dei pegni non possessori*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, 111 ss. ed in relazione al quale è stato recentemente pubblicato di Decreto del Ministero dell'economia e della finanza del 25 maggio 2021, n. 114, recante Regolamento concernente il registro dei pegni mobiliari non possessori e che istituisce presso l'Agenzia per le entrate il c.d. Registro dei pegni non possessori. Da ultimo, v. l'art. 78, comma 2 *duodecies* del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Cura Italia) sul pegno non possessorio in agricoltura su cui fra i primi commentatori, T. RUMI, *Il pegno rotativo 'agricolo' nel decreto Cura Italia*, in *Dir. agr.*, 2020, 667 ss.; R. FRANCO, *Pegno 'non-possessorio' e 'rotativo' tra attività d'impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, in *juscivile.it*, 2021, 2, 341 ss.

[77] V. C. SCARONI, *Le garanzie rotative*, in *Nuove leg. Civ. comm.*, 1999, 409 ss.; G.B. BARILLÀ, *Pegno rotativo e discipline anomale di pegno*, in *Studium iuris*, 2002, 371 ss.

[78] Cfr., E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Utet, 1995, 853.

"congelamento" del bene oggetto di pegno, non vedrebbe pienamente conservato il valore dello stesso [79].

Una evoluzione della disciplina del pegno [80] che, tendenzialmente, ha trovato accoglimento nella dottrina [81] e, pur se con qualche resistenza iniziale [82], nella giurisprudenza [83] convinte, pur con molteplicità di posizioni, del fatto che la natura reale del pegno non possa porre in dubbio il fatto che il creditore sia interessato non tanto alla *res* su cui insiste quel diritto di garanzia ma, piuttosto, sul valore che la stessa esprime e, dunque, sulla sua utilità reale [84]. In tale ottica, quindi, non dovrebbe stupire la prospettabilità di fenomeni rotativi che, pur modificando la *res* oggetto del pegno, mantengano però intatto il valore della garanzia.

Come sopra accennato, la tendenziale ammissibilità che l'autonomia privata conferisca al pegno il carattere della rotatività, non ha impedito al legislatore di disciplinare specifici meccanismi di garanzia rotativa dei quali lo stesso art. 83 *octies*, comma 2, TUF – e normativa secondaria di attuazione – rappresenta espressione [85]. La norma ri-

---

[79] In merito, v. E. GABRIELLI, *«Pinocchio», «il grillo parlante» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni… a richiesta (fra il serio e il faceto)*, in *Riv. not.*, 2002, 548 ss. Osservazioni sul punto in E. PATANIA, *Garanzie reali atipiche, anomale e pegno "rotativo". Problemi di ammissibilità e disciplina*, in *Dir. e form.*, 2004, 421 ss. Sul punto, v. anche le riflessioni di U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in *Banca borsa*, 2014, 323 ss.

[80] Lo evidenzia, G.B. BARILLÀ, *Il pegno tra codice civile e legislazione speciale: in particolare sulla rotatività*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 18 ss.

[81] *Contra*, però, v. le osservazioni di F. GAZZONI, *Il vestito dell'imperatore (replica "ossessiva" sul pegno rotativo)*, in *Riv. not.*, 2002, 563 ss.; S. DELLE MONACHE, *Una parola di presentazione (e qualche appunto sul pegno rotativo)*, in *Il pegno nei rapporti commerciali*, a cura di L. Bullo, G. Pavasini, A Rizzieri e C. Sandei, Giuffrè, 2005, VII. La stessa giurisprudenza di è dimostrata restia, nelle prime pronunce, a riconoscere asilo alla figura in parola. V., sul punto, Fra le altre, Trib. Roma 21 luglio 1993, in *Banca borsa*, 1994, II, 532 ss.; Trib. Torino 1° giugno 1991, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 175; Trib. Torino 18 novembre 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 193; Trib. Torino 31 marzo 1992, in *Banca borsa*, 1993, II, 48; Trib. Torino 31 marzo 1992, in *Giur. comm.*, 1993, II, 675.

[82] V. App. Roma 21 luglio 1993, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, 532; App. Roma 30 ottobre 1995, *ivi*, 1996, II, 183

[83] La sentenza alla quale si fa riferimento quale primo riconoscimento della validità del pegno rotativo è Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca borsa*, 1998, II, 485, con nota di A.M. AZZARO, *Il pegno "rotativo" arriva in Cassazione: ovvero come la dottrina diventa giurisprudenza.*

[84] Oltre alle opere sopra citate di E. Gabrielli, v. D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, cit., 783 ss.; G. CHINÉ, *Il pegno «rotativo» tra realtà e consensualità*, in *Giur. it.*, 1996, 569 ss.; I. RAPISARDA, *La Cassazione torna ad occuparsi del c.d. pegno rotativo su titoli di credito*, in *Banca borsa*, 2016, 418 ss.

[85] Va ricordato che la disposizione da ultimo menzionata riproduce di fatto quanto disponeva l'art. 34, comma 2 del d.lgs. n. 213/1998.

chiamata permette infatti l'accensione di specifici conti con la funzione di consentire l'apposizione di vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari in essi registrati, responsabilizzando l'intermediario in relazione alla conservazione del valore di tali strumenti e dell'esercizio dei diritti portati dagli stessi [86]. Tale disposizione viene integrata dall'art. 57 del Regolamento sul *Post-trading* che, dopo aver individuato gli elementi che devono risultare da tali conti [87], specifica che "per gli strumenti finanziari registrati in conto in sostituzione o integrazione di altri strumenti finanziari registrati nel medesimo conto, a parità di valore, la data di costituzione del vincolo è identica a quella degli strumenti finanziari sostituiti o integrati".

Ciò che si ricava dalle disposizioni da ultimo menzionate è l'espressa possibilità di sostituire con efficacia retroattiva gli strumenti finanziari originariamente avvinti ad un vincolo pignoratizio con altri rispettando il valore dei beni che originariamente erano gravati dal vincolo e, dunque, apre la strada alla costituzione di garanzie rotative aventi ad oggetto strumenti finanziari dematerializzati [88].

Emerge, quindi, la concezione di un pegno che pur avendo ad oggetto un insieme di *res*, rileva per il valore intrinseco che tali beni posseggono [89]. La rotatività della garanzia, quindi, riesce a salvaguardare tanto l'interesse del debitore di disporre degli strumenti registrati in conto senza, però, frustrare le ragioni del creditore garantito alla conservazione e mantenimento delle proprie prerogative sul valore degli strumenti [90]. È chiaro, però, che il

---

[86] F. MARTORANO, *Titoli di credito dematerializzati*, cit., 318 ss.

[87] Tale articolo prescrive che dal conto risulti l'indicazione di: "a) data di accensione del conto; b) natura del vincolo ed eventuali altre indicazioni supplementari; c) data delle singole movimentazioni e indicazione della specie, quantità e valore degli strumenti finanziari presenti nel conto; d) data di costituzione del vincolo sugli strumenti finanziari; e) titolare degli strumenti finanziari; f) beneficiario del vincolo e indicazione, ove comunicata, dell'esistenza di convenzione fra le parti per l'esercizio dei diritti; g) eventuale data di scadenza del vincolo".

[88] Pur se riferendosi alla medesima disciplina contenuta all'art. 34, comma 2 del d.lgs. n. 213/1998, v. B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, cit., 128; M. RESCIGNO, *La nuova disciplina della dematerializzazione degli strumenti finanziari*, cit., 219.

[89] Lo nota F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 162, la quale nota che "la principale linea di sviluppo è quella che si dipana lungo la sequenza logica per la quale il bene oggetto della garanzia non è più rilevante nella sua individualità, ma per il suo valore economico; esso quindi è sostituibile, purché sia rispettato il limite di valore dei beni originariamente dati in pegno". Sul punto v., pure C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realità e obbligatorietà del vincolo*, cit., 121 ss.

[90] Cfr., F. MARTORANO, *Titoli di credito dematerializzati*, cit., 319 il quale evidenzia che tramite tale strumento "l'esigenza del debitore di disporre degli strumenti finanziari sottoposti a vincolo pignoratizio viene contemperata con quella del creditore al mantenimento delle condizioni originarie della garanzia, nonostante la sostituzione del suo oggetto".

concreto raggiungimento di tale obiettivo dipenderà da come le parti hanno articolato la clausola di rotatività che troverà asilo nel nostro ordinamento solo ove sia in grado di individuare meccanismi rotativi che permettano di preservare, in fase di sostituzione, tanto l'interesse dei creditori (garantiti e non) quanto quello del debitore [91]. Sotto tale profilo, per tornare alle specificità della materia trattata, non deve dimenticarsi che tali modalità tramite cui, in concreto, si articola il patto di rotatività, dovranno dalle parti essere portate a conoscenza dell'intermediario che, ai sensi dell'art. 83 *octies*, comma 2, TUF, è "responsabile dell'osservanza delle istruzioni ricevute all'atto di costituzione del vincolo in ordine alla conservazione dell'integrità del valore del vincolo ed all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari" [92]. L'intermediario, quindi, sarà chiamato a conservare il valore della garanzia nel rispetto delle volontà espresse dalle parti ed a lui comunicate.

6. – Si tratta, quindi, di un importante approdo normativo che, tuttavia, pone all'attenzione dell'interprete una molteplicità di problematiche non tutte definitivamente risolte [93].

Perché il meccanismo rotativo possa verificarsi, è in primo luogo necessario che il bene originariamente gravato dal vincolo venga sostituito da altro bene che, per effetto dello "spossessamento", venga sottratto alla libera disponibilità del debitore. Tale profilo non desta particolari dubbi ricostruttivi in relazione alla rotatività del pegno su strumenti finanziari dematerializzati poiché, alla luce di quanto detto in precedenza, sarà sufficiente la registrazione sul conto-vincoli dei nuovi strumenti finanziari in sostituzione di quelli oggetto di disposizione per garantire al creditore pignoratizio la sussistenza del privilegio senza soluzione di continuità [94]. Essendo in questo caso la registrazione in conto-

---

[91] Si sofferma diffusamente su tali profili, U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, cit., 327 ss. ove si sofferma sulle differenze che in tal senso emergono nelle ipotesi in cui le parti pattuiscano una c.d. "clausola di reimpiego a scadenza" degli strumenti finanziari dalle ipotesi in cui, per volontà delle parti o per inidoneità degli strumenti finanziari di sottostare a scadenze prefissate, il meccanismo con cui effettuare le scelte relative alle sostituzioni venga affidato all'autonomia delle parti.

[92] Vale la pena ricordare che, ai sensi dell'art. 57 del Regolamento unico sul *Post-trading*, i conti destinati a costituire vincoli sull'insieme degli strumenti finanziari devono contenere indicazioni circa la "natura del vincolo ed eventuali altre indicazioni supplementari" (lett. b) nonché espressa indicazione del "beneficiario del vincolo e indicazione, ove comunicata, dell'esistenza di convenzione fra le parti per l'esercizio dei diritti" (lett. f).

[93] Cfr., M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca borsa*, 2001, I, 3.

[94] I RAPISARDA, *La Cassazione torna ad occuparsi del c.d. pegno rotativo su titoli di credito*, cit., 421 s.

vincoli del tutto strumentale a garantire l'indisponibilità del bene – al pari dello spossessamento previsto dal codice civile – sarà proprio tramite il rispetto di tale formalità che potrà avvenire la sostituzione degli strumenti finanziari [95].

Maggiori problematiche presenta, invece, la compatibilità del pegno rotativo con quanto disposto dall'art. 2787, comma 3, cod. civ. il quale richiede che, ai fini della prelazione, il pegno risulti da scrittura con data certa che contenga "sufficiente indicazione del credito e della cosa" [96]. Non vi è dubbio che tale formalità – richiesta al fine di garantire piena protezione al ceto creditorio nell'individuazione del credito garantito e dei beni avvinti allo stesso, e per fissare una data certa ai fini della prelazione e dell'esercizio di eventuali azioni revocatorie – debba esser adempiuta al momento della costituzione del pegno. Risulta invece incerto se le medesime formalità debbano essere ripetute ad ogni sostituzione del bene.

Sul punto, ad un primo orientamento maggiormente rigido propenso a ritenere necessaria la reiterazione delle formalità di cui all'art. 2787, comma 3, cod. civ. ad ogni atto di sostituzione [97], si è subito avvicendato l'opposto orientamento [98] che, peraltro, si è poi consolidato in giurisprudenza [99] anche sulla scorta degli orientamenti dottrinali propensi ad una lettura meno formalistica della disposizione codicistica menzionata [100]. Il fatto che non si richieda la ripetizione delle formalità in parola, però, non vuol dire che il meccanismo rotativo possa frustrare la *ratio* sottesa all'art. 2787, comma 3, cod. civ. richiedendosi comunque che si proceda all'esatta indicazione dei beni sostituiti in diretta connessione con l'accordo originario [101] il quale, nella clausola di rotatività, dovrà prevedere il funzionamento del meccanismo rotativo con una predeterminazione sufficientemente specifica delle modalità con cui potranno avvenire le sostituzioni [102].

---

[95] F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 186.

[96] Osservazioni sul punto in F. MARTORANO, *Titoli di credito dematerializzati*, cit., 329.

[97] Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, cit.

[98] Cass. 27 settembre 1999, n. 10685, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1459; Cass. 11 novembre 2003, n. 16914, in *Foro it.*, 410; Cass. 1° ottobre 2012, n. 16666, in *Contr.*, 2013, 1003 ss., con nota di M.M. D'AGUÌ, *Pegno rotativo e rilevanza della forma scritta*.

[99] Cass. 22 dicembre 2015, n. 25796, in *Banca borsa*, 2016, 418.

[100] C. MANCINI, *La riconosciuta normalità del pegno rotativo*, in *Giur. comm.*, 1998, 678 ss.; M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., 20 ss.

[101] I RAPISARDA, *La Cassazione torna ad occuparsi del c.d. pegno rotativo su titoli di credito*, cit., 422 ss. Cfr., sul punto, Cass. 14 giugno 2000, n. 8089, in *Fallimento*, 2001, 636.

[102] E. GABRIELLI, *«Pinocchio», «il grillo parlante» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni… a richiesta (fra il serio e il faceto)*, cit., 56; G. CHINÉ, *Il pegno «rotativo» tra realtà e consensualità*, cit., 569; R. LENER, *Pegno di titoli dematerializzati e di titoli in gestione patrimoniale: nuove indicazioni dalla giuri-*

Se la natura unitaria che caratterizza il pegno rotativo permette di ritenere superflua la reiterazione delle formalità di cui all'art. 2787, comma 3, cod. civ. ad ogni sostituzione [103], si richiede però la valutazione circa la capacità della clausola di rotatività di descrivere *ex ante* le modalità con cui si articolerà tale rapporto unitario e dinamico [104].

Mentre l'indicazione del credito rappresenta un elemento che non pare tendenzialmente assoggettato a modifiche nel corso del rapporto obbligatorio interessato dal vincolo pignoratizio, è proprio la sufficiente indicazione della "cosa" che, quindi, potrebbe rappresentare un limite alla concreta operatività di un pegno rotativo su strumenti finanziari dematerializzati [105]. Tuttavia, alla luce di quanto detto in precedenza – e, segnatamente, del rilievo secondo cui nelle ipotesi di pegno rotativo la "cosa" non rileva tanto per la sua connotazione fisica ma, piuttosto, per il valore che la stessa esprime –, il problema interpretativo potrebbe stemperarsi. Potrebbe cioè ritenersi sufficiente la specifica indicazione degli elementi che caratterizzano i beni oggetto della garanzia e che ne esprimono il valore [106]. Ciò che si intende ottenere tramite le formalità di cui all'articolo da ultimo menzionato è, infatti, che si circoscriva l'efficacia del vincolo al valore che hanno specifici beni appartenenti al patrimonio del debitore al fine di non correre il rischio di frustrare gli interessi che gli altri creditori hanno sulla restante parte del patri-

---

sprudenza, in *Banca borsa*, 1998, 590 ss.; P. PISCITIELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Giappichelli, 1999, 96. Sul punto, Trib. Genova 30 maggio 1997, in *Banca borsa*, 1998, II, 578.

[103] Sulla natura unitaria della fattispecie del pegno rotativo, E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Esi, 1998, 125.

[104] F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 183 secondo la quale "occorre accertare se l'iniziale scrittura predisposta dalle parti contenga, in concreto, elementi sufficienti a rendere determinati, o quantomeno determinabili, i beni oggetto di pegno".

[105] In generale, sulle problematicità che comporta il criterio della "sufficiente indicazione" della cosa nell'ambito delle fattispecie di pegno rotativo, v. C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realità e obbligatorietà del vincolo*, cit., 81 ss.

[106] Emblematica, pur non pronunciandosi su una fattispecie di pegno rotativo su strumenti finanziari dematerializzati, è Cass. 13 maggio 2021, n. 12733, in *www.dejure.it*, che, partendo dalla constatazione che ciò che rileva nelle ipotesi di pegno rotativo non è il bene in sé quanto, piuttosto, il suo valore, afferma: "la previsione della "sufficiente indicazione della cosa", di cui all'art. 2787, comma 3, c.c. (che deve risultare rappresentata nella scrittura costituiva del pegno o in altra scrittura riproduttiva: sul punto cfr. Cass. 4 febbraio 2019, n. 3199), è venuta a dirigersi, in relazione alla fattispecie in questione, verso una connotazione non chiusa sulla mera descrizione delle caratteristiche fisiche della cosa (inizialmente) ricevuta in garanzia, ma interessata specialmente al profilo rappresentato dal valore economico che questo bene risulta possedere: a muovere dal porsi di questo valore, nel contesto fissato dall'accordo intercorso tra creditore e debitore (quale datore del pegno), come parametro e limite non superabile dalle successive sostituzioni del bene medesimo (tant'è che, in letteratura, non si è mancato di richiamare l'idea della "sufficiente indicazione del valore economico della cosa")".

monio che rimane libera ed aggredibile [107]. L'inerenza del pegno alla *res* è, come sopra detto, funzionale a vincolare il valore della stessa alle ragioni del creditore garantito [108].

Ed è proprio tornando alle disposizioni di settore che disciplinano il pegno su strumenti finanziari dematerializzati che si rinvengono dati normativi in tal senso. Se l'art. 83 *octies*, comma 2, TUF responsabilizza l'intermediario circa la "conservazione dell'integrità del valore del vincolo", l'art. 57, comma 2 del Regolamento unico sul *Post-trading* evidenzia che la retroattività del vincolo sugli strumenti finanziari sostituiti si attua "a parità di valore" rispetto a quelli originari.

Sotto tale profilo, tuttavia, si registra un ulteriore dubbio interpretativo che ruota intorno all'individuazione del momento in cui vada rilevato il "valore" dei beni oggetto di sostituzione [109]. Secondo l'orientamento più seguito, il valore da conservare sarebbe quello che il bene ha al momento della sostituzione [110]. Tale posizione si fonda sulla convinzione per cui in tali casi la sostituzione non andrebbe a ledere la posizione degli altri creditori che vedrebbero invariata la restante parte del patrimonio del comune debitore su cui rivalersi. Le variazioni di valore – positive (ma sempre nei limiti del credito) o negative che siano – dei beni dati in pegno rimarrebbero dunque in capo al creditore pignoratizio risultando del tutto indifferenti rispetto alla restante parte di patrimonio del debitore quasi fosse un patrimonio separato sui cui il creditore garantito vanta una prelazione [111]. Secondo un diverso orientamento [112], invece, il valore da conservare sarebbe

---

[107] La giurisprudenza, pur se con riferimenti non del tutto univoci, insiste sul profilo della necessità di conservare il valore dei beni originariamente oggetto di pegno. In questo senso, Cass. 28 maggio 1998, n. 5264, cit.; Cass. 27 settembre 1999, n. 10685, cit.; Cass. 1° febbraio 2008, n. 2456, in *www.dejure.it*; Cass. 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Riv. not.*, 2011, 162.

[108] Secondo F. MARTORANO, *Titoli di credito dematerializzati*, cit., 329, tale sufficiente indicazione della cosa, "impossibile con riferimento ai singoli strumenti finanziari costituiti in pegno, data la loro 'disindividuazione', si ritiene sufficiente la enunciazione della loro specie e qualità".

[109] Da ult., E. BATTELLI, *Il pegno su beni immateriali*, Giuffrè, 2021, p. 109 ss.

[110] E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 218; ID., *«Pinocchio», «il grillo parlante» e il problema del pegno rotativo: spiegazioni… a richiesta (fra il serio e il faceto)*, cit., 552; P. PISCITIELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, cit., 101 s.; G. CHINÉ, *Il pegno «rotativo» tra realtà e consensualità*, cit., 574.

[111] Secondo M. RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, cit., 13 ss. tale soluzione sarebbe imposta dalla necessità di riconoscere al creditore la possibilità di far propri i frutti e gli interessi del bene oggetto del pegno. Sul punto, tuttavia, v. le osservazioni di F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 168, spec. nota 281, la quale, pur propendendo per l'esigenza di far riferimento al valore che il bene ha al momento della sua sostituzione, evidenzia come l'opposta soluzione non priverebbe di per sé il creditore – salva la presenza di un diverso accordo ai sensi dell'art. 2791 cod. civ. – di far propri frutti ed interessi eventualmente maturati medio tempore.

[112] L. PANZANI, *Pegno rotativo e pegno sugli strumenti finanziari*, in *Fallimento*, 2002, 944 s. e, pur con

quello che i beni oggetto di pegno avevano al momento della costituzione del vincolo con il rischio, però, che una variazione in negativo del valore di tali beni imponga al debitore, in fase di sostituzione, di attingere al proprio patrimonio al fine di ripristinare il valore originario della garanzia. Ciò sottrarrebbe risorse economiche agli altri creditori per vincolarle al soddisfacimento del creditore garantito. Tale seconda impostazione, quindi, scaricherebbe le conseguenze derivanti dalle variazioni del valore sugli altri creditori che verrebbero a trovarsi, nell'ipotesi sopra detta, in una condizione deteriore [113].

Non è mancato poi chi, in dottrina, ha ritenuto entrambe le prospettive praticabili rimettendo all'autonomia privata la possibilità di configurare il fenomeno rotativo ancorandolo al valore originario dei beni o a quello che gli stessi presentano al momento della loro sostituzione [114].

Nel riscontrare una diffusa tendenza dottrinale che, in assenza di precisi indici da parte della giurisprudenza [115], propende con varie argomentazioni a ritenere necessario che l'eventuale sostituzione dei beni avvenga al valore che i beni originariamente gravati dal pegno hanno al momento della sostituzione, non può mancarsi di notare, però, che la normativa speciale in tema di vincoli su strumenti finanziari dematerializzati sembrerebbe improntata ad una diversa soluzione. Se nella normativa primaria si fa solo riferimento all'obbligo per l'intermediario di conservare l'integrità del valore del vincolo, l'art. 57 del Regolamento unico sul *Post-trading*, nel dare una sommaria disciplina del meccanismo rotativo nelle ipotesi oggetto di indagine, fa espresso riferimento non solo alla "sostituzione" degli strumenti finanziari registrati nel conto-vincoli, ma anche all'"integrazione" del conto [116]. La disposizione regolamentare sembrerebbe quindi fare riferimento all'ipotesi in cui il conto-vincoli venga integrato con vincoli gravanti su ulteriori strumenti finanziari che, registrati in conto, avrebbero la medesima data di costituzione degli

---

diversità di impostazione, L. PROSPERETTI, *Eccesso e riduzione di garanzia nel pegno rotativo di strumenti finanziari*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2005, 402 ss.

[113] C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realità e obbligatorietà del vincolo*, cit., 145 s., la quale si pone in senso critico rispetto a tale ricostruzione. Sul punto, v. diffusamente le considerazioni di U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, cit., 336 ss.

[114] Questa sembra la tesi di S. LOVISATTI, *Osservazioni in tema di limiti del pegno rotativo*, in *Banca borsa*, 2002, 700.

[115] Cfr., F. DELL'ANNA MISURALE, *Profili evolutivi della disciplina del pegno*, cit., 164 ss.

[116] Giova qui riportare nuovamente il testo completo dell'art. 57, comma 1 del Regolamento unico sul *Post-trading*: "Per gli strumenti finanziari registrati in conto in sostituzione o integrazione di altri strumenti finanziari registrati nel medesimo conto, a parità di valore, la data di costituzione del vincolo è identica a quella degli strumenti finanziari sostituiti o integrati".

strumenti "sostituiti o integrati". Si tratterebbe, quindi, di una integrazione dell'originaria garanzia pignoratizia che sarebbe ipotizzabile solo in caso di deprezzamento degli strumenti finanziari originariamente registrati in conto ed al fine di ripristinare l'originario valore della garanzia.

Le disposizioni menzionate, dunque, sembrerebbero concedere all'autonomia privata la possibilità, nel descrivere il meccanismo rotativo, di stabilire se ancorare il concetto di "conservazione" della garanzia al valore originario dei beni dati in pegno – eventualmente integrandolo in caso di deprezzamento – ovvero al valore che gli stessi hanno al momento della sostituzione [117].

Si tratterebbe, a ben vedere, di una ipotesi che non appare eccessivamente destabilizzante non incontrando particolari attriti nelle disposizioni codicistiche né richiedendo un particolare sacrificio al ceto creditorio. Non va dimenticato che il privilegio vale nei limiti del credito garantito – che va indicato in maniera sufficiente al momento della costituzione del pegno – e che tali eventuali integrazioni sarebbero comunque limitate alla reintegrazione dell'originario valore della garanzia. Emergerebbe per tal via come, nelle ipotesi analizzate, sia latente l'idea di una garanzia che insiste su un "valore" che, indicato nell'atto costitutivo del pegno, soltanto per le contingenze del singolo caso concreto è rappresentato dagli specifici beni indicati al momento della costituzione del pegno – *i.e.* gli strumenti finanziari inseriti nel conto-vincoli –. Nel sistema delineato sembra che la priorità vada cioè assegnata al profilo della conservazione del valore della garanzia nella consapevolezza, forse, che le particolari tipologie di "*res*" che esprimono quel valore sono caratterizzate da una tale "volatilità" che, se non mitigata, sarebbe in grado di porre in pericolo proprio la finalità ultima del pegno che è quella di creare fiducia nel creditore garantito circa l'adempimento del debitore.

[117] Sembra questa l'ipotesi sposata anche da U. MALVAGNA, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, cit., 336 ss.

JUS CIVILE

IPPOLITO BARONE

Dottore di ricerca – Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro

DIGNITÀ E SORTE DEGLI EMBRIONI SOPRANNUMERARI *

SOMMARIO: *1. Premessa. – 2. Lo statuto giuridico dell'embrione. – 3. La tutela della vita prenatale nelle fonti sovranazionali. – 4. Le misure di tutela dell'embrione nella legislazione nazionale. – 5. La tutela dell'embrione secondo il bilanciamento della Corte costituzionale e le deroghe al generale divieto di crioconservazione. – 6. La questione degli embrioni soprannumerari. – 7. Il divieto di sperimentazione tra tutela della dignità umana e libertà di ricerca scientifica. La composizione del conflitto. – 8. L'adozione per la nascita. – 9. Dignità del vivente e destinazione* post mortem *alla ricerca scientifica.*

1. – Il progresso scientifico sfugge al dominio della natura sul corso ordinario delle vicende inerenti l'esistenza umana, dal suo principio così sino al suo volgere al termine, ponendo sempre nuovi interrogativi a cui l'interprete, sulla base del dato normativo vigente sia pure non sempre "attuale", non può sottrarsi, essendo suo precipuo compito quello di fornire le soluzioni ermeneutiche che *hic et nunc* siano in grado di offrire la miglior tutela agli interessi coinvolti nel singolo caso concreto.

In caso di potenziale conflitto tra intessi costituzionalmente rilevanti occorre, da un lato, che alla composizione del medesimo si pervenga attraverso la tecnica del bilanciamento costituzionale in quanto nessuno di essi può essere ritenuto di per sé sempre e comunque prevalente affinché si eviti la c.d. tirannia dei valori [1] e, dall'altro, che la soluzione che sia pure *prima facie* appaia idonea a disciplinare il singolo caso concreto risulti

* Il presente lavoro costituisce il prodotto dell'attività svolta nell'ambito del progetto di ricerca "La procreazione medicalmente assistita e le prospettive di tutela degli embrioni crioconservati", patrocinato dal Centro Universitario Cattolico, cui l'Autore intende esprimere la propria riconoscenza.

[1] Cfr. G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716 ss.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 143 ss. Il riferimento alla "tirannia dei valori" è tratto dall'opera di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*[3], a cura di G. Gurisatti, Adelphi, 2008, 60 ss.

coerente con il sistema della legalità costituzionale poiché diversamente si aprirebbe la stura a soluzioni stridenti coi principi fondamentali dell'ordinamento [2], specie con riferimento a quei settori come le scienze mediche e biotecnologiche che hanno inciso così profondamente la nozione di genitorialità rimodulandola in relazione all'*an*, al *quando* e al *quomodo* fino al punto da mettere in discussione anche l'*an*, il *quando* e il *quomodo* della stessa esistenza umana.

La presente indagine muove dall'analisi dello statuto giuridico dell'embrione formato *in vitro* nell'ambito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita al fine di individuare le soluzioni di miglior tutela degli embrioni crioconservati, con particolare riferimento a quelli c.d. soprannumerari, *residui*, in esubero ai fini dell'impianto nell'utero materno e, quindi, non più "utili" a soddisfare il desiderio di genitorialità della coppia che accede alle tecniche di PMA, affinché *de iure condendo* possa essere superato il "pilatesco silenzio" del legislatore sul destino degli embrioni che giacciono nel limbo della crioconservazione *sine die* [3].

2. – Alla base della riflessione della letteratura civilistica sullo statuto giuridico dell'embrione umano si colloca senz'altro la ricerca dell'"inizio della vita umana" [4] sulla scorta della *vexata quaestio* della soggettività giuridica del medesimo [5].

---

[2] Cfr. P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 7 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 5 ss.

[3] F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40? Il paradosso della soggettività del concepito*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 467.

[4] Imprescindibile riferimento è in tal senso la lezione magistrale di G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 499 ss. Cfr. P. ZATTI, *Quale statuto per l'embrione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 437 ss.; F.D. BUSNELLI, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 533 ss.

[5] In argomento F.D. BUSNELLI, *Persona umana e dilemmi della bioetica: come ripensare lo statuto della soggettività*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2007, 245 ss.; ID., *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 185 ss.; ID., *Cosa resta della legge 40?*, cit., 459 ss.; G. BALLARANI, *Nascituro (soggettività del)*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica*, diretta da E. SGRECCIA e G. TARANTINO, IX, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 136 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni non solo giuridiche sul concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 168 ss.; P. ZATTI, *La tutela della vita prenatale: i limiti del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 149 ss.; C.M. MAZZONI, *La tutela reale dell'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 457 ss.; C. CASINI, *La capacità giuridica del concepito*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 282 ss.; G. TOSCANO, *L'embrione tra ontologia e diritto*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, 653 ss.; M.G. CABITZA, *Lo statuto dell'embrione: tra dignità umana e progresso scientifico*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 620 ss.; P. SCHLESINGER, *Il concepito e l'inizio della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 247 ss.; R. SENIGAGLIA, *Vita prenatale e autodeterminazione: alla ricerca di un "ragionevole" bilanciamento tra interessi contrapposti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1554 ss.;

Sebbene la l. n. 40/2004 disponga – o, almeno originariamente, si proponesse – di assicurare i diritti di tutti i "soggetti coinvolti" nel ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, "compreso il concepito", elevando così espressamente il medesimo al livello di "soggetto", il problema dell'individuazione dell'inizio della vita umana rimane irrisolto.

La qualificazione del concepito come soggetto giuridico non può infatti ritenersi di per sé dirimente al fine di risolvere il quesito se il concepito sia o non sia persona, non potendosi in alcun modo ritenere quest'ultimo preliminare e decisivo poiché "non condiziona la verifica della rilevanza e neanche di una tutela riferita allo stesso concepito" [6].

Sotto il profilo della tutela giuridica, i primi interpreti del codice civile identificavano l'inizio della vita umana con l'acquisto della capacità giuridica che l'art. 1 del codice civile ricollega al momento della nascita (comma 1) e al cui evento sono subordinati i diritti che la legge riconosce a favore del concepito (comma 2) [7]. Il contesto giuridico in cui si inscrivevano tali interpretazioni, nonché la stessa disposizione in questione, era però piuttosto differente da quello attuale. E ciò in disparte l'intervento del legislatore del 2004, sebbene non siano mancate letture piuttosto estensive dell'art. 1 della l. n. 40/2004, nel senso di ritenerla norma innovatrice dell'ordinamento giuridico, estensiva dell'attribuzione della capacità giuridica al concepito – *uno di noi* – in applicazione del principio di uguaglianza [8].

Certo dovrebbe comunque ritenersi un dato ormai acquisito quello secondo cui la nozione di soggettività giuridica – almeno in termini generali e che, peraltro, l'art. 1 della l. n. 40/2004 riconosce espressamente al concepito – abbia un'estensione più ampia di quella di capacità giuridica delle persone fisiche con conseguente non assoluta coinci-

---

E. MOSCATI, *La tutela dell'embrione*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 2004, 3 ss. Sullo statuto dell'embrione umano si veda inoltre COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Identità e statuto dell'embrione umano*, 22 giugno 1996, in *http://bioetica.governo.it/media/1902/p24_1996_identita-embrione_it.pdf*; nonché ID., *Considerazioni bioetiche in merito al c.d. "ootide"*, 15 luglio 2005, in *http://bioetica.governo.it/media /1862/p65_2005_ootide_it.pdf*.

[6] F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 533 ss. che riprende G. OPPO, *L'inizio*, cit., 499 ss.

[7] L. COVIELLO, *Capacità di succedere a causa di morte*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 56 ss. Cfr. N. LIPARI, *Legge sulla procreazione assistita e tecnica legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 517 ss.

[8] C. CASINI, *La legge sulla fecondazione artificiale. Un primo passo nella giusta direzione*, Cantagalli, 2004, 48 ss., secondo cui il legislatore avrebbe recepito il contenuto essenziale della proposta di legge di iniziativa popolare facente capo al "Movimento per la vita", depositata in Parlamento per la prima volta il 20 luglio 1995 e successivamente recepita in varie iniziative parlamentari. Cfr. G. VILLANACCI, *il concepito nell'ordinamento giuridico. Soggettività e statuto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 100 ss. *Contra* N. LIPARI, *Legge*, cit., 518 ss.

denza, da un punto di vista giuridico, tra soggetto e persona, e di quella di personalità giuridica [9].

Tuttavia non è o, perlomeno, non è solo sul piano dell'attribuzione di un più o meno elevato grado di soggettività giuridica al concepito che si gioca la partita della qualificazione giuridica del medesimo come persona umana. Se, infatti, la nozione di capacità giuridica, elaborata secondo l'approccio eminentemente patrimonialistico del codice civile [10], esprime lo stato della persona in cui si realizza la massima estensione della titolarità di diritti e di doveri [11] *attribuita* dal diritto positivo ed essenzialmente funzionale ai rapporti patrimoniali [12], il dettato costituzionale che "non adotta filtri normativi" nel *riconoscere* i diritti inviolabili dell'uomo "consente di gettare luce sull'immagine naturale del concepito impedendogli di negare la qualità di uomo" [13], sia pure di "uomo in formazione" [14].

La forte divaricazione tra il sistema codicistico, rigido nel porre la sequenza soggetto-persona-capacità giuridica, e i principi costituzionali, secondo cui "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'*uomo*" (art. 2) e favorisce "il pieno sviluppo della persona umana" (art. 3), si coglie essenzialmente nella circostanza per la quale "il diritto positivo può negare il soggetto o limitare la soggettività", ma "non può negare l'uomo" [15].

È in tal senso che la soggettività giuridica attribuita dal legislatore ordinario al concepito va intesa quale "sintesi espressiva di una realtà ontologica" [16], il concepito appunto, "centro autonomo di rapporti giuridici, in previsione ed in attesa della persona" [17].

In questi termini l'attribuzione della soggettività al concepito ad opera dell'art. 1 della l.

---

[9] F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 ss.; ID., *Il problema*, cit., 186 ss. Cfr. R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1570. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. civ. 11 maggio 2009, n. 10741, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 1258 ss., con nota di G. CRICENTI, *Il concepito soggetto di diritto ed i limiti dell'interpretazione*; in *Dir. fam. pers.*, 1159 ss., con nota di G. BALLARANI, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura «integrata»*.

[10] F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 ss.; cfr. M.G. CABITZA, *Lo statuto*, cit., 628 ss.

[11] R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1571. Cfr. P. Zatti, *Quale statuto*, cit., 470 ss.

[12] F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 ss.

[13] F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 ss.

[14] G. OPPO, *L'inizio*, cit., 512.

[15] G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 830. Cfr. F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 562 secondo cui l'interprete, nell'affrontare i problemi posti da tale divaricazione, "non può vedere nella disciplina codicistica un diritto positivo che imprime forma e limiti ai principi costituzionali".

[16] F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 534 secondo cui "la soggettività giuridica attribuita dal legislatore al concepito non può essere assunta come un dogma autoritativamente imposto all'interprete".

[17] F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*[9], Jovene, 1997, 26.

n. 40/2004, come presa d'atto – al livello della legislazione ordinaria – dell'esistenza nell'ordinamento giuridico nazionale di soggetti non misurabili col metro della capacità giuridica, si pone in consonanza con l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale con sentenza 18 febbraio 1975, n. 27 e che, ad oggi, costituisce l'imprescindibile premessa di ogni indagine volta a definire i contorni dello statuto giuridico dell'embrione: "la tutela del concepito – che già viene in rilievo nel diritto civile (artt. 320, 339, 687 c.c.) – [ha] fondamento costituzionale", "[l]'art. 31, secondo comma, della Costituzione impone espressamente la "protezione della maternità" e, più in generale, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali non può non collocarsi, sia pure con le particolari caratteristiche sue proprie, la situazione giuridica del concepito" [18].

Ciò consente peraltro di considerare la tutela della vita umana prenatale non come protezione di un "valore" in sé, oggettivamente considerato, ma come tutela dei diritti fondamentali di cui l'individuo concepito, quale essere umano, è riconosciuto titolare alla stregua di principi fondamentali previamente individuati e univocamente interpretabili, quali il diritto alla dignità ed all'identità, alla vita ed alla salute [19].

Sebbene la Corte prosegua affermando che "non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare" [20], proprio quello dei principi e delle enunciazioni costituzionali riferibili all'uomo "nella sua inerme qualità di vivente" dovrebbe essere il terreno di elezione per l'equiparazione tra embrione e uomo [21].

Il Giudice delle leggi, infatti, sembra cadere nell'equivoco di trattare in modo differente il *nato* e il *non ancora nato* non solo sul piano dei diritti patrimoniali, ma anche su quello dei diritti fondamentali, come se tra i due soggetti possa esserci una qualche differenziazione di tipo "qualitativo".

Se invece occorre affermare una differenza tra la persona munita di capacità giuridica

---

[18] Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27 in *Giur. it.*, 1975, 1761 ss., con nota di M.C. ANDRINI, *Soggetto e persona: rilevanza autonoma nella tematica dell'aborto*; in *Dir. fam. pers.*, 1975, 594 ss., con nota di G. DALLA TORRE, *Riflessioni sulla sentenza n. 27/1975 in tema di aborto.*

[19] Così F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 550 ss. *Contra* C.M. MAZZONI, *La tutela*, cit., 457 ss.

[20] Corte cost. 18 febbraio 1975, n. 27, cit. In senso critico si vedano le osservazioni di R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1578 ss. secondo cui "il giudice delle leggi, in una prospettiva che pare più biopolitica che ermeneutica, tratta in modo differente l'individuo *nato* rispetto all'individuo *non ancora nato* anche sul piano dei diritti fondamentali, non patrimoniali, sostenendo che, non v'è equivalenza tra il diritto alla vita e alla salute di chi è già persona, come la madre, e di chi persona deve ancora diventare, cioè l'embrione. Quest'ultimo, quindi, viene sostanzialmente trattato come individuo "meno rilevante" rispetto a quello già *nato*".

[21] P. ZATTI, *Quale statuto*, cit., 486.

ex art. 1 cod. civ. e l'individuo soltanto concepito, essa deve intendersi più in termini "quantitativi" che "identitari" [22].

Meno equivoco in tal senso è quanto affermato più recentemente dalla Corte costituzionale che – sia pure con molte cautele – con riferimento all'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto si è espressa nel senso che "l'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico" [23].

Pur rilevandosi delle incontestabili differenziazioni tra la persona umana *già nata* e l'embrione *non ancora nato*, tali per cui "lo statuto dell'uomo [nato] non è lo statuto dell'embrione" [24], resta tuttavia altrettanto innegabile l'identità umana che contraddistingue l'embrione nella sua individualità, come individuo appartenente alla specie umana [25], ed in funzione della quale l'ordinamento ad esso riconosce specifiche forme di tutela *soggettiva* – quale che sia il grado di soggettività ad esso attribuito – proporzionalmente misurate in ragione delle peculiarità della sua condizione [26].

Di qui la necessità di tutelare l'embrione come "*individuo* umano, *in essere* e non *in potenza* anche se *in formazione* come *persona* titolare della capacità giuridica alla quale si riferisce l'art. 1 c.c." [27], cui occorre riconoscere una soggettività giuridica di diversa estensione rispetto alla capacità giuridica [28].

Se, quindi, con riferimento ai diritti fondamentali, non patrimoniali, quali quelli alla dignità, alla vita, all'identità ed alla salute, l'embrione in quanto soggetto concepito gode

---

[22] R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1579-1580. Secondo l'Autore "soltanto nella prima situazione deve ravvisarsi la massima estensione della titolarità dei diritti, patrimoniali e non patrimoniali; nei riguardi del concepito, invece, deve ammettersi la titolarità dei diritti fondamentali, non patrimoniali, che si addicono alla sua condizione, come quelli alla salute, all'identità, alla dignità, alla vita".

[23] Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229, in *Dir. pen. e proc.*, 2016, 62 ss., con nota di A. VALLINI, *Gli ultimi fantasmi della legge 40: incostituzionale il (supposto) reato di selezione preimpianto.*

[24] C.M. MAZZONI, *La tutela*, cit., 465, che però attribuisce all'enunciato una portata certamente più ampia. Cfr. P. ZATTI, *Quale statuto*, cit., 479, secondo cui "va escluso, anzitutto, che la qualificazione del feto e dell'embrione come uomo possa fondare una sorta di sillogismo, che renda applicabili all'uomo non nato tutte le regole che si applicano all'uomo nato solo in ragione della sua qualità di «uomo» (o di «persona», quando il termine è usato come sinonimo di uomo). Molte tra le regole che accompagnano e ordinano le vicende della vita umana suppongono per ovvie e buone ragioni la condizione di uomo nato. [...] Ogni norma va quindi soppesata in relazione al contesto in cui è dettata, alla *ratio* e alle connessioni con il sistema".

[25] Cfr. M. SESTA, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.*, Treccani, 2004, 3-4.

[26] R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1562. Cfr. M.G. CABITZA, *Lo statuto*, cit., 622.

[27] R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1562.

[28] F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Giappichelli, 2001, 96.

di una rilevanza non inferiore a quella della persona in quanto soggetto già nato, in caso di conflitto tra tali situazioni giuridiche facenti capo all'embrione e al già nato non dovrebbe attivarsi un criterio di "comparazione" dei livelli di tutela, applicabile al fine di valutare forme di tutela di differente natura e volto a saggiare quale vale di più e quale vale di meno, ma di "bilanciamento", trattandosi di tutele omologhe, salvo che la legge disponga la prevalenza di un determinato centro di interessi [29].

La tecnica del bilanciamento ha ragione di operare quando occorre comporre una situazione di conflittualità, in mancanza della quale non sarebbe affatto giustificabile alcun sacrificio del relativo regime di protezione [30].

Viene in rilievo specialmente a tal proposito la distinzione tra embrioni concepiti, impiantati nell'utero materno, ed embrioni creati *in vitro* in attesa di essere trasferiti nell'utero materno.

Nel primo caso si assiste a un processo di "immedesimazione" del concepito nel corpo materno, sicché la titolarità del diritto alla vita od alla salute del primo incontra, ai fini della sua tutela, lo "schermo" dell'autodeterminazione e dell'integrità fisica della madre, cui sola compete la decisione di "sollevarlo" o meno: la tutela dei diritti del concepito incontra un limite nella sua "irraggiungibilità" poiché alla soglia del corpo materno il diritto si arresta né può varcarlo con misure coercitive [31].

Nel caso degli embrioni creati *in vitro* e non ancora impiantati, la tutela del diritto alla vita e alla salute dell'embrione si sgancia dallo schermo del corpo materno e, pertanto, non confligge con il diritto della coppia di aspiranti genitori – per semplicità unitariamente considerati – all'autodeterminazione ed alla salute psico-fisica, essendo gli stessi compatibili e non richiedendo la tutela dei secondi il necessario sacrificio dei primi.

Se nel caso dell'immedesimazione tra l'embrione e il corpo della madre può verificarsi un conflitto tra il diritto alla salute della madre e il diritto alla vita del concepito (che persona deve diventare) tale per cui la tutela del primo sia possibile solo sacrificando il secondo e, pertanto, possa essere attribuita ad esso prevalenza; nel caso dell'embrione *in vitro* il conflitto pare piuttosto potersi ipotizzare tra l'autodeterminazione/-libertà della madre o della coppia e la dignità del concepito, e lo stesso non può essere composto accordando tutela esclusiva alla prima, consistente nel "puro desiderio stru-

[29] R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1579-1580.

[30] R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1580.

[31] P. ZATTI, *La tutela*, cit., 154.

mentale”[32], con la conseguenza che la “disuguaglianza si sposti dalla razza e dalle condizioni sociali alla stessa “condizione personale” (espressione dell’art. 2, comma 1, Cost.), in ordine alla quale si dischiude una nuova possibilità di agire”[33].

3. – Nella medesima prospettiva di protezione della vita prenatale, in ragione dell’indubbia appartenenza dell’embrione alla specie umana, si collocano anche le fonti internazionali nonché l’interpretazione che delle medesime è offerta dalle più alte corti europee.

Viene innanzitutto in rilievo la Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176[34]. Ai sensi dell’art. 1, ai fini della Convenzione, per fanciullo si intende “ogni essere umano avente un’età inferiore a diciott’anni, salvo che abbia raggiunto prima la maturità in virtù della legislazione applicabile”. La disposizione non apparirebbe dirimente ai nostri fini, onerando ancora una volta l’interprete del compito della qualificazione giuridica della vita prenatale. Viene tuttavia in soccorso il Preambolo della Convenzione che, pur non essendo vincolante per gli Stati contraenti, acquista un indiscusso valore interpretativo. Esso, riprendendo quanto già indicato nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, ritiene il fanciullo, “a causa della sua mancanza di maturità fisica e intellettuale”, bisognoso “di una protezione e di cure particolari, ivi compresa una protezione legale appropriata, *sia prima che dopo la nascita*”.

La sicura rilevanza di tale indicazione si coglie nella circostanza per la quale essa è ripresa dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 35 del 1997 a sostegno del principio costituzionale di tutela della vita umana fin dal suo inizio al fine di dichiarare l’inammissibilità della richiesta di referendum popolare per l’abrogazione di talune parti della l. 22 maggio 1978, n. 194[35].

Ne consegue che nella nozione di “essere umano” di cui alla Convenzione sui diritti

---

[32] R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1583.

[33] A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della vita umana e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 6.

[34] Sul ruolo della Convenzione di New York nel favorire un’interpretazione autentica dei principi costituzionali sulla condizione giuridica del minore si veda E. BILOTTI, *Diritti e interesse del minore*, in R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini Giuridica, 2019, 21 ss.

[35] Corte cost. 10 febbraio 1997, n. 35, in *Giur. it.*, 1997, 348 ss., con nota di M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull’ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale?*

del fanciullo debba essere ricompreso anche il "fanciullo" *non nato*, il cui superiore interesse deve avere una considerazione preminente in tutte le decisioni che lo riguardano (art. 3), anche prima e a prescindere, quindi, dalla sua nascita. Inoltre, gli Stati si impegnano a riconoscere ad ogni fanciullo un "diritto inerente alla vita" e ad assicurarne "in tutta la misura del possibile la sopravvivenza e lo sviluppo" (art. 6).

Sotto il profilo della tutela del diritto alla dignità ed alla vita assume rilievo la Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997, c.d. Convenzione di Oviedo, che all'art. 1 contiene un ampio riferimento alla protezione dell'essere umano nella sua dignità e nella sua identità e all'art. 2 sancisce la primazia dell'interesse e del bene dell'essere umano "sul solo interesse della società o della scienza". Nel Preambolo, peraltro, la necessità di rispettare l'essere umano e l'importanza di assicurarne la dignità, nell'ambito delle applicazioni della biologia e della medicina, è espressamente riferita al medesimo sia "come individuo" che "nella sua appartenenza alla specie umana".

Con precipuo riferimento allo statuto dell'embrione umano ed alla ricerca sugli embrioni *in vitro*, mentre essa da un lato sancisce il categorico divieto di costituire embrioni umani a fini di ricerca (art. 18, par. 2), dall'altro ammette la possibilità per i legislatori nazionali di regolamentare – purché assicurando una non meglio precisata "protezione adeguata" all'embrione – la ricerca sugli embrioni *in vitro* costituiti per motivi differenti dalla ricerca e, quindi, verosimilmente per progetti procreativi non più realizzati o realizzabili e rispetto ai quali, dunque, gli stessi appaiono in definitiva soprannumerari (art. 18, par. 1).

Assume rilievo, inoltre, il Protocollo addizionale di Parigi del 12 gennaio 1998 sul divieto di clonazione di "esseri umani" che in un considerando qualifica "la creazione intenzionale di esseri umani geneticamente identici" come "strumentalizzazione dell'essere umano" e ne sancisce la contrarietà alla dignità dell'uomo.

Occorre, infine, menzionare le Raccomandazioni dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa n. 1046 del 1986 e n. 1100 del 1989. La prima, "relativa all'utilizzo di embrioni e feti umani a fini diagnostici, terapeutici, scientifici, industriali e commerciali", afferma l'impossibilità di operare distinzioni durante le prime fasi di sviluppo dell'embrione e richiama la necessità di una definizione dello statuto biologico dell'embrione, considerato che "fin dalla fecondazione dell'ovulo la vita umana si sviluppa in modo continuo" (par. 5), e che "l'embrione e il feto umani devono in ogni circostanza beneficiare del rispetto dovuto alla dignità umana" e l'utilizzazione di loro prodotti e tessuti deve essere limitata in maniera rigorosa e regolamentata "in vista di fini puramente terapeutici e con esclusione di qualsiasi altro impiego" (par. 10). La seconda, "sulla uti-

lizzazione di embrioni e feti umani nella ricerca scientifica", a fronte della necessità di stabilire un equilibrio tra il principio della libertà di ricerca e il rispetto della dignità umana inerente ad ogni vita, afferma l'opportunità di definire la protezione giuridica dell'embrione umano "sin dalla fecondazione dell'ovulo" (par. 6) e che l'embrione umano, "pur sviluppandosi in fasi successive indicate con definizioni differenti (zigote, morula, blastula, embrione preimplantatorio o preeembrione, embrione, feto), manifesta comunque una differenziazione progressiva del suo organismo, e tuttavia mantiene continuamente la propria identità biologica e genetica" (par. 7).

Tra le fonti del diritto dell'Unione europea, precisamente sotto il profilo della tutela del diritto alla dignità ed all'identità, assume rilievo primario l'ampio riferimento alla dignità umana, "inviolabile", di cui all'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza), nonché la disposizione di cui all'art. 2 ai sensi del quale "ogni individuo ha diritto alla vita" e, con riferimento al diritto all'integrità fisica e psichica, nell'ambito della medicina e della biologia, il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro e il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani di cui all'art. 3.

Il divieto di clonazione riproduttiva di esseri umani – su cui opportunamente insistono numerose fonti sovranazionali –, in particolare, appare il terreno di elezione per suffragare la dignità umana dell'embrione e la sua identità [36], in relazione alle quali, peraltro, al livello delle fonti nazionali, può acquistare specifica rilevanza il diritto al libero sviluppo della persona umana di cui all'art. 2 Cost. [37].

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea occorre menzionare, inoltre, la Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche. Al considerando 16 si afferma la necessità che il diritto dei brevetti sia esercitato "nel rispetto dei principi fondamentali che garantiscono la dignità e l'integrità dell'uomo", di ribadire "il principio secondo cui il corpo umano, in ogni stadio della sua costituzione e del suo sviluppo, comprese le cellule germinali, la semplice scoperta di uno dei suoi elementi o di uno dei suoi prodotti, nonché la sequenza o sequenza parziale di un gene umano, non sono brevettabili", e che "tali principi sono

[36] F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 551. In argomento si veda inoltre ID., *Il problema della clonazione riproduttiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 175 ss.; E. PALMERINI-F.D. BUSNELLI, *Clonazione*, in *Dig. Disc. Priv.*[4], Utet, 2000, 142 ss.

[37] Cfr. L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 791 s.; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo*, cit., 1 ss.

conformi ai criteri di brevettabilità previsti dal diritto dei brevetti, secondo i quali una semplice scoperta non può costituire oggetto di brevetto". Oggetto di censura sono, in via generale, ai sensi dell'art. 6, le invenzioni il cui sfruttamento commerciale è contrario all'ordine pubblico o al buon costume e delle quali pertanto è esclusa la brevettabilità (par. 1) nonché, più precisamente, "le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali" (par. 2).

Sulla controversa interpretazione della disposizione da ultimo menzionata si è espressa la Corte di giustizia dell'Unione europea che, con due successive pronunce [38], ha contribuito a fare luce sulla nozione di embrione umano, almeno con riferimento all'ambito di applicazione della direttiva 98/44/CE [39], non ricorrendo nel testo della medesima né alcuna definizione di embrione umano né alcun rinvio ai diritti nazionali degli Stati membri per quanto riguarda il significato da attribuirgli.

Con la prima pronuncia del 18 dicembre 2011, la Corte ha rilevato la necessità di intendere la nozione di embrione umano "in senso ampio" in ragione del contesto e dello scopo della direttiva con la quale il legislatore dell'Unione ha inteso "escludere qualsiasi possibilità di ottenere un embrione quando il rispetto dovuto alla dignità umana possa esserne pregiudicato" e, pertanto, ha affermato che "sin dalla fase della sua fecondazione qualsiasi ovulo umano deve essere considerato come un «embrione umano», ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, n. 2, lett. c), della direttiva, dal momento che la fecondazione è

---

[38] Il riferimento è in primo luogo a CGUE, 18 ottobre 2011, C-34/10, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.*, in *Foro it.*, 2012, 26 ss.; in *Dir. fam. pers.*, 3 ss. con nota di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela dell'embrione e divieto di brevettabilità: un caso di assiologia dirimente nell'ermeneutica della Corte di Giustizia*; e in secondo luogo a CGUE, 18 dicembre 2014, C-364/13, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, in *www.curia.europa.eu*. In argomento si vedano F. PIERGENTILI, *La Corte di giustizia e la tutela dell'embrione umano nei confronti dei brevetti. La supremazia della dignità della persona umana nella tutela europea dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 2013, 1 ss.; I. ZECCHINO, *La nozione di «embrione umano» nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 503 ss.

[39] Nella pronuncia del 2011 la Corte precisa che "sebbene la definizione dell'embrione umano costituisca un tema sociale particolarmente delicato in numerosi Stati membri, contrassegnato dalla diversità dei loro valori e delle loro tradizioni, la Corte non è chiamata, con il presente rinvio pregiudiziale, ad affrontare questioni di natura medica o etica, ma deve limitarsi ad un'interpretazione giuridica delle pertinenti disposizioni della direttiva" (par. 30). "Si deve ricordare, inoltre, che la determinazione del significato e della portata dei termini per i quali il diritto dell'Unione non fornisce alcuna definizione va operata, in particolare, tenendo conto del contesto in cui essi sono utilizzati e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essi fanno parte" (par. 31). Ravvisa il rischio di "frammentare la definizione di embrione *ratione materiae*, dilatandone o restringendone l'ampiezza in ragione degli interessi coinvolti nella specifica disciplina".

G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela*, cit., 27.

tale da dare avvio al processo di sviluppo di un essere umano" [40], concludendo infine che "costituisce un «embrione umano» qualunque ovulo umano fin dalla fecondazione, qualunque ovulo umano non fecondato in cui sia stato impiantato il nucleo di una cellula umana matura e qualunque ovulo umano non fecondato che, attraverso partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi" [41].

Con la successiva sentenza del 18 dicembre 2014, la Corte di giustizia è ritornata sui propri passi in ordine alla definizione di "embrione umano" svolgendo alcune ulteriori precisazioni ed escludendo dalla stessa il c.d. partenote, ossia "un ovulo umano non fecondato il quale, attraverso la partenogenesi, sia stato indotto a dividersi e a svilupparsi [...] qualora, alla luce delle attuali conoscenze della scienza, esso sia privo, in quanto tale, della capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare".

Se da un lato tale precisazione conduce ad una nozione più ristretta di embrione umano, dall'altro essa consente di cogliere il *discrimen* tra ciò che, ai sensi della menzionata direttiva, secondo l'interpretazione della Corte, è brevettabile e ciò che non lo è, meglio tra ciò che è meritevole di tutela in quanto portatore *in nuce* del valore della dignità umana e, pertanto, ne impedisce la reificazione e ne rifiuta altresì una forma di tutela in chiave meramente oggettivante [42] e ciò che invece non lo è, ossia la capacità intrinseca di svilupparsi in essere umano e quindi l'essere organismi potenzialmente viventi della specie umana [43].

Sulla nozione di embrione umano non può, infine, non menzionarsi l'interpretazione che di esso (non) è stata fornita dalla giurisprudenza della Corte EDU chiamata a pronunciarsi sull'asserita violazione del diritto della ricorrente al rispetto della vita privata (art. 8 CEDU) e al godimento dei propri beni (art. 1, Protocollo n. 1) da parte dello Stato Italiano, stante il divieto di utilizzare gli embrioni soprannumerari, ottenuti mediante fecondazione *in vitro*, al fine di donarli alla ricerca scientifica (art. 13, l. n. 40/2004) [44].

---

[40] CGUE, 18 ottobre 2011, C-34/10, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.*, cit., par. 35.

[41] CGUE, 18 ottobre 2011, C-34/10, *Olivier Brüstle c. Greenpeace e V.*, cit., par. 38.

[42] E. PALMERINI, *La sorte degli embrioni* in vitro*: in assenza di regole, il ricorso ai principi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 225 ss.

[43] Cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela*, cit., 35, secondo cui "ciò che rileva ai fini del riconoscimento della qualità dell'essere umano è il principio di vita, cioè l'inizio del processo di sviluppo biologico, al quale è immanente, senza soluzione di continuità, l'esigenza di rispetto della dignità umana".

[44] CEDU, Grande Camera, 27 agosto 2015, ricorso n. 46470/11, *Parrillo c. Italia*, in *Foro it.*, 2015, 453 ss., con nota di G. CASABURI, *Ricerche embrionali: una occasione perduta dalla Corte europea*.

La Corte ha ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 8 CEDU sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata in considerazione del fatto che il concetto di "vita privata" di cui al medesimo sia comprensivo, tra l'altro, del diritto all'autodeterminazione e, quindi, del diritto al rispetto della decisione di diventare genitore o di non diventarlo, nonché in considerazione del legame esistente tra la persona sottoposta al trattamento di PMA e gli embrioni concepiti in tal modo a fronte del legame genetico tra di essi e del rappresentare gli embrioni un elemento fondamentale del suo patrimonio genetico e della sua identità biologica, concludendo nel senso che "la possibilità per la ricorrente di esercitare una scelta consapevole e meditata sul destino dei suoi embrioni concerne un aspetto intimo della sua vita personale e riguarda conseguentemente il suo diritto all'autodeterminazione" e, pertanto, "il divieto di cui all'articolo 13 della l. n. 40/2004 di donare alla ricerca scientifica gli embrioni ottenuti mediante fecondazione in vitro e non destinati all'impianto costituisca un'ingerenza nel diritto della ricorrente al rispetto della sua vita privata" [45].

Affinché una tale limitazione sia compatibile con la Convenzione è necessario che essa persegua uno dei fini individuati dall'art. 8, par. 2, CEDU e, in tal senso, la Corte EDU ha riconosciuto che la "tutela del potenziale di vita dell'embrione" può essere ricondotta allo scopo di protezione della morale e dei diritti e delle libertà altrui, pur precisando però che "ciò non comporta tuttavia che la Corte abbia valutato se il termine "altri" si estenda agli embrioni umani" [46].

In riferimento all'asserita violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione che sancisce il diritto di ciascuno al rispetto dei propri beni, la Corte EDU con specifico riguardo allo *status* dell'embrione umano formato *in vitro* ha ritenuto non dirimente al tal fine esaminare "la delicata e controversa questione del momento in cui inizia la vita umana", non venendo in rilievo l'art. 2 CEDU e, purtuttavia, ha dichiarato – all'unanimità, in ordine a tale doglianza – il ricorso irricevibile poiché considerata "la portata

[45] La Corte ha invece escluso che il medesimo articolo possa essere ritenuto applicabile sotto il profilo del diritto al rispetto della vita familiare, non venendo in rilievo nel caso in esame alcun progetto procreativo (par. 174).

[46] In senso critico si vedano le osservazioni di G. ZAGREBELSKY, Parrillo c. Italia*. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Dir. umani e dir. int.*, 2015, 611 s., secondo cui "c'è allora da chiedersi chi siano di "altri" che qui vengono in discorso". Secondo l'A., "a differenza di quanto avviene nel caso delle leggi che disciplinano l'interruzione volontaria della gravidanza, ammettendola in certe circostanze, quando si tratta della destinazione degli embrioni non entrano in gioco diritti e interessi della madre comparabili a quelli della vita e della salute, da bilanciare con la protezione del feto. In questo caso entra in discorso il solo diritto all'autodeterminazione, il che sembra implicare che non sia riconosciuta all'embrione una distinta posizione rispetto alla soggettività della madre".

economica e patrimoniale di tale articolo, gli embrioni umani non possono essere ridotti a "beni" ai sensi di tale disposizione".

4. – Riconosciuta, in modo incontestabile, l'appartenenza alla specie umana dell'embrione nel suo essere persona umana in divenire e in disparte i profili inerenti la norma personalista quale principio cardine dell'intero sistema ordinamentale [47], occorre prendere atto che il legislatore ha espressamente qualificato il concepito come soggetto "*imponendo* di salvaguardarne la vita *quando ciò sia possibile*" [48].

Invero, come autorevolmente osservato, già la l. 22 maggio 1978, n. 194, che disciplina l'interruzione volontaria di gravidanza, proclamando che lo Stato "tutela la vita umana dal suo inizio" e riconoscendo quindi il diritto alla vita del concepito, ne esprimeva la "soggettività" [49].

La l. n. 40/2004, almeno nelle intenzioni originarie del legislatore [50], prima quindi dell'opera di riscrittura costituzionale della stessa [51], disciplinava il ricorso alla procreazione medicalmente assistita secondo un modello autoritario improntato alle esigenze di tutela assoluta dell'embrione, fulcro attorno al quale ruotava l'intero assetto normativo delle medesima [52].

Dall'impianto normativo della l. n. 40/2004 emerge innanzitutto la preferenza accordata dal legislatore alla procreazione naturale, quale sede privilegiata in funzione della tutela della pari dignità del concepito, di tutti i concepiti [53]. In primo luogo, infatti, la

---

[47] *Ex multis* V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145 ss.

[48] F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 462-463.

[49] F.D. BUSNELLI, *L'inizio*, cit., 564-565.

[50] Cfr. F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 459 secondo cui la l. n. 40 del 2004 "non può più essere interpretata privilegiando il canone ermeneutico della «intenzione del legislatore»" poiché la disciplina da essa dettata "non risponde più per intero al modello fortemente voluto dal legislatore, ed è per di più sulla via di un progressivo sgretolamento".

[51] L'espressione "riscrittura costituzionale" è utilizzata L. D'AVACK, *L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1737 ss., e successivamente ripresa da altri Autori, tra cui G. FERRANDO, *La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita*, in *Fam. e dir.*, 2011, 517 ss.

[52] F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 462.

[53] Cfr. E. BILOTTI, *Introduzione*, in P. BARCELLONA-P. RICCI SINDONI-A. VESCOVI, *La dignità del nascere*, a cura di E. Bilotti, Edizioni Associazione Culturale S. Filippo Neri, 2016, 5 ss.; G. SPOTO, *La dignità del nascere e il divieto di maternità surrogata*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, 2017, 13 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 723 ss.

procreazione medicalmente assistita è configurata come modalità procreativa residuale, il cui ricorso è consentito "qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità" (art. 1, comma 2); in secondo luogo, il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione, è circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico (art. 4, comma 1) ed è informato al principio di gradualità in forza del quale, tra quelle astrattamente applicabili, occorre fare ricorso alle tecniche di PMA che presentano il minor grado di invasività tecnico e psicologico per i destinatari delle stesse (art. 4, comma 2); in terzo luogo, infine, lo Stato si impegna a promuovere e incentivare la ricerca e la prevenzione in relazione ai fenomeni della sterilità e della infertilità (art. 2) e, nell'ambito del consenso informato, alla coppia deve essere prospettata la possibilità di ricorrere a procedure di adozione o di affidamento ai sensi della l. 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, come alternativa alla procreazione medicalmente assistita (art. 6) [54].

La rilevata preferenza accordata alla procreazione naturale, unitamente ai requisiti soggettivi disegnati dal legislatore per l'accesso alle tecniche di PMA [55], esprime l'esigenza avvertita dal legislatore ordinario di garantire, nella misura del possibile, al concepito l'esperienza della genitorialità naturale – riducendo, peraltro, al minimo il rischio insito nelle tecniche di PMA extracorporea di produrre embrioni in eccedenza con la necessaria conseguenza di ricorrere alla crioconservazione – ovvero, perlomeno, l'esperienza di una genitorialità quanto più simile a quella naturale [56] secondo il modello con-

---

[54] Cfr. M. SESTA, *Procreazione*, cit., 1 ss.; R. VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Giappichelli, 2004, 1 ss.; C. CASINI-M. CASINI-M.L. DI PIETRO, *La Legge 19 febbraio 2004, n. 40. "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Giappichelli, 2004, 23 ss.; G. SCIANCALEPORE, *Norme in materia di procreazione assistita: principi generali*, in *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 204 n. 40*, a cura di P. Stanzione-G. Sciancalepore, Giuffrè, 2004, 1 ss.; F. SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 204 n. 40*, Giuffrè, 2004, 23 ss.; U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, in *Della famiglia. Leggi complementari*, a cura di G. Di Rosa, nel *Commentario Gabrielli*, Utet, 2018, 1659 ss.

[55] Ai sensi dell'art. 5 della legge n. 40 del 2004 possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita "coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

[56] In tal senso anche la più recente giurisprudenza costituzione. Così Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, 3782 ss., con nota di G. CASABURI, *"Qui sto. Non posso fare altrimenti": la Consulta tiene fermo il divieto di accesso alla p.m.a. delle coppie omosessuali (femminili)*; in *Corr. giur.*, 2019, 1460 ss., con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie* same sex *di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "*revirement*"*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 548 ss., con

sacrato dall'art. 30 Cost.[57], informato ai principi della responsabilità per il fatto della procreazione e della bigenitorialità eterogenea[58]. La centralità costituzionale del paradigma della genitorialità naturale, peraltro, si giustifica in ragione del suo radicamento profondo nella norma personalista e, dunque, in ragione "del suo essere un elemento im-

---

nota di I. BARONE, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo*. In senso critico rispetto alle argomentazioni della Corte, U. SALANITRO, A strange loop. *La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 206 ss.; M.C. VENUTI, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva (femminile). Riflessioni a margine di Corte cost. n. 221/2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 664 ss. Per un commento adesivo F. PIERGENTILI, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *www.dirittifondamentali.it* (pubbl. *online* del 28 maggio 2020). Nonché Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237 in *Fam. dir.*, 2020, 325 ss. con nota di M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*; e Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230, in *Nuova giur. civ. comm.*, 362 ss. con commento di G. FERRANDO, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*, *ibidem*, 417 ss.; in *Familia*, 2021, 215 ss., con nota di I. BARONE, *Genitorialità naturale, genitorialità procreativa artificiale, unioni civili*. Nel senso di una maggiore apertura al riconoscimento di forme di omogenitorialità, invero però al precipuo scopo di offrire adeguata tutela al preminente interesse del minore, Corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021, con note di G. FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, e di A. GAMBINO, *Il diritto alla cura dei nati* contra legem; in *Fam. dir.*, 2021, 680 ss., con note di M. DOGLIOTTI, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*, e di G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori*. In argomento cfr. E. BILOTTI, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 430 ss.; ID., *Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della cd. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata*, in *Studi in onore di Giuseppe Vettori*, 2021, in corso di pubblicazione, consultati grazie alla cortesia dell'Autore; A. GORGONI, *Un passo avanti verso l'ampliamento della genitorialità fondata sull'assunzione della responsabilità nella procreazione medicalmente assistita*, in *www.personaemercato.it*, 2021; M. ACIERNO, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *www.questionegiustizia.it*, 2021; A.G. GRASSO, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da PMA omosex e surrogazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 466 ss.; C. ATTANASIO, *La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del minore*, in *Familia*, 349 ss.; R. ZAMPERINI, *Il* Doppio Sogno *della Corte costituzionale tra figli non riconoscibili e genitorialità disconosciute*, *ivi*, 2021, 379 ss.; A. MORACE PINELLI, *La tutela del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. L'intervento della Corte costituzionale, in attesa del legislatore*, *ivi*, 2021, 406 ss.; N. CHIRICALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio "non liquet" della Consulta*, *ivi*, 2021, 421 ss.

[57] Cfr. M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali: art. 29-34*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, 1976, 94 ss.

[58] Cfr. R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 953 ss.; E. BILOTTI, *Convivenze, unioni civili, genitorialità, adozioni*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, 873 ss.; E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 233 ss.; A. NICOLUSSI, *Famiglia*, cit., 713 ss.; I. BARONE, *Le vie della doppia maternità*, in *Dir. fam. pers.*, 2020, 925 ss.

prescindibile del progetto di emancipazione umana e sociale consegnato alle norme costituzionali" [59]. È in tal senso che, in un ordinamento democratico fondato sulla norma personalista, si deve ritenere che la libertà di diventare genitori attraverso le tecniche di PMA non possa essere esercitata senza limiti [60] e che, pertanto, il fine ultimo delle limitazioni poste all'accesso ed all'applicazione delle medesime tecniche non possa che essere necessariamente inteso nel senso di promuovere un modello di relazioni umane rispettoso della dignità di tutti i soggetti coinvolti, *compreso* il concepito, impedendo che lo stesso possa divenire oggetto di logiche di strumentalizzazione da parte degli adulti [61].

Con riferimento alle misure precipuamente previste a tutela dell'embrione formato *in vitro* nell'ambito delle procedure di PMA vengono in rilievo le disposizioni di cui agli artt. 13 (Sperimentazione sugli embrioni umani) e 14 (Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni) che sanciscono rispettivamente il generale divieto di qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano e il generale divieto di crioconservazione e di soppressione degli embrioni.

L'art. 13, dopo aver disposto il perentorio divieto di "qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano" (comma 1), pone stringenti limitazioni alla ricerca clinica e sperimentale, ammessa alla sola condizione di essere esclusivamente finalizzata a risultati terapeutici e diagnostici per la tutela della salute e dello sviluppo del medesimo embrione sottoposto al trattamento e sempre che non sia possibile ricorrere a metodologie alternative (comma 2). Resta pertanto esclusa la possibilità di condurre ricerche scientifiche sugli embrioni con l'obiettivo di sviluppare nuove terapie per l'eliminazione o la cura di malattie che – sia pure a beneficio della collettività – non riguardino direttamente il benessere dell'embrione oggetto della sperimentazione [62].

---

[59] E. Bilotti, *La Corte*, cit., 462.

[60] Corte cost. 23 ottobre 2019, n. 221, cit.

[61] E. Bilotti, *La Corte*, cit., 463, secondo cui "l'ispirazione personalista della Carta si sostanzia infatti nell'obiettivo di promuovere ad ogni livello della vita sociale un modello di relazione umana alieno da logiche di strumentalizzazione e fondato piuttosto su un principio di reciproco riconoscimento: quel principio per cui ciascuno si rapporta all'altro attribuendogli la stessa dignità di persona libera che compete a sé. Un ordinamento fondato sulla norma personalista non può perciò tollerare che la negazione del valore sovrautilitaristico della persona possa essere garantita e promossa con la forza del diritto, e dunque che si diano strutture normative ispirate a logiche che rinnegano il significato autentico della relazione umana. In particolare, l'impegno dell'ordinamento nel promuovere la dignità della persona sarebbe illusorio, laddove le sue norme non contribuissero a scongiurare il rischio, tutt'altro che remoto, che, anche con riferimento al nascere dell'uomo, il "provenire da", che caratterizza ogni vita che nasce, possa ridursi a un mero "essere prodotto da", consegnando così anche la relazione umana originaria – quella tra i generanti e il generato – a una dinamica tipica del mondo delle cose". In argomento cfr. A. NICOLUSSI, *Famiglia*, cit., 723 ss.

[62] Dubitano della legittimità costituzionale del divieto per inidoneità del bilanciamento V. POCAR, *La*

L'art. 14, vietata la crioconservazione e la soppressione di embrioni (comma 1), declinata quest'ultima anche nell'espresso divieto di riduzione embrionaria di gravidanze plurime (comma 4), fatto salvo quanto previsto dalla legge in materia di interruzione volontaria di gravidanza, nella sua versione originaria – precedente l'intervento demolitorio del Giudice delle leggi [63] – poneva quale corollario del generale divieto di crioconservazione degli embrioni il divieto di "creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre" (comma 2).

L'unica deroga normativamente prevista al menzionato divieto atteneva pertanto alla circostanza nella quale il trasferimento nell'utero degli embrioni non risultasse possibile "per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione" e comunque "fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile" (art. 14, comma 3).

A seguito dell'intervento della Corte costituzionale, come si avrà modo di approfondire *infra*, al fine di ridurre "al minimo ipotizzabile" il rischio per la salute della donna, sono venuti meno – in quanto dichiarati costituzionalmente illegittimi – i limiti della destinazione degli embrioni "ad un unico e contemporaneo impianto" e del numero massi-

---

legge italiana sulla fecondazione assistita, ovvero come e perché si violano i diritti delle cittadine e dei cittadini, in *Sociologia dir.*, 2004, 7; F. MODUGNO, *La fecondazione assistita alla luce dei principi della giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive (Atti del convegno dei Lincei, Roma 31.1.2005)*, Schena Editore, 2005, 574 ss.; A. BARBERA, *La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali*, *ivi*, 353 ss.; B. MASTROPIETRO, *Procreazione assistita: considerazioni critiche su una legge controversa*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1410 ss.; V. TIGANO, *I profili di rilevanza penale della ricerca scientifica sulle cellule staminali embrionali umane*, Apes, 2017, 21 ss.

Sull'opportuna distinzione operata dal legislatore tra "ricerca" e "sperimentazione" si veda C. CASINI-M. CASINI-M.L. DI PIETRO, *La Legge*, cit. 203, secondo cui "la ricerca [...] può non essere invasiva limitandosi alla semplice osservazione e allo studio conseguente; la sperimentazione, invece, comporta sempre un intervento sul corpo umano e quindi una sua modificazione, sia che si attui con la somministrazione di una sostanza, sia che consista in un intervento chirurgico o comunque manipolatorio".

[63] Il riferimento è a Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, 1213 ss., con nota di G. FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*. In argomento si vedano inoltre EAD., *Fecondazione* in vitro *e diagnosi preimpianto dopo la decisione della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 521; F.R. FANTETTI, *Illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. pers. succ.*, 683 ss.; E. GIACOBBE, *La festa della mamma. Osservazioni "a caldo" a C. cost. 8 maggio 2009 n. 151*, in *Giust. civ.*, 2009, 1184 ss.; M. CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1033 ss.; C. TRIPODINA, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?*, in *Giur. cost.*, 2009, 1696 ss.; L. D'AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1021 ss.

mo di embrioni che possono essere prodotti "comunque non superiore a tre" con la logica conseguenza dell'introduzione di una ulteriore deroga al generale divieto di crioconservazione di cui all'art. 14, comma 1, determinandosi – a seguito della menzionata dichiarazione di illegittimità costituzionale – "la necessità del ricorso alla tecnica di congelamento con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica".

Pertanto, fatto salvo il principio secondo cui "le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, secondo accertamenti demandati, nella fattispecie concreta, al medico", è ben possibile procedere alla creazione di un numero di embrioni non predeterminato *ex lege* ed eventualmente destinati a successivi impianti "con ciò eliminando sia la irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità, per la donna, di sottoporsi eventualmente ad altra stimolazione ovarica, con possibile lesione del suo diritto alla salute" [64].

Tra le misure a tutela dell'embrione formato *in vitro*, infine, pare potersi menzionare – al fine di garantirne la possibilità di sopravvivenza attraverso la nascita – la previsione relativa alla irrevocabilità del consenso prestato al trattamento di PMA successivamente alla fecondazione dell'ovulo (art. 6, comma 4) [65], cui consegue l'obbligo – sia pure non coercibile – di procedere all'impianto dell'embrione [66] con l'unica eccezione del caso in cui lo stesso non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione, comunque da realizzare non appena possibile (art. 14, comma 3).

---

[64] Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, par. 6.1. In argomento cfr. Carusi D., *La Corte costituzionale e lo statuto dell'embrione*, in *Giur. it.*, 2017, 309, secondo cui "sembra dunque discendere dalla sentenza che non solo il medico possa e debba scegliere, secondo le circostanze, di non impiantare tutti gli embrioni prodotti, ma che sia suo dovere mirare a produrre embrioni in numero il quale, pur maggiore di quello nella specie indicato per il trasferimento in utero, possa dirsi pur sempre proporzionato allo specifico progetto procreativo della coppia richiedente: sia in modo da consentire un nuovo *transfert* qualora il primo, come avviene non di rado (e più spesso nel caso di aspiranti madri con determinate caratteristiche, per esempio di età) non vada a buon fine; sia nell'intento di disporre per il *transfert*, nel caso di coppie portatrici di gravi patologie, di embrioni esenti da malattia".

[65] In senso critico Carusi D., *La Corte*, cit., 307 che ne osserva la "drastica coerenza" con "l'ardita e appena un po' ellittica affermazione della soggettività del "concepito" di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 40 del 2004.

[66] C. Casini-M. Casini-M.L. Di Pietro, *La Legge*, cit., 127 ss.; F. Santosuosso, *La procreazione*, cit., 93 ss. In argomento si veda, inoltre, A. Nicolussi, *Lo sviluppo*, cit., 52, secondo cui "è vero che tale obbligo è incoercibile fisicamente, ma l'incoercibilità non cancella l'obbligo, mettendo capo semmai alla questione di misure alternative a quella fisica di coazione. In ogni caso l'obbligo è previsto dalla legge e non può essere disatteso mediante una correzione di essa cui l'interprete non ha competenza, tanto più che disattenderlo significherebbe violare anche l'altro obbligo – contenuto nella legge medesima – di non procedere a una selezione eugenetica degli embrioni".

5. – Sebbene l'impianto originario della disciplina della PMA rispondesse ad un modello autoritario volto a consacrare l'equiparazione dei soggetti concepiti ai soggetti già nati in funzione di una tutela "forte" dell'embrione, la circostanza per la quale – inevitabilmente – i diritti di cui il concepito è titolare possano entrare in conflitto con diritti, ugualmente fondamentali, facenti capo ad altri soggetti "coinvolti" nell'applicazione delle tecniche di PMA, primo fra tutti il diritto alla salute della donna che accede alle tecniche, ha segnato il passaggio compiuto dalla Corte costituzionale dalla *ratio* dell'esclusività della tutela assoluta dell'embrione alla necessaria composizione del conflitto attraverso la tecnica del bilanciamento [67].

In simili casi, infatti, posto che la tutela dell'embrione "non è comunque assoluta" [68], il ricorso alla tecnica del bilanciamento rappresenta l'ineludibile passaggio ermeneutico in grado di impedire che, in un ordinamento democratico, possa verificarsi qualsiasi automatismo nell'affermazione di un valore a scapito di un altro, rifuggendo così dal pericolo della "tirannia" di un valore [69].

Certamente la composizione del conflitto non può essere demandata all'autodeterminazione dei singoli portatori dei medesimi valori in nome della *privacy*, potendo ciascun soggetto in virtù del principio di autodeterminazione disporre esclusivamente di propri diritti e non già di quelli facenti capo ad altri soggetti [70].

Il primo intervento demolitorio operato dalla Corte costituzionale con la produzione di effetti a detrimento della protezione forte dell'embrione è rappresentato dalla sentenza costituzionale 8 maggio 2009, n. 151 dichiarativa della illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, con riferimento al limite di formazione di non più di tre embrioni,

---

[67] F.D. BUSNELLI, *Cosa resta della legge 40?*, cit., 462.

[68] Corte cost. 8 maggio 2009, n. 151, cit. Invero già nella storica sentenza n. 27 del 1975 la Corte costituzionale aveva avvertito che "la legge non può dare al primo [l'interesse costituzionalmente protetto relativo al concepito] una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi [altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale] adeguata protezione".

[69] R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1572-1573. In argomento si vedano C. SCHMITT, *La tirannia*, cit., 60 ss.; L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di A. Falzea*, Giuffrè, 1993, 48 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 198 ss.; M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars intepretandi*, 2015, 44 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 203-204.

[70] R. SENIGAGLIA, *Vita*, cit., 1573, sulla scia di C. CASTRONOVO *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1121-1122 secondo cui "autodeterminarsi significa determinarsi nella sfera che riguarda il sé; e ciò nell'esatta misura in cui il sé sia il termine di riferimento in uscita e in entrata, come autore della deliberazione e come ambito soggettivo al quale quest'ultima si riferisce". In argomento si veda inoltre ID., *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 1037 ss.

all'obbligo di impianto contestuale e alla mancata previsione che l'obbligo di trasferimento degli embrioni, crioconservati in quanto prodotti ma non impiantati per scelta medica, da realizzare non appena possibile debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

L'iter argomentativo seguito dalla Corte prende le mosse dalla circostanza per la quale la stessa l. n. 40/2004 rivela, in conformità alla finalità della medesima, un limite alla tutela apprestata all'embrione in quanto lo stesso fatto di aver previsto un limite al numero di embrioni che possono essere prodotti, ammettendo così che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, significa aver riconosciuto un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare alla coppia che accede alle tecniche di PMA concrete aspettative di gravidanza: di qui la conclusione secondo cui la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento finanche con la tutela delle esigenze della procreazione.

Pur mantenendo salvo il principio per il quale le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario secondo le valutazioni demandate nel singolo caso concreto al personale medico, la menzionata declaratoria di incostituzionalità dell'obbligo del numero massimo di tre embrioni che possono essere formati e dell'obbligo del contestuale impianto ha di fatto introdotto – come espressamente riconosciuto dalla Corte – una deroga al divieto generale di crioconservazione degli embrioni comportando la necessità di ricorrere alla crioconservazione con riguardo agli embrioni prodotti ma non impiantati per scelta medica, con l'ulteriore precisazione secondo cui il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna.

Ad incrinare ulteriormente la tutela forte dell'embrione è intervenuta la successiva pronuncia di illegittimità costituzionale del divieto di diagnosi preimpianto [71], sulla scia della condanna dello Stato italiano da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 8 CEDU [72].

---

[71] Corte cost. 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro it.*, 2015, 2250 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 930 ss., con commento di G. FERRANDO, *Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto*, *ibidem*, 502 ss.; in *Corr. giur.*, 2016, 186 ss., con nota di M.A. IANNICELLI, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della "riscrittura costituzionale" della L. n. 40/2004*. In argomento cfr. R. POMIATO, *Diagnosi preimpianto e tutela dell'embrione: un equilibrio ancora precario*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 219 ss.

[72] CEDU, 28 agosto 2012, ric. n. 54270/10, Causa Costa e Pavan c. Italia in *Nuova giur. civ. comm.*, 66 ss., con nota di C. PARDINI, *La diagnosi preimpianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: influenza delle pronunce nel panorama italiano*. Sulla pronuncia si veda inoltre F. VARI, *Considera-*

Secondo i Giudici di Strasburgo, con riferimento al menzionato divieto, "il sistema legislativo manca di coerenza" in quanto "[d]a un lato, esso vieta l'impianto limitato ai soli embrioni non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori sani; dall'altro, autorizza i ricorrenti ad abortire un feto affetto da quella stessa patologia".

Tale incoerenza rivelerebbe conseguentemente, in materia di diagnosi preimpianto, la non proporzionalità dell'ingerenza dello Stato italiano nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, la cui violazione è pertanto dichiarata nel caso di specie.

"Dalla "cultura del desiderio" alla "cultura dello scarto" il passo è breve" [73], e la Corte costituzionale lo ha compiuto preso atto dell'"insuperabile aspetto di irragionevolezza" del divieto di diagnosi preimpianto, nell'ambito delle procedure di PMA, per le coppie fertili affette (anche come portatrici sane) da gravi patologie genetiche ereditarie, suscettibili di trasmettere al nascituro rilevanti anomalie o malformazioni, determinato dalla "palese antinomia normativa" per la quale l'ordinamento giuridico nazionale consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali – consentita dall'art. 6, comma 1, lettera b), della l. n. 194/1978 − quando, dalle ormai normali indagini prenatali, siano, appunto "accertati processi patologici […] relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna".

In estrema sintesi – secondo il percorso argomentativo seguito dalla Consulta – il cortocircuito normativo si verificherebbe nella misura in cui la disciplina nazionale "non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di evitare di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute" con conseguente violazione, quindi, dell'art. 32 Cost. in relazione al diritto alla salute della donna, senza che possa assumere specifico rilievo, ai fini del bilanciamento, alcuna esigenza di tutela del nascituro, "il quale sarebbe comunque esposto all'aborto".

Si rendeva così necessaria la consequenziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 13, commi 3, lett. b), e 4, l. n. 40/2004 nella parte in cui contempla come

---

zioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU, in *Rivista AIC*, 2013, 1 ss.

[73] F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità. Un difficile traguardo per l'embrione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 398.

ipotesi di reato la condotta di selezione degli embrioni nei casi in cui essa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 194/1978 e accertate da apposite strutture pubbliche [74].

Tale pronuncia, "predeterminata" nell'esito dalle discutibili argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale nel precedente di cui costituisce la diretta conseguenza, si segnala per alcune precisazioni in ordine allo statuto dell'embrione formato *in vitro* nell'ambito delle procedure di PMA.

La Corte costituzionale è estremamente cristallina nel riconoscere che gli embrioni non impiantati a seguito di diagnosi genetica preimpianto non godono per il solo fatto della malformazione da cui sono affetti di un trattamento deteriore rispetto a quello degli embrioni destinati all'impianto nell'utero materno. Ad essi, infatti, è riconosciuto un pari livello di protezione, idoneo a tutelarne la dignità, cui corrisponde però – allo stato attuale – unicamente il ricorso alla crioconservazione.

La Corte conclude osservando che "[l]'embrione, infatti, quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riconducibile a mero materiale biologico", la cui tutela può essere ritenuta suscettibile di affievolimento soltanto in caso di conflitto con altri interessi di pari rilievo costituzionale che, in temine di bilanciamento, risultino, in determinate situazioni, prevalenti [75].

Tra le pronunce che hanno inciso fortemente l'impianto originario della l. n. 40/2004 occorre infine menzionare la nota sentenza n. 162/2014 dichiarativa dell'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa di cui all'art. 4, comma 3, qualora sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili [76].

---

[74] Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229, cit.

[75] Corte cost. 11 novembre 2015, n. 229, cit.

[76] Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Giur. it.*, 2014, 2827 ss., con nota di E. LA ROSA, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità costituzionale dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 393 ss., con nota di G. FERRANDO, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*; in *Corr. giur.*, 2014, 1068 ss., con nota di EAD., *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*; in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1005 ss., con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*, e con nota di C. CICERO-E. PELUFFO, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; ovverosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, *ivi*, 1290 ss.; in *Giur. cost.*, 2014, 2593 ss., con nota di C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*.

In disparte i rilievi critici della decisione in relazione al modello costituzionale di genitorialità ed al diritto all'identità del nato [77], essa, pur non essendo intervenuta su disposizioni normative aventi ad oggetto in via immediata e diretta la tutela dell'embrione, ha ampliato la platea dei soggetti cui è consentito l'accesso alle tecniche di PMA comportando così un aumento della domanda di trattamenti di PMA e, per logica conseguenza, un aumento – perlomeno in termini assoluti – degli embrioni prodotti *in vitro* e quindi, tra essi, degli embrioni soprannumerari, non più necessari all'impianto e destinati in definitiva alla crioconservazione [78].

6. – L'opera di riscrittura costituzionale della l. n. 40/2004 ha determinato quella che potrebbe essere ormai definita come la "questione" degli embrioni soprannumerari.

Se, infatti, l'impianto normativo originario, funzionale ad una tutela "forte" dell'embrione, si premuniva o, almeno, si impegnava a premunirsi di garantire l'effettività del generale divieto di crioconservazione riducendo al minor numero possibile gli embrioni creati *in vitro* e non (più) destinati alla sopravvivenza attraverso l'impianto nell'utero materno – non essendo comunque possibile eliminare del tutto tale evenienza –, le dichiarazioni di illegittimità costituzionale della l. n. 40/2004 intervenute a riprese successive hanno, di fatto, determinato l'incremento esponenziale ora – in generale – del numero di embrioni formati *in vitro*, ora – in particolare e in misura più che proporzionale – del numero di embrioni destinati alla crioconservazione *sine die*.

Nel primo senso intervengono l'eliminazione del limite massimo di tre embrioni che possono essere prodotti nell'ambito delle procedure di PMA e dell'obbligo di procedere al contestuale impianto dei medesimi (sent. n. 151/2009), nonché l'estensione della platea dei soggetti che possono accedere alle tecniche di PMA alle coppie affette da sterilità

---

[77] Cfr. A. NICOLUSSI, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 2012, 1 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 78 ss. Sul diritto a conoscere le proprie origini si veda inoltre L. BOZZI, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 170 ss.

[78] Cfr. F.D. BUSNELLI, *"Vite nascenti" e storie di "calvari" vecchie e nuove*, in *Nuovo dir. civ.*, 2018, 19, secondo cui il menzionato intervento demolitorio della l. n. 40/2004 "non si limita ad intaccare i vincoli normativi 'autoritari' di attuazione delle tecniche di fecondazione artificiale ivi disciplinate 'mantenendo peraltro salvo il principio' a cui la legge si ispira, ma attacca direttamente tale principio ispiratore muovendo dalla ingannevole premessa 'dell'essere la PMA di tipo eterologo una *species* del *genus*'. È, questo, un abile 'cavallo di Troia' per far penetrare nelle mura delle 'architetture costituzionali' della famiglia, e oltre, la 'cultura del desiderio'".

o da infertilità assolute ed irreversibili (sent. n. 162/2014) ed alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili (sent. n. 96/2015).

Nel secondo senso interviene più specificamente l'ammissibilità della diagnosi genetica preimpianto (sent. n. 96/2015) che consente alla donna di decidere di non sottoporsi al trattamento sanitario alla stregua di un'interruzione volontaria di gravidanza in via cautelare, precedente alla stessa gravidanza, volta alla tutela anticipata del suo diritto alla salute. In quest'ultimo caso gli embrioni affetti da grave malattia genetica appaiono, di fatto, ineluttabilmente "predestinati" alla crioconservazione *sine die*, essendo incompatibile la prosecuzione dell'applicazione delle tecniche quanto meno con le stesse ragioni per le quali la coppia ha inizialmente deciso di sottoporsi al trattamento.

Ecco che, pertanto, è possibile che giacciano nel limbo della crioconservazione, in primo luogo, embrioni destinati ai successivi trasferimenti in caso di insuccesso del primo; in secondo luogo, embrioni residuati ad un trattamento di PMA conclusosi con successo, il cui impianto non sarebbe certamente praticabile nel breve termine, ma solo nell'eventualità in cui i genitori decidano successivamente di avere un altro figlio; in terzo luogo, embrioni residuati in ipotesi di donne che abbiano deciso di interrompere il trattamento di PMA, revocando il consenso alla prosecuzione dello stesso ed all'impianto [79], ovvero che si trovino nell'impossibilità di portare a termine con successo la gravidanza; in quarto luogo, embrioni "scartati" poiché affetti da una malattia o malformazione ovvero in relazione ai quali non è possibile verificare la presenza di malattie o malformazioni in quanto "non biopsabili" per le loro caratteristiche [80]. Ai casi appena menzionati occorre aggiungere poi quello degli embrioni crioconservati formati nei cen-

[79] Sebbene l'art. 6 della l. n. 40 del 2004 prescriva l'irrevocabilità del consenso successivamente alla fecondazione dell'ovulo, ciò vale certamente con riferimento all'uomo, mentre con riferimento alla donna l'obbligo di trasferimento dell'embrione, pur essendo astrattamente vincolante, è incoercibile e pertanto di fatto la donna può sottrarsi al trattamento anche successivamente alla fecondazione dell'ovulo. Sul punto si vedano i riferimenti bibliografici in nota 66. In argomento cfr. L. BOZZI, *Il consenso al trattamento di fecondazione assistita tra autodeterminazione procreativa e responsabilità genitoriale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 230 ss.

[80] Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84, in *Foro it.*, 2016, 1509 ss., con nota di G. CASABURI, *La Corte costituzionale e la l. 40/04: ritorno all'ordine?*; in *Giur. it.*, 307 ss., con note di D. CARUSI, *La Corte*, cit., e di I. RIVERA, *La Corte costituzionale torna sulla sperimentazione degli embrioni*.

Per un approfondimento sui diversi livelli cui può essere operata la biopsia dell'embrione si rinvia a R. TALEVI-R. GUALTIERI, *Tecniche di riproduzione assistita: micromanipolazione, coltura e trasferimento embrionale*, in R. Talevi-R. Gualtieri (a cura di), *Biologia e Tecnologie della riproduzione umana*, Piccin, 2019, 255 ss.; nonché a L. STUPPIA, *Diagnosi genetica pre-impianto*, *ivi*, 295 ss., ed alla bibliografia ivi menzionata.

tri di PMA nel periodo precedente all'entrata in vigore della l. n. 40/2004 e non più destinati all'impianto.

Come rilevato, l'obiettivo perseguito dalla l. n. 40/2004, secondo le originarie intenzioni del legislatore, era evidentemente quello di garantire una concreta tutela al diritto alla vita dell'embrione, contrastando la pratica precedentemente diffusa di creare un numero di embrioni superiore a quelli poi effettivamente impiantati al fine di incrementare le possibilità di successo del trattamento di PMA riducendone al minimo i costi, in verità non solo economici ma anche in termini di minori sofferenze psichiche e fisiche per la coppia che si sottoponeva al trattamento, con la conseguenza però di determinare l'esistenza di un consistente numero di embrioni in esubero, privi di *chances* di sopravvivenza [81].

Certo è che, regolamentata la fecondazione *in vitro*, non si sarebbe potuta escludere in radice l'eventualità di ricorrere alla crioconservazione sia pure in particolari circostanze. E, infatti, la stessa l. n. 40/2004 individua una specifica deroga al generale divieto di crioconservazione degli embrioni in tutti i casi in cui "il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione", ma si trattava, evidentemente, di un'ipotesi disciplinata in termini di rigorosa eccezione, ammessa "fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile" (art. 14, comma 3).

Non per questo il destino degli embrioni crioconservati sarebbe stato meritevole di minore considerazione, ma i duri colpi inferti alla tutela forte dell'embrione hanno certamente determinato un più intenso vuoto di tutela, rendendo sempre più urgente la necessità di offrire una soluzione alla questione degli embrioni soprannumerari.

7. – "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica", così recita l'art. 9 Cost. che qualifica la libertà di ricerca scientifica, il c.d. diritto alla scienza, tra i beni di sicura rilevanza costituzionale [82].

---

[81] Sulla regolamentazione precedente l'introduzione della l. n. 40 del 2004 si veda U. SALANITRO, *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, cit., 1657, secondo il quale le frequenti osservazioni critiche circa il "far west" procreativo diffuso in epoca precedente l'entrata in vigore della l. n. 40 del 2004 sarebbero fin troppo severe e non esattamente rispondenti al vero, posto che l'accesso alle tecniche di PMA fosse disciplinato da circolari ministeriali e sottoposto al codice deontologico medico allora vigente, "le cui regole, pur sottoposte a torsioni interpretative, erano tendenzialmente rispettate".

[82] Così Corte cost. 16 dicembre 2004, n. 423, par. 11.1, in *Foro it.*, 2005, 2294 ss., con nota di E.A. FERIOLI, *Finanziamento della spesa sociale e Corte costituzionale: le contraddizioni di un "federalismo fisca-*

L'art. 13 della l. n. 40/2004, come osservato, è invece perentorio nel dichiarare il divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull'embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, ponendo così un limite stringente alla libertà di ricerca scientifica e, precisamente, alle esigenze individuali e collettive sottese alla medesima, ad esempio, con riferimento ai benefici per la tutela della salute che potrebbero derivarne.

Nella disposizione da ultimo menzionata si pongono in tensione, pertanto, due valori di sicura rilevanza costituzionale: lo statuto dell'embrione (*rectius* la sua dignità) e la libertà di ricerca scientifica. La soluzione offerta dal legislatore ordinario è invero la secca ed assoluta prevalenza della tutela della dignità dell'embrione, posto che l'unica deroga al divieto assoluto di ricerca scientifica sugli embrioni sia quella sopra evidenziata della ricerca clinica e sperimentale finalizzata esclusivamente a produrre benefici diretti alla salute e allo sviluppo del medesimo embrione sottoposto al trattamento.

L'assolutezza di un simile divieto, che non opera distinzioni di sorta tra le diverse "categorie" di embrioni, è stata messa in discussione sotto il profilo della legittimità costituzionale poiché tacciata di risolversi "nella completa negazione delle esigenze individuali e collettive sottese all'attività di ricerca scientifica" e, "in modo del tutto irrazionale, nella negazione di qualunque bilanciamento tra dette esigenze" [83].

Se da un lato, infatti, non sembra potersi dubitare della legittimità del divieto di costituire embrioni umani a fini di ricerca, trovando esso un solido ancoraggio normativo anche a livello sovranazionale nell'art. 18, par. 2, della Convenzione di Oviedo, dall'altro la rigidità del divieto di sperimentazione sugli embrioni è messa in discussione da una parte della dottrina e della giurisprudenza almeno con riferimento ad alcune categorie di embrioni già formati nell'ambito di un iniziale progetto procreativo. Sul punto, infatti, la

---

le" ancora inattuato. In argomento cfr. P. PERLINGIERI-R. MESSINETTI, *Art. 9*, in *Commento alla Costituzione italiana*, a cura di P. Perlingieri, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, 44 ss.

[83] Trib. Firenze, ordinanza 12 dicembre 2012, in *Foro it.*, 2013, 1005 ss. Cfr. in senso critico G. DI ROSA, *Scienza, tecnica e diritto in recenti applicazioni giudiziali della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 613, secondo cui "la mancata distinzione (richiamata dai ricorrenti e fatta propria dal giudice fiorentino) all'interno dell'art. 13 l. n. 40 del 2004, tra le varie categorie di embrioni risulta del tutto conforme al modello originariamente previsto dal legislatore, proprio perché da leggersi in sintonia (e necessaria correlazione) con la (originaria) previsione del numero massimo di embrioni producibili (ossia tre), tutti da destinare ad un unico e contemporaneo impianto, con la possibilità (riconosciuta in via del tutto eccezionale) della crioconservazione, ordinariamente vietata. L'originario dettato normativo muoveva cioè dall'avvertita necessità di evitare la pratica, in precedenza molto frequente, della crioconservazione degli embrioni prodotti in sovrannumero rispetto a quelli poi, effettivamente, impiantati; regole, dunque, speculari, dettate dalla comune motivazione di assicurare concreta tutela all'embrione".

stessa Convenzione lascia più ampi margini di discrezionalità agli Stati firmatari, riservando alla legislazione degli stessi la possibilità di regolamentare la ricerca sugli embrioni (già) formati *in vitro* purché la relativa disciplina ne assicuri "una protezione adeguata", senza però prescrivere ulteriori specificazioni che consentano di individuare in cosa debba consistere lo standard di tutela minima richiesto.

A tali fini viene pertanto in rilievo la primaria distinzione tra embrioni in attesa di un futuro impianto, per i quali vi sono cioè ragionevoli possibilità di sopravvivenza attraverso l'accoglimento nell'utero materno, non essendo stato ancora abbandonato definitivamente il progetto genitoriale nell'ambito del quale sono stati prodotti, e embrioni definitivamente esclusi da qualsivoglia progetto procreativo, in stato di abbandono e, quindi, di fatto destinati alla crioconservazione *sine die* fino alla naturale "estinzione". Tra questi ultimi si collocano certamente gli embrioni "scartati" a seguito di diagnosi preimpianto poiché affetti da malattie gravi o malformati, nonché quelli per i quali si stato accertato lo "stato di abbandono" ai sensi del decreto 26 agosto 2004 del Ministro della salute, e cioè in caso di "rinuncia scritta al futuro impianto degli embrioni crioconservati da parte della coppia di genitori o della singola donna (nel caso di embrioni prodotti prima della normativa attuale con seme di donatore e in assenza di partner maschile)" ovvero di documentati e ripetuti tentativi, eseguiti per almeno un anno dal centro di PMA coinvolto, "di ricontattare la coppia o la donna che ha disposto la crioconservazione degli embrioni" e "solo nel caso di reale, documentata impossibilità a rintracciare la coppia" (art. 1, comma 2) [84].

Con riferimento agli embrioni privati di qualsiasi progetto procreativo e, pertanto, destinati all'inevitabile estinzione nel limbo della crioconservazione, si è rilevato che sarebbe più ragionevole un bilanciamento maggiormente orientato nel senso della loro destinazione alla ricerca scientifica preordinata, secondo una concezione solidaristica, alla tutela della salute individuale e collettiva [85].

---

[84] Tale definizione è stata sostanzialmente ripresa dalle "Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita" adottate con decreto 11 aprile 2008 del Ministro della salute; tuttavia degli embrioni in stato di abbandono non si fa più menzione nell'aggiornamento delle Linee guida dell'1 luglio 2015, adottate con decreto 1 luglio 2015 del Ministero della salute. In argomento cfr. B. LIBERALI, *Il destino degli embrioni creati nell'ambito delle procedure di fecondazione medicalmente assistita*, in *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, a cura di M. D'Amico-B. Liberali, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 77 ss.

[85] M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2016, 175 ss.; V. TIGANO, De dignitate non disputandum est*? La decisione della Consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 21 s.

A fronte dell'ineluttabile destino degli embrioni abbandonati, il loro "sacrificio" acquisirebbe così una forma più rispettosa della vita e della dignità umane (anche dell'embrione medesimo) rispetto al mero "lasciar perire", inquadrando il delicatissimo bilanciamento tra i diritti degli embrioni non destinati all'impianto e le esigenze della scienza nel senso della cedevolezza dei primi rispetto alle seconde in una prospettiva umanitaria e solidaristica, riconducibile all'area di operatività del precetto di cui all'art. 2 Cost. [86]. Si è osservato, peraltro, che anche alle persone viventi non sarebbe preclusa la possibilità di sottoporsi a sperimentazione [87].

Alle tesi più progressiste si sono tuttavia contrapposti orientamenti più rigidi (e rigorosi) secondo cui l'utilizzo dell'embrione umano come oggetto di ricerca, implicandone la distruzione, si pone irrimediabilmente in contrasto con le esigenze di tutela della dignità umana che deve essergli riconosciuta, perlomeno per la sua indiscutibile appartenenza alla specie umana; in tal senso, a fronte di una materia così delicata quale l'inizio della vita umana, non potrebbe che operare il principio di precauzione in favore della tutela della dignità dell'embrione – senza che possa assumere alcun rilievo l'osservazione secondo cui lo stesso sarebbe in ogni caso inevitabilmente destinato alla naturale estinzione nella crioconservazione – imponendosi il ricorso a tutti i percorsi di ricerca alternativi alla sperimentazione sull'embrione, poiché la tutela della vita umana – ancorché solo *in nuce* [88] – non consente di equiparare l'"uccidere" al "lasciar morire" [89].

Chiamata a compiere la "scelta tragica" tra "il rispetto del principio della vita" e le "esigenze della ricerca scientifica" la Corte costituzionale, individuando in essa un "conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche [...] in ordine alla cui soluzione i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile sono profondamente divisi" e su cui "anche le legislazioni, i comitati etici e le commissioni speciali dei molti Paesi che hanno affrontato il problema, approfondendone le implicazioni, sono ben lungi dall'essere pervenuti a risultati su cui converga un generale consenso", decide di non decidere trattan-

---

[86] Cfr. A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw Journal*, 2016, 251 s.; ID., *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in *federalismi.it*, 2016, 25 ss.

[87] Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84, cit.

[88] E. PALMERINI, *La sorte*, cit., 225.

[89] Cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino degli embrioni derivanti da procreazione medicalmente assistita e non più impiantabili*, 26 ottobre 2007, in *http://bioetica.governo.it/media/3121/p79_2007destino_embrioni_da_pma_it.pdf*, 7 ss.

dosi di "una scelta di così elevata discrezionalità", per i profili assiologici che la connotato, da sottrarsi, per ciò stesso, al sindacato della Corte stessa [90].

La Consulta, pur precisando il carattere non "a rima obbligata" dell'intervento additivo richiesto dal giudice rimettente [91] e concludendo quindi con la dichiarazione di inammissibilità delle questioni sollevate, afferma senza esitazioni la possibilità di un differente bilanciamento dei valori in conflitto, sia pure riservandolo al legislatore.

Essa non sembra mostrarsi del tutto neutrale rispetto alla scelta tragica che – forse per prudenza più che per competenza [92] – rimette alla discrezionalità del legislatore: più che la conferma della costituzionalità della normativa impugnata, la pronuncia in esame sembra un invito per il legislatore, "quale interprete della volontà della collettività, [...] a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale" [93], secondo una serie di opzioni intermedie che *de iure condendo*, "sulla base anche delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale", la Corte non rinuncia ad indicare in ordine, tra l'altro, "alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente "non biopsabili"; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il "sacrificio" dell'embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell'embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la "commercializzazione" degli embrioni residui".

In forza delle suesposte considerazioni, la Corte conclude nel senso della inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze con riferimento al divieto assoluto di sperimentazione sugli embrioni di cui all'art. 13 della l. n. 40/2004, sebbene la stessa sembri infine auspicare – sollecitando l'intervento del legislatore – ad una nuova e diversa ponderazione dei valori in conflitto.

Tuttavia – come si avrà modo di chiarire *infra* – neppure in caso di definitivo abban-

---

[90] Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84, cit. In tal senso si vedano le osservazioni critiche di A. RUGGERI, *Questioni*, cit., 252.

[91] Trib. Firenze, ordinanza 12 dicembre 2012, cit.

[92] Cfr. G. RAZZANO, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla* prudentia*?*, in *BioLaw Journal*, 2016, 223 ss.

[93] F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 401.

dono di qualsivoglia progetto genitoriale sembra che possa essere ritenuta prevalente la logica della disponibilità appropriativa dello Stato quale promotore della ricerca scientifica e tecnica ai sensi dell'art. 9 Cost., anche eventualmente con il consenso della coppia coinvolta nel trattamento di PMA, dovendo necessariamente prevalere – almeno in un ordinamento costituzionale democratico fondato sulla norma personalista e sui correlati doveri di solidarietà sociale – la logica (crio)conservativa della vita dell'embrione [94], posto che l'inderogabilità del principio di tutela della vita contempli anche, in situazioni estreme, la differenza tra lasciar morire e uccidere [95].

8. – In disparte la questione dell'ammissibilità della destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni soprannumerari, occorre senz'altro rilevare che in effetti la legge nulla dispone in positivo circa la sorte da riservare ad essi e per i quali – stante il divieto di soppressione degli embrioni – non sembra esservi altra via che quella della crioconservazione fino alla naturale estinzione, peraltro di difficile determinazione allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, e quindi *sine die*.

Di qui l'urgenza di un'integrazione della l. n. 40/2004, avvertita invero già a un anno dalla sua entrata in vigore dal Comitato Nazione per la Bioetica, che attraverso uno specifico documento ha indagato la possibilità etica e giuridica della c.d. "adozione per la nascita" [96], quale pratica che consente di offrire agli embrioni soprannumerari la possibilità di nascere posto che "il diritto alla nascita non può che prevalere su ogni considerazione etica e giuridica in senso contrario, che pur metta in corretta evidenza i non piccoli problemi che scaturiscono da questa soluzione" [97].

---

[94] G. Di Rosa, *Scienza*, cit., 613.

[95] Così G. Razzano, *Corte*, cit., 236 ss., secondo cui "la scelta di elevata discrezionalità" sarebbe stata già compiuta dal legislatore che, tra le tante opzioni, ha scelto di "subordinare il principio di utilità a quello di rispetto incondizionato di ogni essere umano vivente", ed "[a]veva scelto, altresì, di subordinare a quest'ultimo anche il principio dell'autonomia individuale dei soggetti che, accedendo alle tecniche, avviano "la produzione" di embrioni e ne decidono il destino (impianto, selezione, crioconservazione, donazione), ritenendo "soggetto" anche il concepito. Ha scelto, inoltre, di non focalizzare il ragionamento sulla previsione per cui gli embrioni moriranno comunque, ma all'azione in sé e per sé considerata: quella di poter usare o meno esseri umani viventi per la ricerca".

[96] Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A.)*, 18 novembre 2005, in *http://bioetica.governo.it/media/3110/p68_2005_adozione-embrioni-apn_it.pdf*.

[97] F. D'Agostino, *Presentazione*, in Comitato Nazionale per la Bioetica, *L'adozione*, cit., 2. In argomento cfr. D. Carusi, *La Corte*, cit., 308 ss.; Id., *La "donazione per la nascita" degli embrioni soprannu-*

Premesso infatti che all'embrione umano, quale appartenente alla specie umana che ha in sé il principio di vita, debba essere riconosciuto uno statuto comprensivo della tutela della dignità umana e del diritto alla vita riconducibile all'art. 2 Cost., l'ordinamento giuridico non può che proteggerne e salvaguardarne il pieno sviluppo con la finalità primaria dell'ottenimento della nascita e con l'esclusione nei suoi confronti di qualsivoglia comportamento che sarebbe avvertito come discriminatorio se riferito a individui umani (art. 3 Cost.) [98].

L'espressione "adozione per la nascita" rievoca, sia pure con riferimento agli embrioni soprannumerari, la disciplina dell'adozione di minori di cui alla l. 4 maggio 1983, n. 184, ora per la mera nomenclatura ora per le evidenti ragioni di solidarietà che muovono chi decida di accogliere un embrione abbandonato, portandolo a nascita ed offrendogli una (nuova) famiglia in cui crescere.

Tuttavia si riscontrano anche taluni profili di differenziazione che pare opportuno mettere in evidenza.

La disciplina dell'adozione di minori che prevede una rigorosa procedura volta a verificare l'idoneità degli adottandi, per i quali sono previsti precisi requisiti, al fine di garantire un corretto sviluppo psico-fisico del minore, trova la sua ragion d'essere – sebbene ormai da tempo se ne auspichi una riforma complessiva – nella situazione psico-fisica estremamente delicata in cui si trova il minore adottando, che ha già subìto il trauma dell'abbandono e del distacco dalla sua famiglia naturale, solitamente affidato a qualche istituto o struttura pubblica. Nel caso degli embrioni soprannumerari, invece, sebbene il distacco tra identità genetica e "biografica" non sia del tutto privo di ricadute sotto il profilo dell'integrità psico-fisica del nato, non può nondimeno sottacersi che l'evento traumatico del distacco sia ben più ridimensionato, sia per ragioni di minore sofferenza conseguenti alle sue particolari condizioni, sia perché – sotto il profilo più strettamente biologico – l'embrione è comunque portato a nascita attraverso l'impianto nell'utero della

merari, in *Biodiritto*, 2012, 5 ss.; ID., *In vita, «in vitro», in potenza. Verso una donazione dell'embrione sopranumerario?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 333 ss.; M. CASINI-C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'"adozione per la nascita"*, in *BioLaw Journal*, 2014, 135 ss.; F. MANTOVANI, *Embrioni crioconservati: quale futuro?*, in *La giustizia penale*, 2014, 65 ss.; M.G. CABITZA, *Lo statuto*, cit., 643 ss.; R. LANDI, *L'incerto destino degli embrioni soprannumerari*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 917 ss.; F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 402 ss., S.P. PERRINO, *Embrio-adozioni,* a brave new world*?*, in *giustiziacivile.com*, 2021 (pubblicazione online); nonché i saggi contenuti in AA.VV., *Embrioni crioconservati: quale futuro?, Atti del X Congresso nazionale dell'associazione Scienza & Vita, Roma 23-24 novembre 2012*, Cantagalli, 2013.

[98] Cfr. A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo*, cit., 5 ss.

madre che lo accoglie come figlio e insieme alla quale vive il rapporto simbiotico della gravidanza fino alla (e quindi già prima della) sua venuta al mondo [99].

Tale ultimo profilo merita di essere ulteriormente valorizzato attraverso la considerazione secondo la quale molti ordinamenti giuridici e, in particolare, il nostro fondano la maternità sul fatto biologico della gestazione e del parto, individuando quindi in esso – piuttosto che nel dato genetico – il criterio principe per l'attribuzione della maternità [100]. La legge, infatti, ribadisce che la maternità è dimostrata provando l'identità di colui che si pretende essere il figlio e di colui che fu partorito dalla donna che si assume essere la madre (art. 269, comma 3, c.c.), sebbene debba ritenersi questa non costituisca l'unica prova ammissibile della filiazione perlomeno in mancanza della menzionata dimostrazione [101].

---

[99] COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione*, cit., 4 s.

[100] Cfr. A. RENDA, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Giappichelli, 2008, *passim*.

[101] Tale criterio, ordinariamente operante nei casi di naturale coincidenza tra legame genetico e legame biologico-gestazionale tra la madre e il nato, è stato ritenuto applicabile anche nell'ipotesi in cui, sia pure accidentalmente, si verifica una dissociazione tra la donna il cui ovulo è stato fecondato e alla quale, dunque, il nato è geneticamente riconducibile e la donna che abbia condotto la gravidanza e generato attraverso il parto. Il riferimento è al caso dello scambio di embrioni avvenuto presso l'ospedale Pertini di Roma: nell'attuare la fecondazione omologa di una coppia coniugata erano stati erroneamente impiantati nell'utero della donna embrioni formati con gameti di una differente coppia. Alla nascita i gemelli hanno conseguito lo stato di figli della partoriente e del di lei marito, ma tale attribuzione di genitorialità era stata contestata dalla coppia i cui embrioni erano stati erroneamente impiantati, i quali vantavano il diritto di vedersi riconosciuti quali genitori genetici. Il Tribunale di Roma ha confermato lo stato di filiazione risultante dagli atti di nascita e rigettato le pretese dei soggetti i cui gameti avevano formato gli embrioni erroneamente impiantati, così Trib. Roma, 10 maggio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 2109 ss., con nota di L. PASCUCCI, *L'errore nell'impianto di embrioni: l'eccezionalità del caso entro od oltre i paradigmi legali esistenti?;* in *Fam. dir.*, 2016, 680 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Fecondazione accidentalmente eterologa e tutela dell'interesse del minore*. Sul medesimo caso, nell'ambito del procedimento cautelare, Trib. Roma, 8 agosto 2014, in *Dir. pers. fam.*, 2015, 186 ss., con nota di M. BIANCA, *Il diritto del minore ad avere due soli genitori: riflessioni a margine della decisione del Tribunale di Roma sull'erroneo scambio degli embrioni*; in *Fam. dir.*, 2014, 929 ss., con nota di M.N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 1110 ss., con nota di A. SCALERA, *"*Mater semper certa est*?" Considerazioni a margine dell'ordinanza sullo scambio di embrioni*; in *Giur. it.*, 2015, 319 ss., con nota di A. MENDOLA, *Scambio di embrioni tra verità genetica e genitorialità biologica*; in *Dir. succ. fam.*, 2015, 197 ss., con nota di A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa*. In argomento si vedano, inoltre, A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 242 ss.; I.A. CAGGIANO, *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione dello* status *di figlio: il caso emblematico dell'ospedale Pertini*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 299 ss.; V. CAREDDA, *Scambio di embrioni e titolo di paternità e maternità*, in *giustiziacivile.com*, 2014; C. CIRAOLO, *Brevi note in tema di procreazione medicalmente assistita e regole determinative della genitorialità*, in *juscivile.it*, 2014, 485 ss.; E. PODDIGHE, *Lo scambio di embrioni fra Salomone, Mosé, Pilato e Giuseppe*, in *giustiziacivile.com*, 2014; S. AGOSTA, *Quando l'eterologa è inaspettata: il*

L'adozione per la nascita, inoltre, non deve essere sovrapposta ad altri tipi di pratiche come la fecondazione eterologa e la surrogazione di maternità, rispetto alle quali presenta profili di sicura differenziazione. Con riferimento alla prima, se è vero che nell'adozione per la nascita parimenti all'ipotesi della fecondazione eterologa si verifica un distacco tra identità genetica e identità "biografica" del nato, mentre nel caso della fecondazione eterologa ciò è direttamente determinato dall'applicazione della tecnica volta a realizzare la fecondazione con l'apporto genetico di una o due persone esterne alla coppia che accede alle tecniche col precipuo fine di avere un figlio, nel caso dell'adozione per la nascita l'applicazione della tecnica interviene successivamente alla fecondazione al fine di consentire lo sviluppo di un embrione già formato con evidente prevalenza delle ragioni solidaristiche di portare a nascita un embrione soprannumerario rispetto a quelle, egoistiche in senso lato, di aver un figlio.

Con riferimento alla surrogazione di maternità è evidente che, sebbene in entrambe le ipotesi la gravidanza sia portata avanti da una donna diversa da quella cui appartiene l'ovocita che è stato fecondato, nell'adozione per la nascita la gestante accoglie in grembo, nel proprio grembo, un embrione "altrui" al fine però di assumerne l'ufficio genitoriale e senza, peraltro, che il suo intervento sia stato preventivato all'atto della fecondazione.

Dell'adozione di minori l'adozione per la nascita condivide innanzitutto il presupposto iniziale ossia lo stato di abbandono dell'adottando, qui quindi dell'embrione.

Lo stato di abbandono dell'embrione, quale presupposto della pratica di APN, dovrebbe essere accertato in base a rigorosi criteri fissati dalla legge. Esso potrebbe essere individuato nei casi di "rinuncia all'impianto" da parte della donna, aspirante madre secondo il progetto procreativo originario [102].

---

preminente interesse del minore quale criterio di reductio ad unum *dei (troppi) frammenti di maternità*, in *Consulta OnLine*, 2014; D. CORVI, *Lo scambio di embrioni nelle diverse esperienze giuridiche*, in *Vita not.*, 2014, 701 ss.

[102] Non potrebbe essere espressa una rinuncia ugualmente valida da parte dell'aspirante padre, la cui opposizione all'impianto – intervenuta la fecondazione dell'ovulo – non può assumere rilievo alcuno. Neppure l'intervenuta separazione tra i coniugi, successivamente alla fecondazione dell'ovulo, consente di attribuire rilievo al dissenso espresso dall'aspirante padre. Così Trib. Santa Maria Capua Vetere, 27 gennaio 2021, in *giustiziacivile.com*, 2021, con note di A. BOSSO, *Irrevocabilità del consenso alla procreazione medicalmente assistita e tutela dell'embrione*, e di S.P. PERRINO, *L'utilizzo degli embrioni crioconservati dopo la separazione coniugale*; in *Fam. dir.*, 2021, 940 ss., con nota di A. MENDOLA, *Tutela della vita prenatale e limiti all'autodeterminazione procreativa nella crisi coniugale*. Al riguardo occorre tuttavia rilevare che la Corte EDU, rimettendosi al margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri, non ha rinvenuto una violazione della Convenzione nel divieto di utilizzo degli embrioni per finalità riproduttive in mancanza di assenso da parte dell'altro partner. Così CEDU, Grande Camera, 10 aprile 2007, ricorso n.

La "Relazione finale" della Commissione ministeriale incaricata di individuare gli strumenti giuridici più idonei a risolvere la questione degli embrioni crioconservati nei centri di PMA [103] distingueva due ipotesi di rinuncia all'impianto da parte della madre: in primo luogo la rinuncia motivata da una situazione di inesigibilità o di ineseguibilità dell'obbligo dell'impianto [104]; in secondo luogo la rinuncia meramente volontaria all'impianto, integrante inadempimento – sebbene non coercibile – dell'obbligo di cui all'art. 6, comma 3, l. n. 40/2004.

Nel caso della rinuncia meramente volontaria, la rinuncia espressa o tacita all'impianto non dovrebbe consentire per ciò solo la dichiarazione dello stato di abbandono degli embrioni. Essa, infatti, contrasta con la regola dell'irrevocabilità del consenso all'applicazione delle tecniche successivamente alla fecondazione dell'ovulo, che si traduce in un obbligo legale all'impianto. Sarebbe incoerente la preclusione dell'adempimento tardivo di un obbligo di legge ovvero della revoca della rinuncia al medesimo, specie se incoercibile né diversamente sanzionato. Pertanto la previsione dell'irrevocabilità della rinuncia dovrebbe essere perlomeno integrata da un elemento oggettivo, come la fissazione di un termine massimo per la richiesta di impianto, eventualmente ancorata a valutazioni di carattere medico scientifico [105].

6339/05, *Evans v. Regno Unito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1238 ss.; sulla pronuncia si veda L. BOZZI, *Il consenso*, cit., 225 ss.

Avvenuta la fecondazione dell'ovulo, peraltro, la donna conserva intatto il suo diritto – meglio obbligo, sia pure non coercibile – all'impianto anche in caso di decesso del partner. Così Trib. Lecce, 24 giugno 2019, in *Fam. dir.*, 2020, 949 ss., con nota di I. BARONE, *Procreazione* post mortem *e* status filiationis; Trib. Bologna, 16 gennaio 2015, in *Fam. dir.*, 2015, 488 ss., con nota di A. SCALERA, *Sulla legittimità dell'impatto* post mortem *di embrioni crioconservati*; Trib. Palermo, 8 gennaio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, 225 ss., con nota di E. PALMERINI, *La sorte*, cit., e di F.D. BUSNELLI, *Postilla*.

[103] Relazione finale 8 gennaio 2010 della Commissione di Studio sugli Embrioni crioconservati nei centri di P.M.A. nominata con Decreto del Ministro del Lavoro della Salute e delle Politiche Sociali il 25 giugno 2009, in *http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegatoDoc.pdf.*

[104] Con la precisazione secondo cui l'impianto diventa inesigibile quando determina un pericolo per la salute della donna, certificato da un medico; diventa ineseguibile quando, in base a esclusivi criteri di perizia medica, esso sia da ritenere inappropriato o futile (p. 2). Peraltro, nel primo caso, il pericolo non potrebbe che essere sopravvenuto, perché se fosse stato rilevabile fin dall'inizio della procedura di PMA la coppia (*rectius* la donna) non avrebbe dovuto, dopo le doverose indagini mediche preliminari, essere sottoposta alle pratiche di procreazione assistita implicanti la creazione di embrioni *in vitro* (p. 2, n. 2).

[105] Come ad esempio l'età dei componenti della coppia che ricorre alle tecniche di PMA. In tal senso cfr. la Relazione finale 8 gennaio 2010, cit., 3, in particolare n. 3, in cui la Commissione rileva che "la l. 40/2004 – a differenza di quella sulla adozione dei minori (il cui art. 6^3 prevede che l'età degli adottanti debba superare di almeno 18 e di non più di 45 anni l'età dell'adottando) – non prevede un limite alla differenza di età tra i genitori e il figlio. Tale limite dovrebbe essere previsto ai fini dell'accesso alle tecniche, ma, anche nei casi in cui esso venisse rispettato al momento dell'accesso alle tecniche, potrebbe essere superato in seguito, per il mancato impianto degli embrioni prodotti".

Agganciare la dichiarazione dello stato di abbandono dell'embrione ad una valutazione tecnica, di natura medico-scientifica, consentirebbe inoltre di risolvere l'ipotesi tutt'altro che improbabile della contrarietà dei genitori biologici all'APN, sia pure espressa unitamente alla rinuncia ad ogni futuro progetto parentale: integrato il menzionato requisito, gli embrioni soprannumerari potrebbero essere coinvolti in una procedura di APN senza che a tal fine possa assumere alcun rilievo l'eventuale contraria volontà dei genitori, ai quali certamente non può essere riconosciuto alcun potere di disposizione "contro" l'interesse dell'embrione alla nascita, secondo un inaccettabile modello proprietario [106].

Deve essere certamente esclusa, in modo rigoroso, la commercializzazione nonché qualsivoglia possibilità di lucro nell'ambito della pratica in esame poiché non sarebbe compatibile con le ragioni sottese alla tutela della dignità umana dell'embrione che, diversamente, diverrebbe vittima di un intollerabile processo di reificazione.

Similmente appare preferibile non ricorrere all'espressione "donazione per la nascita", in vece di "adozione", stante il rischio di far scivolare la destinazione alla nascita dell'embrione soprannumerario in una prospettiva contrattualistica che trasformerebbe il medesimo da soggetto in oggetto di un inammissibile "potere di destinazione" della madre o dei genitori, o anche dello Stato laddove fosse prevista una sorta di "nazionalizzazione" degli embrioni soprannumerari [107], volto a decidere della sorte degli embrioni soprannumerari ora nel senso della loro nascita per il tramite di altre coppie secondo il modello dell'APN ora, secondo altre prospettazioni [108], nel senso della destinazione dei medesimi alla ricerca scientifica [109].

Le procedure di individuazione degli embrioni destinati all'APN dovrebbero essere organizzate secondo protocolli atti a garantire da un lato l'anonimato dei genitori biologici e degli adottanti, dall'altro la conoscenza per il futuro nato del suo patrimonio gene-

---

[106] L. EUSEBI, *Crioconservazione e adottabilità degli embrioni umani*, in AA. VV., *Embrioni*, cit., 63, in particolare n. 12. L'Autore ravvisa "un'analogia con quanto previsto dall'art. 2, co. 1, lett. *n*, della l. n. 219/2012 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*), il quale delega il Governo alla «specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli con riguardo alla provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali *in un tempo ragionevole* da parte dei genitori»".

[107] D. CARUSI, *La Corte*, cit., 310.

[108] *Ex multis* Camera dei Deputati, Proposta di l. n. 2592, 31 luglio 2014, *Disposizioni sulla donazione di gameti e di embrioni per fini riproduttivi o di ricerca scientifica*, in *http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0025560.pdf*; Senato della Repubblica, Disegno di l. n. 1608, 9 settembre 2014, *Disciplina della donazione di gameti ed embrioni per fini riproduttivi o per la ricerca scientifica*, in *http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00814638.pdf.*

[109] A. NICOLUSSI, *Verso l'adozione per la vita degli embrioni abbandonati?*, in AA.VV., *Embrioni*, cit., 67.

tico sotto il profilo della tutela del diritto alla salute (ad esempio per la prevenzione e la cura di malattie che potrebbero insorgere in futuro), nonché a fornire ai soggetti che vi accedono una compiuta informazione in ordine, oltre che alla procedura cui si sottopongono, agli effetti giuridici della loro decisione, in primo luogo allo *status* del nato a seguito della APN equiparato a quello dei nati da PMA e quindi di figlio della coppia.

9. – All'embrione umano, in quanto appartenente nella sua individualità alla specie umana e nella sua qualità di "vivente" in quanto dotato della possibilità di vita e della capacità di sviluppare in persona umana, non può che competere il riconoscimento della dignità umana quale "superprincipio" costituzionale [110].

È in tal senso che la "produzione" di embrioni è ammessa – esclusivamente nell'ambito dell'applicazione delle tecniche di PMA – al fine della naturale destinazione del "vivente" alla nascita.

Come rilevato, non può nondimeno sottacersi l'esistenza di diverse categorie di embrioni ormai private di un progetto procreativo e in relazione alle quali, allo stato dell'arte, non vi è altra destinazione se non quella alla crioconservazione *sine die*, prioritariamente giustificata dall'esigenza di evitare la morte dell'embrione quando l'impianto nell'utero materno si rilevi nell'immediato – invero anche successivamente – non praticabile.

È pertanto la qualità di "vivente" dell'embrione umano e, quindi, la sua capacità di svilupparsi e di divenire persona umana ad imporre nella misura del possibile la destinazione alla sopravvivenza degli stessi [111]. Di qui la necessità di interrogarsi sulla possibilità di strumenti giuridici idonei a realizzarla anche e specialmente con riferimento agli embrioni privati dell'originario progetto procreativo, in seno al quale furono prodotti con l'intervento della tecnica – sia pure nonostante l'obbligatorietà (incoercibile) dell'impianto –, anche attraverso l'accoglienza degli stessi in un nuovo progetto procreativo puramente solidaristico.

Non si vuole certo trascurare l'esistenza di particolari "categorie" di embrioni crioconservati la cui impiantabilità nell'utero materno presenta maggiori di profili di problematicità, ora oggettivi ora "soggettivi". Nel primo senso vengono in rilievo gli em-

[110] V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè, 2018, 63 ss. Cfr. G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, 2015, 48 ss.; F.D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1071 ss.

[111] Cfr. F. D'AGOSTINO, *Presentazione*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione*, cit., 2.

brioni rispetto al cui stato non venga riconosciuta l'"idoneità all'impianto" ovvero l'"opportunità dell'impianto" a seguito di un giudizio biologico-clinico elaborato sulla base dell'osservazione microscopica di anomalie di sviluppo *in vitro* [112], rispetto ai quali, unicamente, potrebbe parlarsi propriamente di "non impiantabilità". Nel secondo senso vengono in rilievo gli altri casi di mancato impianto, tra cui quelli degli embrioni scartati a seguito di diagnosi preimianto in quanto affetti da gravi anomalie o malformazioni e degli embrioni non biopsabili a tal fine per le loro caratteristiche e quindi scartati per il dubbio che possano essere affetti da gravi anomalie o malformazioni che esporrebbero la gestante al rischio di una successiva interruzione volontaria di gravidanza; i primi sono esclusi dall'impianto in forza di una sorta di interruzione volontaria di gravidanza "preventiva", i secondi a fronte della mancata assunzione del rischio da parte della coppia che accede alla PMA di affrontare una gravidanza che potrebbe essere poi interrotta in ragione dello stato di salute del feto [113].

Solo la categoria degli embrioni non oggettivamente impiantabili potrebbe essere legittimamente esclusa dall'APN, laddove fosse scientificamente dimostrata l'impossibilità per tali embrioni di svilupparsi e giungere a nascita a causa delle loro caratteristiche intrinseche, mentre con riferimento alle altre categorie di embrioni – sia pure in presenza di embrioni soprannumerari il cui impianto consentirebbe maggiori possibilità di successo della gravidanza, ad esempio perché non affetti da anomalie o malformazioni – qualsiasi tipo di selezione preventiva dei medesimi ai fini dell'APN sarebbe da escludere, non potendo essere ammessa alcuna forma di discriminazione in ragione delle condizioni personali del nascituro [114].

Nella stessa direzione occorrerebbe indagare l'opportunità di escludere, nell'ambito della tecnica in esame, l'applicazione dell'art. 4 della l. n. 194/1978 a fronte della particolare serietà e consapevolezza – a seguito peraltro dell'adempimento di idonei obblighi di informazione da parte del personale medico-sanitario – che dovrebbe caratterizzare la scelta di chi decida di accedere all'APN, specie in ragione della prioritaria finalità della stessa, relativa alla tutela del diritto alla sopravvivenza degli embrioni soprannumerari.

---

[112] Postilla a firma di A. BOMPIANI ET. AL., in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino*, cit., 10.

[113] Sia pure operando una evidente inversione di *ratio* della l. n. 194 del 1978.

[114] Senza con ciò voler trascurare la circostanza per la quale, in tal modo, sarebbe consentito agli aspiranti genitori, parti del progetto procreativo originario, di "scartare" embrioni a seguito di diagnosi preimpianto, mentre al medesimo risultato non potrebbe giungere chi, spinto da motivazioni marcatamente solidaristiche, decida di accedere all'APN. La ragionevolezza di una simile limitazione sembra potersi giustificare al fine di escludere in radice qualsiasi forma di discriminazione in ragione delle condizioni personali di ciascun essere umano.

Certamente dovrebbe ritenersi consentita, invece, l'interruzione volontaria di gravidanza nei casi previsti dall'art. 6 della l. n. 194/1978, venendo qui in rilievo un grave pericolo per la vita ovvero per la salute fisica o psichica della donna.

Con riferimento almeno agli embrioni non impiantabili in senso stretto riaffiora la questione della loro "utilità" ai fini della ricerca scientifica: se è vero che non *servono* alla vita, possono *servire* alla scienza (*rectius* al miglioramento del benessere altrui)? Se ad essi è preclusa la possibilità di *nascere con dignità* è doverosa o quanto meno ragionevole la previsione di strumenti giuridici idonei a consentire agli stessi di *morire con dignità*?

A tali interrogativi non pare potersi offrire che una soluzione negativa. Infatti l'accertamento della "non impiantabilità" di un embrione, quale giudizio scientifico che scaturisce da evidenti segni di irrimediabile patologia spesso provocata dalle tecnologie stesse, non coincide con l'accertamento della "morte" dell'embrione, e pertanto non sembrerebbe poter giustificare la destinazione del "vivente" alla ricerca scientifica [115].

In senso contrario non è mancata l'autorevole proposta secondo cui, in assenza della possibilità scientifica di diagnosticare la morte o comunque la perdita di vitalità degli embrioni crioconservati, il legislatore dovrebbe farsi carico dell'onere della fissazione di un termine legale che consenta l'"accertamento pubblico" della "morte" dell'embrione [116], sulla scia della soluzione adottata dal legislatore francese [117]. Per tale via, indub-

---

[115] Postilla a firma di A. BOMPIANI ET. AL., in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino*, cit., 11, secondo cui "l'accertamento della "non impiantabilità" di un embrione umano, quale giudizio scientifico che scaturisce da evidenti segni di irrimediabile patologia spesso provocata dalle tecnologie stesse, non coincide con l'accertamento della "morte" dell'embrione: non esistendo criteri scientificamente rigorosi per equiparare la "non impiantabilità" alla "morte", non è eticamente giustificabile la sperimentazione e la distruzione di embrioni ritenuti "non impiantabili", così come la diagnosi di una malattia inguaribile o l'imminenza della morte non giustifica sperimentazioni cliniche non terapeutiche sul paziente stesso. Non essendo, allo stato attuale, realisticamente ipotizzabile una ricerca sugli embrioni "non impiantabili" che abbia anche valore terapeutico nei loro confronti – cioè che consenta loro di riprendere a svilupparsi regolarmente e divenire pertanto "impiantabili" – non appare eticamente lecito "donare" questi embrioni per una sperimentazione che faccia progredire le conoscenze biologiche di base o applicate alla terapia cellulare attraverso la loro manipolazione e la loro distruzione. Gli embrioni "non impiantabili", pur se caratterizzati da gravi anomalie, sono esseri umani a pieno titolo, allo stadio iniziale del loro sviluppo, e possiedono di conseguenza una assoluta dignità che ci impone di rispettarne e di proteggerne sempre la vita".

[116] F.D. BUSNELLI, *"Vite nascenti"*, cit., 29; ID., *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 403. È tuttavia doveroso rilevare lo sforzo di una soluzione sofferta: "In ogni caso, l'embrione non gradito, malato, abbandonato, dimenticato, proprio in quanto soggetto giuridico e come tale titolare di diritti soggettivi, non potendo più ambire a nascere con dignità, deve essere messo in condizione di ''morire'' con dignità. Non è, questa, una conclusione che possa far gridare allo scandalo e inquietare o, addirittura, ripugnare alla coscienza. Inquietante potrebbe essere, semmai, la ragione del suo 'sacrificio'".

biamente, attraverso la previsione di un accertamento "legale" – non scientifico – della morte dell'embrione, sarebbe possibile superare l'*impasse* dell'inaccettabile destinazione del "vivente" alla ricerca scientifica, nonché evitare che la destinazione alla ricerca scientifica degli embrioni possa configurarsi quale "fonte privata" di soppressione dei medesimi laddove – negata la soggettività dell'embrione – l'intera vicenda fosse ridotta ad una mera manifestazione della libertà di autodeterminazione degli asseriti genitori, unici soggetti ritenuti giuridicamente titolari di diritti soggettivi [118].

Verrebbe così a configurarsi una sorta di destinazione *post mortem* dell'embrione alla ricerca scientifica secondo protocolli di ricerca debitamente autorizzati, in consonanza con quanto previsto dalla l. 10 febbraio 2020, n. 10 ("Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti *post mortem* a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica") [119].

Sebbene risulti estremamente apprezzabile lo sforzo di superare l'"utopia" [120], cui pure auspicava la Commissione ministeriale di studio sugli embrioni crioconservati nei centri di PMA, secondo cui la crioconservazione può essere interrotta, oltre che per destinare alla nascita l'embrione, unicamente nel caso in cui sia possibile accertarne scientificamente la morte naturale o la perdita di vitalità come organismo [121], una simile solu-

---

[117] Per un approfondimento si veda A. CIONI, *La riforma di bioetica francese e la ricerca sull'embrione. Verso un nuovo bilanciamento di interessi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 525 ss.

[118] F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 403.

[119] Cfr. G. DI ROSA, *La disposizione del proprio corpo* post mortem *a fini didattici e scientifici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 843 ss.; ID., *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo* post mortem, in *Europa dir. priv.*, 2020, 1179 ss.; L. GHIDONI, *Prime riflessioni sulle disposizioni della salma*, in *Fam. dir.*, 2020, 523 ss.; M. GHIONE, *Luci e ombre della l. n. 10/2020 in materia di disposizione del corpo e dei tessuti* post mortem, in *Familia*, 2020, 457 ss.; F. DI LELLA, *Sulle destinazioni* post mortem *del corpo e dei tessuti umani. Itinerari e nuove prospettive della legge n. 10 del 2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 475 ss.; S. ZULLO, *La donazione del corpo* post-mortem*. Alcune riflessioni a margine della legge n. 10 del 2020*, in *Studium iuris*, 2021, 157 ss. Con riferimento all'applicazione della legge n. 10 del 2020 alle cellule riproduttive e agli embrioni soprannumerari si veda S.P. PERRINO, *Fecondazioni postume e destinazione delle cellule riproduttive alla ricerca*, in *BioLaw Journal*, 2020, 255 ss.

[120] Severa è la critica di F.D. BUSNELLI, *Nascere (o anche morire) con dignità*, cit., 397.

[121] Relazione finale 8 gennaio 2010, cit., 4. Sul punto si veda COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Destino*, cit., 7 ss. Tra le teorie più discusse viene in rilievo quella della c.d. "morte organismica" dell'embrione, il cui accertamento sarebbe correlato a determinate caratteristiche fisiche dell'embrione che ne impediscono irreversibilmente lo sviluppo, pur restando vitali alcune sue cellule. Tale teoria, non ancora consolidata nel mondo scientifico, per accertare la morte degli embrioni, farebbe uso, in ogni caso, di segni "probabilistici" e non di certezze, che potrebbero avere un rilievo non trascurabile nella decisione di utilizzare gli embrioni per scopi diversi da quelli del trasferimento a fini procreativi. Cfr. D.W. LANDRY-H.A. ZUCKER, *Embryonic death and the creation of human embryonic stem cells*, in *Journal of Clinical Investigation*, 2004, vol. 114, 1184-1186; C. HOLDEN, *Stem cells. Scientists create human stem cell line from*

zione rischia però di finire per assecondare progetti incompatibili con l'impegno consegnato alla Carta costituzionale di promuovere sempre e comunque il valore sovrautilitaristico della vita umana attraverso un formalismo giuridico che, privo di fondamento scientifico, assumerebbe le fattezze di un mero *escamotage*.

L'embrione, in ragione della sua intrinseca dignità e del suo diritto alla vita, deve essere protetto e salvaguardato con la finalità primaria dell'ottenimento della nascita, occorrendo in tal senso indagare tutti gli strumenti giuridici idonei a realizzare tale possibilità, posto che il diritto alla nascita non possa che prevalere su ogni considerazione etica e giuridica in senso contrario [122].

Anche laddove all'embrione non possa essere garantita la possibilità di raggiungere il "traguardo" della nascita, un ordinamento democratico fondato sulla norma personalista che non voglia rinnegare se stesso non potrebbe mai tollerare che, confondendo ciò che è degno con ciò che è utile, si dia copertura giuridica a qualsivoglia progetto che – sia pure finalizzato all'obiettivo della promozione del benessere generale e del miglioramento delle condizioni di salute della collettività, certamente meritevole di massima considerazione – individui nell'essere umano, in qualsiasi singolo essere umano, non il fine ma il mezzo per conseguire il suo scopo [123].

'dead' embryos, in *Science*, 2006, Sep. 29, vol. 313 n. 5795, 1869; R.M. GREEN, *Can we develop ethically universal embryonic stem-cell lines?,* in *Nat. Rev. Genet*., 2007, 8 (6), 480-485.

[122] F. D'AGOSTINO, *Presentazione*, in COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *L'adozione*, cit., 2.

[123] Cfr. G.M. FLICK, *Elogio*, cit., 25 ss.

CASS. CIV., SEZIONI UNITE, SENTENZA 18 SETTEMBRE 2020, N. 19597

La disciplina antiusura, essendo volta a sanzionare la promessa di qualsivoglia somma usuraria dovuta in relazione al contratto, si applica anche agli interessi moratori, la cui mancata ricomprensione nell'ambito del Tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.) non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali di cui all'art. 2, comma 1, della l. n. 108 del 1996, ove questi contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali; ne consegue che, in quest'ultimo caso, il tasso-soglia sarà dato dal T.e.g.m., incrementato della maggiorazione media degli interessi moratori, moltiplicato per il coefficiente in aumento e con l'aggiunta dei punti percentuali previsti, quale ulteriore margine di tolleranza, dal quarto comma dell'art. 2 sopra citato, mentre invece, laddove i decreti ministeriali non rechino l'indicazione della suddetta maggiorazione media, la comparazione andrà effettuata tra il Tasso effettivo globale (T.e.g.) del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori, e il T.e.g.m. così come rilevato nei suddetti decreti. Dall'accertamento dell'usurarietà discende l'applicazione dell'art. 1815, comma 2, c.c., di modo che gli interessi moratori non sono dovuti nella misura (usuraria) pattuita, bensì in quella dei corrispettivi lecitamente convenuti, in applicazione dell'art. 1224, comma 1, c.c.; nei contratti conclusi con i consumatori è altresì applicabile la tutela prevista dagli artt. 33, comma 2, lett. f) e 36, comma 1, del d.lgs. n. 206 del 2005 (codice del consumo), essendo rimessa all'interessato la scelta di far valere l'uno o l'altro rimedio.

In tema di contratti di finanziamento, l'interesse ad agire per la declaratoria di usurarietà degli interessi moratori sussiste anche nel corso dello svolgimento del rapporto, e non solo ove i presupposti della mora si siano già verificati; tuttavia, mentre nel primo caso si deve avere riguardo al tasso-soglia applicabile al momento dell'accordo, nel secondo la valutazione di usurarietà riguarderà l'interesse concretamente praticato dopo l'inadempimento.

Nelle controversie relative alla spettanza e alla misura degli interessi moratori, l'onere della prova, ai sensi dell'art. 2697 c.c. si atteggia nel senso che il debitore che intenda dimostrare l'entità usuraria degli stessi è tenuto a dedurre il tipo con-

trattuale, la clausola negoziale relativa agli interessi moratori e quelli applicati in concreto, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato e gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento, mentre la controparte dovrà allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto.

…Omissis…

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. – Con sentenza del 30 luglio 2014, la Corte d'appello di Genova ha respinto le impugnazioni, principale ed incidentale, avverso la decisione del Tribunale della stessa città in data 12 giugno 2008, la quale aveva revocato il decreto ingiuntivo di Euro 18.500,94, oltre interessi al tasso del 17,57% annuo, emesso su istanza della *Omissis* contro P.A. a titolo di rate insolute, capitale residuo, interessi moratori e penale, relativi ad un finanziamento concesso con contratto di credito al consumo stipulato il (*Omissis*), ed aveva condannato quest'ultima al pagamento della minor somma di Euro 12.294,01.

La corte territoriale, per quanto ancora rileva:

a) ha ritenuto ammissibile l'intervento spiegato in appello dalla Banca *Omissis*, in qualità di cessionaria del credito controverso, osservando come i mutamenti susseguitisi nella titolarità del credito non avessero determinato nessuna compressione del diritto di difesa dell'appellata o limitazione alla pienezza del contraddittorio, ed escludendo il carattere vessatorio della clausola contrattuale che autorizzava la cessione dei diritti derivanti dal contratto;

b) ha condiviso il giudizio di primo grado, con riguardo al fatto che il carattere oneroso del mutuo escluda l'applicabilità dell'istituto della decadenza del termine, di cui all'art. 1186 c.c., norma in cui il termine deve essere stato fissato a favore del debitore, ritenendo, dunque, che alla comunicazione della decadenza dal beneficio del termine sia stato correttamente attribuito dal tribunale un effetto risolutivo, anch'esso espressamente previsto dal contratto, né avente portata alternativa rispetto alla suddetta decadenza;

c) ha condiviso anche il giudizio sul carattere vessatorio delle clausole contenute negli artt. 4 ed 8 delle condizioni generali di contratto, le quali impongono al debitore inadempiente l'immediato pagamento di tutte le rate scadute ed a scadere, comprensive d'interessi, nonché dell'ulteriore interesse di mora al tasso dell'1,5% mensile (18% annuo), della penale pari al 30% degli importi insoluti e di un'ulteriore penale di Euro 250,00, e le ha ritenute inefficaci, ai sensi dell'art. 1469-bis c.c., non avendo la società creditrice fornito la prova ex art. 1469-ter c.c., u.c., relativa alla negoziazione delle clau-

sole stesse, onde la debitrice è tenuta al pagamento della sola sorte capitale residua, individuata alla data dell'ultimo pagamento risalente al mese di (*Omissis*);

d) ha confermato, altresì, l'applicabilità della L. 7 marzo 1996, n. 108, agli interessi moratori, in virtù del fatto che il D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, nel fornire l'interpretazione autentica dell'art. 644 c.p. e art. 1815 c.c., comma 2, fa riferimento agli interessi convenuti "a qualunque titolo" ed il criterio di cui alla L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4, è applicabile anche per l'accertamento del carattere usurario degli interessi moratori pattuiti anteriormente all'entrata in vigore del D.M. 25 marzo 2003, che ha provveduto per la prima volta alla rilevazione del tasso di mora, sicché, venendo in rilievo, nella fattispecie concreta, un interesse di mora del 18% annuo (superiore al cd. tasso soglia), la relativa clausola è nulla, ai sensi dell'art. 1815 c.c., comma 2, non rilevando il tasso in concreto applicato, pari al 17,57% annuo, in quanto, da un lato, esso deriva da una clausola comunque nulla, e, dall'altro lato, si tratta di una clausola vessatoria.

2. – Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione, affidato a dieci motivi ed illustrato da memoria, la *Omissis*, in qualità di avente causa della Banca *Omissis*, per effetto della retrocessione del credito precedentemente ceduto.

L'intimata ha resistito con controricorso, parimenti depositando la memoria.

3. – Con ordinanza interlocutoria del 22 ottobre 2019, n. 26946, la prima Sezione ha rimesso la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, sulla questione, sollevata fra le altre nel ricorso, relativa all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori ed alle conseguenze dell'avvenuto superamento del tasso soglia.

Con provvedimento del 24 ottobre 2019 è stata disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti di Banca *Omissis*, già intervenuta nel processo di appello, quale cessionaria del credito. L'integrazione è stata eseguita con atto notificato alla suddetta il 23 dicembre 2019. L'atto è stato notificato "per quanto d'occorrenza" anche alla Ifis Npl s.p.a., cessionaria di ramo d'azienda in data 1 luglio 2018, pur dandosi atto che la retrocessione del credito de quo è anteriore a detto trasferimento.

4. – La causa è, in tal modo, pervenuta alle Sezioni unite. La ricorrente ha depositato la memoria di cui all'art. 378 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – I motivi. Il ricorso propone dieci motivi d'impugnazione, che possono essere come di seguito riassunti:

1) violazione dell'art. 112 c.p.c., avendo la sentenza impugnata – confermata la riqua-

lificazione della decadenza dal beneficio del termine come risoluzione del contratto e reputata non dovuta la quota d'interessi compresa nelle rate insolute – omesso di pronunciare in ordine al motivo d'impugnazione, con cui era stata contestata l'efficacia retroattiva della risoluzione, affermata dalla sentenza di primo grado, posto che, nei contratti di durata quale il mutuo, la risoluzione non opera retroattivamente e non travolge le rate già scadute, le quali devono, pertanto, essere pagate per intero, ivi compresa la quota di interessi in esse inclusa;

2) violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, art. 156 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c., ove il vizio dedotto nel precedente motivo sia meglio così individuabile, in quanto la sentenza impugnata, nell'escludere l'obbligo di pagare per intero le rate scadute in conseguenza della risoluzione del contratto, non ha motivato affatto, avendo accennato alla questione unicamente nella parte in cui ha riconosciuto l'obbligo di corrispondere il solo capitale residuo alla data dell'ultimo pagamento;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 1458 c.c., ove si reputi che la decorrenza della risoluzione ex tunc sia stata implicitamente affermata, posto che allora la sentenza impugnata si porrebbe in contrasto con la predetta disposizione, non avendo considerato che il contratto di finanziamento con rimborso rateale è riconducibile al genus del mutuo, configurandosi pertanto come un contratto di durata, con la conseguenza che le rate scadute e non pagate alla data della risoluzione non restano travolte, ma vanno corrisposte nella loro interezza, ivi compresa la quota d'interessi corrispettivi inclusa nelle stesse;

4) violazione o falsa applicazione dell'art. 1815 c.c., art. 644 c.p., L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, art. 1 convertito dalla L. 28 febbraio 2001, n. 24, e del D.M. n. 22 marzo 2002, avendo la sentenza impugnata esteso agli interessi moratori l'applicabilità della disciplina antiusura: al contrario, essi hanno pacificamente la funzione di risarcire il danno derivante dal ritardo nell'adempimento, sono funzionali all'ordine pubblico economico ed hanno il ruolo di deterrente rispetto all'inadempimento, trovando la loro disciplina nell'art. 1224 c.c., il quale non è stato modificato dalla normativa antiusura e dispone che essi siano comunque dovuti nella misura legale, ma possano anche essere determinati dalle parti, con pattuizione riconducibile alla clausola penale, quindi suscettibile di riduzione ai sensi dell'art. 1384 c.c.; invece, sia l'art. 1815 c.c., sia l'art. 644 c.p. hanno ad oggetto i soli interessi promessi in corrispettivo, con disciplina che non è stata modificata dal D.L. n. 394 del 2000, convertito dalla L. n. 24 del 2001, il quale, nel dichiarare usurari gli interessi dovuti a qualunque titolo se convenuti in misura superiore al tasso soglia, non ha mutato l'ambito applicativo dell'art. 1815 c.c. e art. 644 c.p., avendo natura meramente interpretativa; il contrario orientamento della

giurisprudenza di legittimità trae origine da un obiter dictum contenuto nella sentenza della Corte costituzionale n. 29 del 2002, non avente carattere vincolante, in quanto riguardante esclusivamente l'ammissibilità della questione dalla stessa esaminata; osserva, inoltre, che solo a seguito della predetta pronuncia ha avuto inizio la rilevazione dei tassi medi degli interessi moratori, la quale, come precisato dal D.M. n. 25 marzo 2003, è stata effettuata a fini meramente conoscitivi, e si è comunque arrestata al 2002; in definitiva, la pattuizione di interessi moratori in misura superiore al tasso soglia non comporta la nullità della relativa clausola e l'esclusione dell'obbligo di corrispondere qualsiasi interesse, ma solo l'inefficacia di essa, ai sensi degli artt. 1469-bis e 1469-quinquies c.c., o la possibilità di chiedere la riduzione, ai sensi dell'art. 1384 c.c.;

5) in via subordinata, violazione o la falsa applicazione dell'art. 14 preleggi, della L. n. 108 del 1996, art. 2 e del D.M. 22 marzo 2002, avendo la sentenza impugnata, nel ritenere applicabile la disciplina antiusura, omesso di rilevare che il contratto di finanziamento posto a fondamento della domanda è stato stipulato nel 2002, in epoca anteriore all'emanazione del D.M. 25 marzo 2003, che per primo ha proceduto alla rilevazione del tasso medio degli interessi moratori; essa non ha considerato che l'art. 1815 c.c. e l'art. 644 c.p. hanno natura di norme in bianco, demandando la determinazione del tasso soglia ad altre disposizioni, e segnatamente ai decreti ministeriali previsti dalla L. n. 108 del 1996, art. 2 che non si applicano agli interessi pattuiti in epoca anteriore alla loro emanazione, poiché la disciplina antiusura non ha efficacia retroattiva;

6) violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, art. 156 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c., avendo la sentenza impugnata ritenuto che gli interessi richiesti sulla somma dovuta nella misura del 17,57% siano superiori ad un ipotetico tasso soglia riferito agli interessi moratori, senza affatto spiegarne le ragioni;

7) violazione dell'art. 112 c.p.c., ove il vizio appena esposto integri, invece, omessa pronuncia;

8) violazione dell'art. 132 c.p.c., comma 2, n. 4, art. 156 c.p.c. e art. 118 disp. att. c.p.c., perché, nel ritenere d'ufficio l'inefficacia degli interessi, in quanto oggetto di una ravvisata clausola vessatoria, ha omesso del tutto di motivare al riguardo; del pari, nulla ha argomentato circa la diminuzione dei medesimi, operata dalla stessa banca, alla misura del 17,57%, in linea con il tasso corrispettivo all'epoca consentito dal D.M. 22 marzo 2002; né, infine, ha esposto alcunché in ordine all'eventuale applicabilità degli interessi legali; nemmeno la corte territoriale, nel confermare il carattere vessatorio della clausola contrattuale che stabilisce il tasso degli interessi moratori, in virtù della mancata dimostrazione che la stessa costituisca il frutto di una specifica trattativa, ha considerato che

essa ricorrente non aveva l'onere di proporre impugnazione al riguardo, dal momento che la sentenza di primo grado aveva ritenuto assorbita la questione, in conseguenza della dichiarazione di nullità della clausola per effetto del superamento del tasso soglia;

9) violazione dell'art. 101 c.p.c., perché, nel dichiarare l'inefficacia della clausola che stabiliva il tasso degli interessi moratori, in quanto vessatoria, la corte territoriale ha rilevato d'ufficio la relativa questione, non riproposta da controparte con l'atto di appello, omettendo d'invitare le parti a dedurre sul punto e di assegnare alle stesse un termine per il deposito di memorie;

10) violazione o falsa applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1, art. 1469-bis c.c., comma 3, n. 6, art. 1469-quinquies c.c. e art. 1815 c.c., comma 2, posto che, a seguito dell'accertamento del carattere vessatorio della clausola che stabiliva il tasso degli interessi moratori, la sentenza impugnata non si è limitata a dichiararne l'inefficacia, donde la conseguente applicazione del tasso degli interessi corrispettivi stabilito nel contratto, ma ne ha dichiarato la nullità ai sensi dell'art. 1815 c.c., comma 2.

2. – Ammissibilità della produzione documentale di parte ricorrente. Come già rilevato dalla ordinanza interlocutoria, non ha pregio l'eccezione d'inammissibilità della documentazione depositata unitamente al ricorso, per contrasto con l'art. 372 c.p.c., trattandosi di documenti atti a comprovare la retrocessione del credito azionato in giudizio (Cass. 21 giugno 2017, n. 15414; Cass. 11 dicembre 2013, n. 27762) e delle istruzioni della Banca d'Italia per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai fini della legge sull'usura, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale del 23 agosto 2001 (le quali, sebbene meri atti amministrativi, sono depositate ai fini del rilievo della mancata indicazione degli interessi moratori).

Gli stessi argomenti possono estendersi alla documentazione prodotta dalla ricorrente in una con l'atto di integrazione del contraddittorio nei confronti di Banca *Omissis*, richiesto dalla Corte.

3. – Legittimazione attiva al ricorso. Del pari, vanno condivisi i rilievi contenuti nella ordinanza di rimessione circa la legittimazione al ricorso della *Omissis*, atteso che, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., il processo è proseguito nei gradi di merito anche nei confronti della cedente, non essendone stata disposta l'estromissione ai sensi della norma menzionata, onde (anche indipendentemente dalla retrocessione del credito) alla ricorrente va riconosciuta, già nella qualità di dante causa e parte originaria, la legittimazione ad impugnare la sentenza.

4. – Le questioni. La sentenza impugnata fonda la decisione su di una duplice ratio decidendi: da un lato, la vessatorietà delle clausole sugli interessi moratori, ai sensi degli

artt. 1469-bis ss. c.c., con l'affermata inefficacia delle stesse e la non debenza di nessun interesse, né corrispettivo né moratorio ("può dunque legittimamente esigere dalla P. il solo capitale residuo, individuato alla data dell'ultimo pagamento da lei effettuato, nell'(*Omissis*)": p. 8 della sentenza); dall'altro lato, l'usurarietà di tali interessi per superamento del tasso-soglia, con la, del pari ritenuta, nullità del patto sugli interessi di mora, ai sensi dell'art. 1815 c.c., comma 2.

Entrambe vengono censurate dai motivi proposti. Secondo un ordine logico-giuridico, le questioni poste dal ricorso sono le seguenti:

A) disciplina antiusura ed interessi moratori (motivi da 1 a 7): la questione, che ha motivato la rimessione alla Sezioni unite, consiste nel valutare se la disciplina prevista dall'ordinamento con riguardo agli interessi usurari (art. 1815 c.c. e art. 644 c.p., nonché L. n. 108 del 1996, art. 2, D.L. n. 394 del 2000, convertito dalla L. n. 24 del 2001, e relativi decreti ministeriali, nella specie D.M. 22 marzo 2002) sia estensibile agli interessi moratori; vengono, inoltre, proposte questioni specifiche, concernenti il fatto che il D.M. 22 marzo 2002 non conteneva la rilevazione del tasso medio degli interessi moratori, e la mancata enunciazione, da parte della corte territoriale, delle ragioni del giudizio sulla usurarietà del tasso degli interessi, pur applicato dalla banca nella minor misura del 17,57% (motivi da 4 a 7); rientra in tale tematica anche la debenza residua di interessi, dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento, e, dunque, la questione se sia corretta, in presenza di riscontrata nullità o inefficacia della clausola sugli interessi moratori, la statuizione di un residuo obbligo di pagamento della sola sorte capitale per le rate scadute e a scadere, nonché se esista una motivazione al riguardo;

B) vessatorietà della clausola sugli interessi moratori nei contratti dei consumatori (motivi da 8 a 10): se sia qualificabile come vessatoria la clausola negoziale sugli interessi moratori, previsti in contratto al 18%, pur applicati in concreto nella misura del 17,57%, e se comunque debba trovare applicazione, in ipotesi di inefficacia o nullità della clausola, il tasso degli interessi corrispettivi stabilito nel contratto; nonché, nella specie, se esista una motivazione al riguardo o la violazione del diritto al contraddittorio (cd. terza via). Il primo gruppo di questioni, legate al tema dell'interesse moratorio usurario, viene di seguito affrontato.

5. – Le tesi. I precedenti di questa Corte, gli orientamenti della giurisprudenza di merito ed il dibattito dottrinale inducono al riepilogo degli argomenti spesi dall'una e dall'altra tesi, miranti a ricondurre o no gli interessi di mora – pattuiti dalle parti o determinati unilateralmente dalla banca nell'esercizio del lecito ius variandi – alla diretta applicazione della disciplina antiusura.

Si reputa di riassumere le tesi in modo sintetico, senza necessità di più ampia analisi, attesa la notorietà degli argomenti dall'uno e dall'altro orientamento spesi.

Fin d'ora, peraltro, va esposto il rilievo, secondo cui le Sezioni unite ritengono non dirimente l'argomento letterale, essendo non univoci gli indici relativi; quello storico, perché la disciplina è mutevole ed è mutata nei secoli, né il legislatore è tenuto a porsi in necessaria continuità con le scelte e le nozioni pregresse; quello che si fonda sulla sottrazione del denaro dalla disponibilità del creditore per attribuirlo al debitore, e della conseguente, identica e concreta, capacità di remunerare il mancato godimento d'un capitale, in quanto meramente descrittivo e non ordinante, esprimendo invero l'interesse di mora entrambe le funzioni, remuneratoria e sanzionatoria; quello della mancata rilevazione del tasso di mora nel T.e.g.m. (tasso effettivo globale medio) da parte dei decreti ministeriali, che costituisce un evento meramente accidentale privo di valenza ermeneutica.

In definitiva, il criterio-guida è costituito dalla ratio del divieto di usura e dalle finalità che con esso si siano intese perseguire; fermo restando che le scelte di politica del diritto sono riservate al legislatore, al giudice competendo solo di interpretare la norma nei limiti delle opzioni ermeneutiche più corrette dell'enunciato.

5.1. – La tesi restrittiva. I fautori della tesi restrittiva, che annoverano ampia giurisprudenza di merito, numerosa dottrina e l'Arbitro bancario e finanziario, espongono vari importanti argomenti:

a) lettera delle norme: l'art. 1815 c.c., comma 2, si riferisce ai soli interessi corrispettivi, contemplati pacificamente al comma 1 della disposizione; l'art. 644 c.p., comma 1, incrimina chi si fa "dare o promettere" interessi usurari "in corrispettivo di una prestazione di denaro"; del pari, l'inciso "a qualunque titolo", contenuto nel D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, con riguardo agli interessi da considerare come usurari, è collocato dopo le parole "promessi o convenuti", non immediatamente dopo il termine "interessi", dovendosi quindi riferire ai costi accessori del credito convenuti dalle parti "a titolo" di commissioni, remunerazioni o spese, secondo quanto previsto della disposizione di legge oggetto dell'interpretazione autentica; ancora, il D.L. n. 185 del 2008, convertito dalla L. n. 2 del 2009, nel dettare disposizioni sulla c.m.s., all'art. 2-bis, comma 2, ha affermato che, ai fini delle norme civili e penali sull'usura, rilevano solo "(g)li interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente", con palese riguardo agli interessi corrispettivi, remunerazione rispetto all'utilizzo dei fondi concessi; b) legislatore storico del 2001: i

lavori preparatori non hanno valore normativo, ma di tenue indizio ermeneutico; c) funzione degli interessi: gli interessi corrispettivi hanno funzione remunerativa, i moratori, invece, risarcitoria; vi è, dunque, una netta diversità di causa e di funzione tra interesse corrispettivo ed interesse moratorio, in quanto l'interesse corrispettivo costituisce la remunerazione concordata per il godimento diretto di una somma di denaro, avuto riguardo alla normale produttività della moneta, mentre l'interesse di mora, secondo quanto previsto dall'art. 1224 c.c., rappresenta il danno conseguente l'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria; dunque, i primi sono stabiliti in dipendenza di un equilibrio concordato con riguardo al tempo previsto per la fruizione di una somma di denaro che passa da un soggetto all'altro, mentre i secondi compensano il creditore per la perdita di disponibilità del denaro mai accettata, ma solo subita, oltretutto per un periodo di tempo neppure prevedibile e foriera di costi non del tutto prevedibili neanch'essi. Insomma, se può dirsi pure che, in termini economici, le due categorie si avvicinano, in termini giuridici assai diversa è la causa giuridica dell'attribuzione. Si osserva, inoltre, che gli interessi moratori svolgono una funzione perfettamente lecita, né sono soggetti a giudizio di disvalore, il contrario risultando dal diritto positivo, sia quanto al disposto generale dell'art. 1224 c.c., sia, se si vuole con portata sistematica, dalla stessa disciplina delle operazioni commerciali di cui al D.Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, di attuazione della direttiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, pur intesa ad un evidente favore per le parti deboli.

Infine, ove, in futuro, il D.M. ministeriale contenesse un unico tasso soglia, comprensivo degli interessi moratori, esso sarebbe verosimilmente più alto di quello attuale, con conseguenze pregiudizievoli per il contenimento degli interessi corrispettivi; d) ratio della norma: il fondamento della disciplina introdotta dalla riforma di cui alla L. n. 108 del 1996 non è tanto quello di predisporre uno strumento per calmierare o livellare il mercato del credito, nel senso di tenere basso il "costo del denaro" o attuare una politica di prezzi amministrati, quanto quella di mitigare il "rischio bancario": è una tecnica per sanzionare regolamenti iniqui, pur restando nella logica negoziale; il legislatore non ha inteso indirizzare in modo autoritario ed antinomico, rispetto all'autonomia privata, il mercato dei capitali, ma, nel rispetto del principio, ha mirato al corretto funzionamento del mercato medesimo, attraverso la repressione delle condotte devianti rispetto alle sue dinamiche spontanee, nell'interesse non solo dei finanziati, ma anche degli operatori istituzionali ed, in ultima analisi, della stabilità del sistema; e) evoluzione storica: rileva l'attuale conformazione del diritto positivo, con la distinzione degli interessi a seconda della loro funzione; f) previsione dell'art. 1284 c.c., comma 4: secondo la norma, se "le

parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali": essendo, invero, sovente il tasso della disciplina speciale, di cui al D.Lgs. n. 231 del 2002, art. 5 superiore al tasso-soglia usurario, allora, ai fini dell'usura, non possono rilevare gli interessi moratori convenzionali, perché, altrimenti, la norma ammetterebbe una "usura legale"; g) mancato rilievo degli interessi moratori nel tasso soglia dei D.M.: nelle voci computate dai decreti ministeriali al fine della rilevazione del tasso medio non sono inclusi gli interessi di mora, mentre i due dati – T.e.g. del singolo rapporto e T.e.g.m. determinante il tasso soglia – devono essere omogenei: onde nel T.e.g. del singolo rapporto gli interessi moratori non devono essere conteggiati. Il mancato rilievo degli interessi moratori da parte della autorità amministrativa (cfr. la comunicazione della Banca d'Italia del 3 luglio 2013, Chiarimenti in materia di applicazione della legge usuraria) discende dall'esigenza di non considerare nella media "operazioni con andamento anomalo", le quali potrebbero addirittura, se incluse nel T.e.g., "determinare un eccessivo innalzamento delle soglie, in danno della clientela".

Dunque, il criterio dei tassi-soglia esige necessariamente che i metodi di calcolo siano perfettamente coincidenti, quanto ai costi effettivi del credito e quanto alle rilevazione della media di mercato: è il cd. principio di simmetria. Tutto ciò, secondo un criterio di affidabilità giuridica ed, ancor prima, scientifica e logica, del criterio adottato. Non solo, ma il criterio di simmetria è stato ormai accolto dalle Sezioni unite con la sentenza n. 16303 del 2018.

Sulla base di tali considerazioni, la tesi giunge, in ogni caso, a rinvenire nel sistema civilistico una tutela contro la cd. usura moratoria: in quanto, sebbene reputi che la disciplina antiusura sanzioni la pattuizione dei soli interessi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, l'interesse di mora – quale sanzione per l'inadempimento – è inquadrabile nell'art. 1382 c.c. e può, quindi, essere ridotto d'ufficio dal giudice, ai sensi dell'art. 1384 c.c.; mentre resterebbe a tal fine inapplicabile l'art. 1815 c.c., comma 2.

5.2. – La tesi estensiva. I fautori della tesi estensiva (in tal senso, alcune pronunce di questa Corte, di cui le più recenti più ampiamente motivate: cfr. Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 13 settembre 2019, n. 22890; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27442; Cass. 6 marzo 2017, n. 5598; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324) oppongono: a1) lettera delle norme: la legge – art. 1815 c.c., comma 2, art. 644 c.p., comma 4, L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4 e D.L. n. 394 del 2000, art. 1, comma 1, conv. dalla L. n. 24 del 2001 – non di-

stingue tra tipi di interessi ed, anzi, in alcuni di tali articoli si parla espressamente di pattuizione "a qualsiasi titolo"; mentre la stessa apertura espressamente apportata dal D.L. n. 185 del 2008, art. 2-bis, comma 2, convertito dalla L. n. 2 del 2009, alle voci confluenti nel T.e.g. dovrebbe indurre a ricomprendervi oggi anche gli interessi di mora; b1) legislatore storico del 2001: nei lavori preparatori della L. n. 24 del 2001, si afferma che si voleva considerare l'usurarietà di ogni interesse "sia esso corrispettivo, compensativo o moratorio"; c1) funzione degli interessi: entrambi gli interessi costituiscono la remunerazione di un capitale di cui il creditore non ha goduto, nel primo caso volontariamente, nel secondo caso involontariamente; d1) ratio della norma o interpretazione finalistica: il criterio oggettivo previsto dalla L. n. 108 del 1996 intende tutelare le vittime dell'usura e il superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento delle attività economiche, fini che sarebbero vanificati ove si escludessero dall'ambito di applicazione gli interessi moratori; inoltre, in caso contrario, per il creditore potrebbe addirittura essere più conveniente l'inadempimento, con la possibilità, ad esempio, di fissare termini di adempimento brevissimi per indurre facilmente la mora e lucrare gli interessi; e1) evoluzione storica: gli interessi moratori sono sorti per compensare il creditore dei perduti frutti del capitale non restituito, e quindi per riprodurre, sotto forma di risarcimento, la remunerazione del capitale; l'opinione secondo cui gli interessi moratori avrebbero una funzione diversa da quelli corrispettivi sorse per aggirare il divieto canonistico di pattuire interessi; la presenza della duplicazione normativa ex artt. 1224 e 1282 c.c. dipende dall'unificazione dei codici civile e commerciale; f1) previsione dell'art. 1284 c.c., comma 4: non rileva quanto stabilito da tale norma – secondo cui il saggio degli interessi legali diviene, dal momento della proposizione della domanda giudiziale, quello pari al tasso proprio dei ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali perché ivi il maggior tasso degli interessi legali ha la diversa funzione sanzionatorio/deflattiva a carico del debitore inadempiente, per i casi in cui l'inadempimento perseveri pur dopo la proposizione della domanda giudiziale (che risulterà fondata) e non discende dalla semplice mora; dunque, ha una valenza prettamente sanzionatoria e punitiva anche nell'interesse generale al non incremento pretestuoso del contenzioso; g1) mancato rilievo degli interessi moratori nelle tasso soglia dei D.M.: è incontestato che le voci, computate nei decreti ministeriali al fine della rilevazione del tasso medio, escludano gli interessi moratori; ma ciò non ha rilievo ermeneutico, dato che la disciplina secondaria non può costituire un vincolo alle interpretazioni giurisprudenziali degli enunciati, pena un'inammissibile inversione metodologica.

In sostanza, la circostanza che i decreti ministeriali di rilevazione non includano gli

interessi moratori nella definizione del T.e.g.m., e quindi del relativo tasso-soglia, potrà, semmai, rilevare ai fini della verifica di conformità dei decreti medesimi, quali atti amministrativi, alla legge che attuano: però, in nessun caso il giudice è vincolato dal contenuto della normazione secondaria nell'esercizio del suo potere-dovere ermeneutico. Anzi, secondo alcuni, l'esclusione degli interessi moratori dalle voci considerate dai D.M. sarebbe imposta dalla L. n. 108 del 1996, avendo questa costruito il giudizio di usurarietà su di un unico tasso soglia per ciascun tipo di finanziamento e distinto solo tra i diversi modelli contrattuali, non anche tra le differenti specie di costo del credito, onde addirittura l'eventuale rilevazione di un T.e.g.m. comprensivo del tasso degli interessi moratori sarebbe contra legem. Si esclude, in ogni caso, la cogenza del cd. principio di simmetria, ragionando anche nel senso che la legge ha, proprio in contrario, immaginato uno spread tra T.e.g.m. e tasso-soglia, tollerato dal sistema, appunto per lasciare uno spazio ulteriore rispetto ai parametri di mercato.

6. – La tutela del debitore di fronte agli interessi moratori usurari. Come visto, entrambe le tesi conducono ad una tutela del soggetto finanziato, sia pure attraverso percorsi argomentativi diversi.

Orbene, pur riconoscendo, come esposto, che il dato letterale ed i diversi argomenti sovente si equivalgano tra loro, quanto a persuasività e (non) definitività, il Collegio ha ritenuto che il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possano dirsi estranei all'interesse moratorio, affinché il debitore abbia più compiuta tutela.

Questa, invero, non sarebbe equivalente ove operata ex art. 1384 c.c.: il quale potrebbe sempre consentire una riduzione casistica e difforme sul piano nazionale, oltre che, verosimilmente, condurre al mero abbattimento dell'interesse pattuito al tasso soglia, pur integrato con quello rilevato quanto agli interessi moratori, e non al minor tasso degli interessi corrispettivi, come oltre, invece, si indicherà; mentre, poi, il diritto positivo non impedisce una interpretazione che riconduca anche gli interessi moratori nell'alveo della tutela antiusura, con maggiore protezione del debitore, che sembra anzi consigliare.

Certamente esiste, infatti, l'esigenza primaria di non lasciare il debitore alla mercè del finanziatore: il quale, se è subordinato al rispetto del limite della soglia usuraria quando pattuisce i costi complessivi del credito, non può dirsi immune dal controllo quando, scaduta la rata o decorso il termine pattuito per la restituzione della somma, il denaro non venga restituito e siano applicati gli interessi di mora, alla cui misura l'ordinamento (cfr. art. 41 Cost.) e la disciplina ad hoc dettata dal legislatore ordinario non restano indifferenti.

Sulla base del diritto positivo antiusura – attese le modalità di individuazione del tas-

so soglia, che dallo stesso mercato viene desunto – da un lato non è smentita la logica dell'autonomia contrattuale, dall'altro viene confermato il fine di assicurare la "sana e prudente gestione" del soggetto bancario negli impieghi (cfr. D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 5), prevenendo la conclusione, ad opera delle banche, di operazioni creditizie rischiose, al punto tale da rendere necessaria la pattuizione di tassi d'interesse "fuori mercato".

Nella normativa antiusura si possono rintracciare una pluralità di rationes legis, quali la tutela del fruitore del finanziamento, la repressione della criminalità economica, la direzione del mercato creditizio e la stabilità del sistema bancario. Dalla riforma del 1996 sono stati, quindi, riaffermati i principi di ordine pubblico concernenti la direzione del mercato del credito e la protezione degli utenti: sanzionare le pattuizioni inique estranee alla logica concorrenziale persegue, nel contempo, le finalità d'interesse pubblicistico, volto all'ordinato funzionamento del mercato finanziario ed alla protezione della controparte dell'impresa bancaria.

La severità del legislatore nel trattamento degli interessi usurari è palesata dalla disciplina ad essi riservata nell'art. 1815 c.c., comma 2.

7. – La concreta applicazione della disciplina antiusura. L'affermata riconduzione degli interessi moratori nell'ambito della normativa predetta richiede la soluzione di plurime questioni, cui il Collegio ha ritenuto di offrire le risposte che seguono: i) la disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi, convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato; ii) la mancata indicazione, nell'ambito del T.e.g.m., degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali de quibus, ove essi ne contengano la rilevazione statistica; iii) se i decreti non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato; iv) si applica l'art. 1815 c.c., comma 2, ma in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro; v) resta, quindi, la residua debenza di interessi dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento; vi) rilevano sia il tasso astratto, sia quello in concreto applicato, a diversi effetti; vii) nei contratti conclusi con un consumatore, è dato anche il ricorso all'art. 33, comma 2, lett. "f" e art. 36, comma 1 codice del consumo, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005; viii) ne deriva l'atteggiarsi dei rispettivi oneri probatori.

Si illustreranno ora le precedenti asserzioni; non senza avere prima convenuto sulla mancanza di cogenza della pronuncia della Corte costituzionale 25 febbraio 2002, n. 29, laddove ha ritenuto "plausibile senza necessità di specifica motivazione – l'assunto, del

resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori", trattandosi di pronuncia sulla mera ammissibilità della questione: ove il giudice delle leggi si limita a reputare non irragionevole una data interpretazione resa possibile dall'enunciato, non a darle il crisma della inconfutabilità.

i) La disciplina antiusura intende sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto, quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma altresì degli interessi moratori, che sono comunque convenuti e costituiscono un possibile debito per il finanziato. Non vi è dubbio che le categorie degli interessi corrispettivi e degli interessi moratori siano distinte nel diritto delle obbligazioni.

Secondo gli artt. 820, 821 e 1284 c.c., l'interesse in un'operazione di finanziamento è dato dalla somma oggetto dell'obbligo di restituzione, detratto il denaro preso a prestito. La nozione presuppone il rilievo del costo del denaro, il cui godimento è volontariamente attribuito ad altri, dietro accettazione da parte di questi del relativo costo; non vi si comprende, invece, la situazione in cui, rendendosi inadempiente, il debitore non rispetti l'accordo, ma violi gli obblighi assunti.

Dal suo canto, l'interesse moratorio, contemplato espressamente dal legislatore all'art. 1224 c.c., rappresenta il danno che nelle obbligazioni pecuniarie il creditore subisce a causa dell'inadempimento del debitore. Di conseguenza, questa Corte ha inquadrato il patto sugli interessi moratori nella clausola penale ex art. 1382 c.c. (Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 18 novembre 2010, n. 23273; Cass. 21 giugno 2001, n. 8481; in sede penale, v. Cass. 25 ottobre 2012, n. 5683, depositata il 5 febbraio 2013). La circostanza che la misura degli interessi moratori sia prestabilita dalle parti nella relativa clausola negoziale, infatti, non ne muta la natura di liquidazione forfetaria e preventiva del danno, donde l'inquadrabilità nell'art. 1382 c.c., strutturandosi il patto sugli interessi moratori come un tipo di clausola penale. Ed è del tutto ragionevole l'osservazione, secondo cui diversa è la stessa intensità del cd. rischio creditorio, sottesa alla determinazione della misura degli interessi corrispettivi, da un lato, e degli interessi moratori, dall'altro lato: se i primi considerano il presupposto della puntualità dei pagamenti dovuti, i secondi incorporano l'incertus an e l'incertus quando del pagamento – trasformandosi il meccanismo tecnico-giuridico da quello del termine a quello della condizione – onde il creditore dovrà ricomprendervi il costo dell'attivazione degli strumenti di tutela del diritto insoddisfatto; proprio in relazione a tale rischio, l'intermediario può determinare i tassi applicabili (cfr. D.Lgs. n. 385 del 1993, artt. 120-undecies e 124-bis). Ma anche tale costo deve soggiacere ai limiti antiusura.

Ed è, altresì, corretto che le direttive comunitarie, con riguardo al credito al consumo,

prevedono che il T.e.g. sia determinato sulla base del costo totale del credito al consumatore, ad eccezione di eventuali penali per l'inadempimento (cfr. art. 19 direttiva 2008/48/CE; art. 4, comma 13, direttiva 2014/17/UE). Ma la necessità di tale indicazione, ai fini della cd. trasparenza per il consumatore, non sembra configgere con l'autonomo rilievo, a fini civili e penali, della disciplina di contrasto all'usura.

ii) La mancata indicazione, nell'ambito del T.e.g.m., degli interessi di mora mediamente applicati non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali de quibus, ove essi ne contengano la rilevazione statistica.

ii.1. – Le rilevazioni di Bit. Così come la legge, per gli interessi corrispettivi, ha introdotto la qualificazione oggettiva della fattispecie usuraria mediante il tassosoglia, del pari, per gli interessi moratori, l'identificazione dell'interesse usurario passa dal tasso medio statisticamente rilevato, in modo altrettanto oggettivo ed unitario, idoneo a limitare l'esigenza di misurarsi con valutazioni puramente discrezionali.

L'esigenza del rispetto del principio di simmetria, fatto proprio dalle Sezioni unite con la sentenza n. 16303 del 2018, ben può essere soddisfatta mediante il ricorso ai criteri oggettivi e statistici, contenuti nella predetta rilevazione ministeriale, ove essa indichi i tassi medi degli interessi moratori praticati dagli operatori professionali. Giova, al riguardo, ricordare che il criterio di rilevazione dei tassi medi, fatto proprio dal legislatore del 1996 per oggettivare il giudizio (superando la cd. usura soggettiva, derivata dall'approfittamento di uno stato di bisogno del mutuatario), reca in sé alcuni presupposti: che sia lecita la pattuizione degli interessi, corrispettivi e moratori; che il mercato concorrenziale e vigilato sia, esso stesso, in grado di offrire – nella media – la misura corretta dei tassi, esprimendo l'equilibrio ragionevole tra la posizione del prestatore e quella del prenditore del denaro. Le rilevazioni di Banca d'Italia sulla maggiorazione media, prevista nei contratti del mercato a titolo di interesse moratorio, possono fondare la fissazione di un cd. tasso soglia limite, che anche questi comprenda.

La misura media dell'incremento, applicata sul mercato quanto agli interessi moratori, viene considerata dalla Banca d'Italia solo a fini statistici, opzione di metodo motivata con l'esigenza di non comprendere nella media operazioni con andamento anomalo ed evitare un innalzamento delle soglie, in potenziale danno della clientela (cfr. documento Banca d'Italia 3 luglio 2013). La nozione sottesa è quella di un mercato concorrenziale del credito, in cui il gioco delle parti tende ad indicare l'equilibrio spontaneo degli interessi, pur nei limiti del controllo e della vigilanza ad esso propria.

Lungi dal rilevare la casistica, eterogenea e centrifuga, dei singoli rapporti obbligatori di finanziamento, quel che assume importanza è l'oggettività dei dati emergenti dalla

realtà economica e dalla sua struttura, caratterizzata da un ordinamento sezionale regolamentato e vigilato. La conseguenza è che la clausola sugli interessi moratori si palesa usuraria, quando essa si ponga "fuori dal mercato", in quanto nettamente distante dalla media delle clausole analogamente stipulate.

Orbene, il tasso rilevato dai D.M. n. a fini conoscitivi – sia pure dichiaratamente in un lasso temporale a volte diverso dal trimestre, non sempre aggiornato a quello precedente (per i più recenti decreti, all'anno 2015) e rilevato a campione – può costituire l'utile indicazione oggettiva, idonea a determinare la soglia rilevante. Dal D.M. 21 dicembre 2017, inoltre, si è cominciato a distinguere all'interno di tale tasso, individuandone tre diversi (mutui ipotecari ultraquinquennali, operazioni di leasing e complesso degli altri prestiti).

Dunque, nei recenti decreti ministeriali sono rilevati i tassi effettivi globali medi, riferiti ad anno; è individuato il tasso-soglia mediante l'aumento dei predetti tassi di un quarto, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali; si dà, altresì, conto dell'ultima rilevazione statistica condotta dalla Banca d'Italia, da cui risulta che i tassi di mora pattuiti sul mercato presentano, rispetto ai tassi percentuali corrispettivi, una maggiorazione media pari a 1,9 punti percentuali per i mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, a 4,1 punti percentuali per le operazioni di leasing e a 3,1 punti percentuali per il complesso degli altri prestiti.

Tutto ciò, nell'art. 3 dei decreti ministeriali, nonché nell'adeguata spiegazione contenuta nell'allegato. Onde tale rilevazione costituisce il parametro privilegiato di comparazione, che permette di accedere a valutazioni quanto più basate su dati fattuali di tipo statistico medio, prive di discrezionalità, scongiurando, a fini di uguaglianza, difformità di applicazione.

Inoltre, va considerato come il dato, pur rilevato in anni precedenti (sino al D.M. 21 dicembre 2017, si riportava il dato rilevato nel 2001; da tale decreto in poi, viene riportato il dato rilevato nel 2015), è all'evidenza reputato ancora attuale dall'autorità tecnica, dato che appunto esso viene mantenuto, sia pure "a fini conoscitivi", nei decreti ministeriali contenenti la rilevazione periodica del T.e.g.m.

La sua significatività non può, quindi, essere disconosciuta.

ii.2. – Individuazione del limite per gli interessi moratori. Occorre pure tenere conto che i decreti ministeriali, negli anni più recenti, prevedono uno spread tra il T.e.g.m. e la misura del tasso soglia usurario, determinato con la predetta maggiorazione (aumento di un quarto dei tassi medi, cui si aggiungono ulteriori 4 punti percentuali: art. 2, comma 2 D.M., attuando la L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4).

La soglia comprendente i moratori, pertanto, con riguardo ad esempio ai mutui ipotecari di durata ultraquinquennale, può essere indicata in un'unica espressione, che pervenga all'entità della soglia massima – la quale, cioè, tenga conto sia del T.e.g.m., sia degli interessi di mora – onde si avrà:

(5/4 T.e.g.m. + 4) + (5/4 x 1,9); dove il primo addendo rappresenta il tasso soglia usurario legale, stabilito secondo il combinato disposto della L. n. 108 del 2000, art. 644 c.p. e D.M. del periodo considerato; mentre il secondo addendo è il "di più" di comparazione, che tiene conto degli interessi moratori.

La formula può essere più sinteticamente espressa: (T.e.g.m. + 1,9) x 1,25 + 4. Analogamente, potrà essere determinata la soglia limite con riguardo alle operazioni di leasing ed agli altri prestiti.

ii.3. – Validità del cd. principio di simmetria. Tutto ciò posto, va confermata la piena razionalità del cd. principio di simmetria, in continuità con quanto affermato dalla Corte (Cass., sez. un., 20 giugno 2018, n. 16303; nonché Cass. 3 novembre 2016, n. 22270; Cass. 22 giugno 2016, n. 12965), secondo cui deve esservi simmetria tra il tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente a norma della L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1, ed il tasso effettivo globale della singola operazione.

Tutto ciò, atteso sia il contenuto letterale delle disposizioni che disciplinano il T.e.g. ed il T.e.g.m., ovvero l'art. 644 c.p., comma 4, e la L. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1; sia l'intuitiva esigenza logica legata all'essenza stessa di ogni procedimento comparativo, che, in quanto tale, postula un certo grado di omogeneità dei termini di riferimento.

iii) Se i decreti non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato.

Occorre, a questo punto, farsi carico del problema, pur trascurato dalle conclusioni della parte pubblica, concernente la mancata rilevazione della maggiorazione propria degli interessi moratori nei decreti ministeriali, dall'entrata in vigore della L. n. 108 del 1996 sino al D.M. 25 marzo 2003.

Per ogni contratto, infatti, deve essere preso a termine di riferimento il D.M. all'epoca vigente. Per quanto riguarda proprio la vicenda in esame, dagli atti delle parti e dalla sentenza impugnata risulta che il contratto fu concluso il (*Omissis*) e, dunque, si tratta del D.M. 22 marzo 2002.

L'art. 1 D.M. individua, con rimando all'allegato, il tasso effettivo globale medio (T.e.g.m.) relativamente ai vari tipi contrattuali, e l'art. 2 precisa che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto e sino al 30 giugno 2002, ai fini della determinazione del tasso-soglia, i T.e.g.m. devono essere aumentati della metà.

Non rileva, ai fini della risposta alla questione di diritto in esame, che nel D.M. 22 marzo 2002 manchi la rilevazione degli interessi moratori, che ha iniziato ad essere compiuta a partire dal D.M. 25 marzo 2003.

Infatti, le Sezioni unite ritengono che, in ragione della esigenza primaria di tutela del finanziato, sia allora giocoforza comparare il T.e.g. del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori in concreto applicati, con il T.e.g.m. così come in detti decreti rilevato; onde poi sarà il margine, nella legge previsto, di tolleranza a questo superiore, sino alla soglia usuraria, che dovrà offrire uno spazio di operatività all'interesse moratorio lecitamente applicato.

iv) Si applica l'art. 1815 c.c., comma 2, ma in una lettura interpretativa che preservi il prezzo del denaro.

La conseguenza di quanto esposto è la piana applicazione dell'art. 1815 c.c., comma 2, pacificamente transtipica.

A differenza di altri ordinamenti anche Europei, nei quali il superamento del tasso soglia non determina la nullità della clausola sugli interessi, ma la mera restituzione del surplus, la legge nazionale ha comminato la gratuità sanzionatoria del contratto. Peraltro, il Collegio ha reputato che la norma possa trovare una interpretazione che, pur sanzionando la pattuizione degli interessi usurari, faccia seguire la sanzione della non debenza di qualsiasi interesse, ma limitatamente al tipo che quella soglia abbia superato. Invero, ove l'interesse corrispettivo sia lecito, e solo il calcolo degli interessi moratori applicati comporti il superamento della predetta soglia usuraria, ne deriva che solo questi ultimi sono illeciti e preclusi; ma resta l'applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1, con la conseguente applicazione degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti.

Giova considerare che la regolamentazione del mercato del credito, la quale si giova di plurime tutele generali e speciali previste dal diritto positivo, non può ragionevolmente condurre a premiare il debitore inadempiente, rispetto a colui che adempia ai suoi obblighi con puntualità: come avverrebbe qualora, all'interesse moratorio azzerato, seguisse un costo del denaro del tutto nullo (inesistente), con l'obbligo a carico del debitore di restituire il solo capitale, donde un pregiudizio generale all'intero ordinamento sezionale del credito (cui si assegna una funzione di interesse pubblico), nonché allo stesso principio generale di buona fede, di cui all'art. 1375 c.c. Pertanto, una volta che il giudice del merito abbia riscontrato positivamente l'usurarietà degli interessi moratori, il patto relativo è inefficace. In tale evenienza, si applica la regola generale del risarcimento per il creditore, di cui all'art. 1224 c.c., commisurato (non più alla misura preconcordata ed usuraria, ma) alla misura pattuita per gli interessi corrispettivi, come prevede la disposizione.

Invero, tale conseguenza rinviene il suo fondamento causale nella considerazione secondo cui, caduta la clausola degli interessi moratori, resta un danno per il creditore insoddisfatto, donde l'applicazione della regola comune, secondo cui il danno da inadempimento di obbligazione pecuniaria viene automaticamente ristorato con la stessa misura degli interessi corrispettivi, già dovuti per il tempo dell'adempimento in relazione alla concessione ad altri della disponibilità del denaro. Ciò, in quanto la nullità della clausola sugli interessi moratori non porta con sé anche quella degli interessi corrispettivi: onde anche i moratori saranno dovuti in minor misura, in applicazione dell'art. 1224 c.c., sempre che – peraltro – quelli siano lecitamente convenuti.

Tale conclusione è confortata dalla primaria esigenza di coerenza e non contraddittorietà col diritto Eurounitario, come vive dalle interpretazioni rese ad opera della Corte di giustizia dell'Unione, che più volte è stata adita in via pregiudiziale con riguardo alle direttive in materia di consumatori. Qui, l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993 impone agli Stati membri di far sì che le clausole abusive non vincolino il consumatore e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

Al riguardo, costituiscono affermazioni tralaticie della Corte di giustizia che il giudice non possa né ridurre l'importo della penale (Corte di giustizia 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Unicaja Banco e Caixabank, punto 29; Corte di giustizia 30 maggio 2013, C-488/11, Asbeek Brusse e de Man Garabito, punto 59), né integrare il contenuto contrattuale (Corte di giustizia 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, Abanca Corporacion Bancaria SA e Bankia SA, punto 53; Corte di giustizia 21 gennaio 2015, Unicaja Banco, cit., punti 28, 32; Corte di giustizia 30 aprile 2014, C-26/13, Kasler e Keslerné Rebai, punto 77; Corte di giustizia 14 giugno 2012, C-618/10, Banco Espahol de Credito, punto 73; nonché, ancora, Corte di giustizia 7 agosto 2018, cause riunite C 96/16, Banco Santander SA e C-94/17, Rafael Ramon Escobedo Cortes, punto 73; Corte di giustizia 26 gennaio 2017, C-421/14, Banco Primus, punto 71).

Dall'altro lato, anche di recente, la Corte UE ha altresì chiarito come sia legittima e rispettosa della direttiva la prescrizione (nella specie, dovuta ai precedenti giurisprudenziali della Corte Suprema spagnola), secondo cui continuano – pur caduta la clausola sugli interessi moratori – ad essere dovuti quelli corrispettivi, e ciò indipendentemente dalla tecnica di redazione delle clausole medesime, in quanto la direttiva 93/13/CEE non osta a che si giunga alla "soppressione integrale di questi interessi, mentre continuano a maturare gli interessi corrispettivi previsti da detto contratto" (Corte di giustizia 7 agosto 2018, cit., punti 76-78): ciò in quanto "gli interessi corrispettivi hanno una funzione di

remunerazione della messa a disposizione di una somma di denaro da parte del mutuante fino al rimborso della somma stessa" (punto 76) e ove "la clausola abusiva consiste in tale maggiorazione, la direttiva 93/13 esige unicamente che la maggiorazione stessa venga annullata" (punto 77). Con la conseguenza definitiva che "il giudice nazionale, il quale abbia constatato il carattere abusivo della clausola di un contratto di mutuo che fissa il tasso degli interessi moratori, escluda molto semplicemente l'applicazione della clausola suddetta o della maggiorazione che tali interessi rappresentano rispetto agli interessi corrispettivi, senza poter sostituire alla clausola di cui sopra disposizioni legislative suppletive, né rivedere la clausola in questione, conservando al tempo stesso la validità delle altre clausole di tale contratto, e segnatamente quella relativa agli interessi corrispettivi" (punto 78).

Tale pronuncia, specialmente con l'ammettere il pagamento di interessi "fino al rimborso della somma stessa", lascia permanere la determinazione degli interessi pattuiti come corrispettivi, che restano dovuti anche dopo la mora e fino alla restituzione effettiva del capitale. Ed occorre pure ricordare che, secondo la Corte UE, la sostituzione della clausola abusiva, quando ammessa, viene comunque giustificata, richiamando proprio la finalità della direttiva 93/13 e del suo art. 6, par. 1, il cui obiettivo è "sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime" (fra le altre, Corte di giustizia 17 luglio 2014, C-169/14, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, punto 23; Corte di giustizia 30 aprile 2014, C-26/13, Kasler e Keslerné Rebai, punto 82; Corte di giustizia 15 marzo 2012, n. 453/10, Perenicovè e Perenic, punto 31): donde il portato del bilanciamento degli interessi delle parti. Viene dunque suffragata la conclusione, secondo cui l'applicazione della legge, nello specifico l'art. 1224 c.c., comma 1, in caso di usurarietà degli interessi moratori, rende il trattamento del non consumatore tale, che non sia addirittura migliore di quello di chi la qualità di consumatore possegga: come avverrebbe ove fosse negata la debenza persino degli interessi corrispettivi da parte del primo.

v) Resta, quindi, la residua debenza di interessi dopo la risoluzione per inadempimento del contratto di finanziamento.

v.1. – Il debito residuo dopo l'accertamento della usurarietà degli interessi. Il terzo gruppo di motivi attiene specificamente alla statuizione di non debenza di nessun interesse, enunciata dalla corte territoriale, secondo cui la banca "può dunque legittimamente esigere dalla P. il solo capitale residuo, individuato alla data dell'ultimo pagamento da lei effettuato, nell'(*Omissis*)" (p. 8 sentenza). Assume la ricorrente che, pronunciata la risoluzione del contratto per inadempimento in forza di clausola risolutiva espressa, le

rate scadute siano dovute per intero e non solo per la sorte capitale, come statuito invece dalla corte d'appello, dal momento che vige l'efficacia ex tunc della risoluzione dei contratti di durata, ai sensi dell'art. 1458 c.c. v.2. – Risoluzione o decadenza dal termine. Giova premettere che non forma oggetto del thema decidendum in sede di legittimità la questione relativa alla qualificazione della clausola negoziale, che prevede le conseguenze del mancato pagamento delle rate, come fattispecie di decadenza dal beneficio del termine (art. 1186 c.c.) o di risoluzione del contratto per clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), come nella specie qualificata dalle corti del merito; onde la questione non è qui rilevante.

v.3. – Contratti contenenti, o no, la clausola usuraria. Richiamato quanto sopra esposto circa l'applicazione dell'art. 1815 c.c., comma 2, la questione della retroattività della risoluzione nei contratti di finanziamento è mal posta. Se siano stati pattuiti interessi moratori usurari, è l'azzeramento di tale interesse, in virtù della declaratoria della nullità, che è in sé retroattivo, ai sensi dell'art. 1418 c.c.

In generale, è stato enunciato il condivisibile principio (Cass., sez. un., 19 maggio 2008, n. 12639; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449, relativa a mutuo fondiario; si veda pure, in tema di leasing di godimento con fine di finanziamento, Cass. 3 settembre 2003, n. 12823), secondo cui il mutuo, nel cui genus va ricondotto ogni finanziamento, è un contratto di durata, agli effetti dell'art. 1458 c.c., in considerazione del carattere non istantaneo, ma prolungato della durata del prestito, e dell'utilità per il mutuatario consistente nel godimento del danaro – retribuito dalla controprestazione, del pari durevole, degli interessi – assicuratogli dal mutuante per il tempo convenuto. La risoluzione non opera retroattivamente, ma soltanto per il futuro, comportando l'anticipazione della scadenza dell'obbligazione di rimborso del capitale, la quale, però, conserva il suo titolo contrattuale. L'efficacia retroattiva alla risoluzione per inadempimento del mutuo finirebbe con l'essere ingiustificatamente pregiudizievole per il mutuante ed ingiustificatamente premiale per il mutuatario, che continuerebbe a godere, di fatto, del capitale a un interesse più vantaggioso di quello cui si era obbligato (Cass. 21 ottobre 2005, n. 20449).

Dunque, nei casi in cui non si discorra di usurarietà, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano dovute per intero, con gli interessi corrispettivi in esse già inglobati ed effetto anatocistico, secondo la normativa tempo per tempo vigente (D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 120, comma 2; e, in dettaglio, cfr. D.Lgs. n. 342 del 1999, art. 25, comma 2, come trasfuso nell'art. 120, comma 2 cit. e art. 2 Delib. Cicr 9 febbraio 2000; L. 27 dicembre 2013, n. 147, cd. legge di stabilità per il 2014; D.L. 14 febbraio 2016, n. 18, art. 17-bis convertito con modificazioni dalla L. 8 aprile 2016, n. 49 e art. 3,

comma 1 Delib. Cicr 3 agosto 2016, n. 343). Ma tali considerazioni sono appropriate in assenza di qualsiasi nullità usuraria; perché, ove il patto degli interessi cada, sarà questa nullità a spiegare effetti ex tunc. v.4. – Rate scadute e rate a scadere. In definitiva, per quanto ora rileva, caduta la clausola sugli interessi moratori, le rate scadute al momento della caducazione del prestito restano dovute nella loro integralità, comprensive degli interessi corrispettivi in esse già conglobati, oltre agli interessi moratori sull'intero nella misura dei corrispettivi pattuiti; tale effetto, peraltro, richiede che in sé il tasso degli interessi corrispettivi sia lecito.

Per quanto attiene le rate a scadere, sorge l'obbligo d'immediata restituzione dell'intero capitale ricevuto, sul quale saranno dovuti gli interessi corrispettivi, ma attualizzati al momento della risoluzione: infatti, fino al momento in cui il contratto ha avuto effetto, il debitore ha beneficiato della rateizzazione, della quale deve sostenere il costo, pur ricalcolato attualizzandolo, rispetto all'originario piano di ammortamento non più eseguito; da tale momento e sino al pagamento, vale l'art. 1224 c.c., comma 1.

vi) Rilevano sia il tasso astratto, sia quello in concreto applicato, a diversi effetti. Sovente il contratto prevede un tasso degli interessi moratori, sebbene, poi, al momento dell'inadempimento, la banca applichi, a tale titolo, un tasso di misura inferiore.

Le questioni che ne derivano sono due.

La prima: se possa essere domandata la nullità (per varie cause) di una clausola sugli interessi moratori in corso di svolgimento regolare del rapporto.

La seconda: se, una volta verificatosi l'inadempimento e, quindi, il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, l'indagine sulla usurarietà dei medesimi (sempre per cause varie) debba tener conto di quelli in astratto dedotti in contratto o di quelli in concreto applicati.

Esse devono essere congiuntamente esaminate affinché l'ordinamento offra una tutela razionale, secondo le considerazioni che seguono.

Al primo quesito deve darsi risposta affermativa. L'interesse ad agire in relazione ad una clausola reputata in tesi nulla o inefficace sussiste sin dalla pattuizione della medesima, in quanto risponde ad un bisogno di certezza del diritto che le convenzioni negoziali siano accertate come valide ed efficaci, oppure no. Ciò perché (cfr., fra le altre, Cass. 31 luglio 2015, n. 16262) l'interesse ad agire in un'azione di mero accertamento non implica necessariamente l'attualità della lesione di un diritto, essendo sufficiente uno stato di incertezza oggettiva.

Tuttavia – ed in ciò sta la risposta al secondo quesito, nel senso che il tasso rilevante è quello in concreto applicato dopo l'inadempimento – la conseguenza è che la sentenza

sarà di mero accertamento dell'usurarietà del tasso, ma in astratto, senza relazione con lo specifico diritto vantato dalla banca, posto che ancora non sarà attuale l'inadempimento ed il finanziatore ancora non avrà preteso alcunché a tale titolo.

Onde se, da un lato, non può essere disconosciuto l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. per la presenza attuale in contratto di una clausola degli interessi usurari, dall'altro lato sarà limitato l'effetto del giudicato di accertamento, non idoneo automaticamente a valere con riguardo alla futura applicazione di un interesse moratorio in concreto, ma solo ad escludere che l'interesse pattuito sia dovuto.

In altri termini, se il finanziato agisca in accertamento in corso di regolare rapporto, ed ottenga sentenza di nullità della clausola, ciò non vuol dire che, da quel momento in poi, egli potrà non adempiere e pretendere che nessun interesse gli sia applicato, oltre all'interesse corrispettivo, incluso nelle rate già dovute.

Realizzatosi l'inadempimento, rileva unicamente il tasso che di fatto sia stato richiesto ed applicato al debitore inadempiente; cade l'interesse ad agire per l'accertamento della eventuale illegittimità del tasso astratto non applicato; i parametri di riferimento dell'usurarietà restano quelli esistenti al momento della conclusione del contratto che comprende la clausola censurata.

In conclusione, ciò che rileva in concreto in ipotesi di inadempimento è il tasso moratorio applicato; se il finanziato intenda agire prima, allo scopo di far accertare l'illiceità del patto sugli interessi rispetto alla soglia usuraria, come fissata al momento del patto, la sentenza ottenuta vale come accertamento, in astratto, circa detta nullità, laddove esso fosse, in futuro, utilizzato dal finanziatore.

Onde tale sentenza non avrà ancora l'effetto concreto di rendere dovuto solo un interesse moratorio pari al tasso degli interessi corrispettivi lecitamente pattuiti (ex art. 1224 c.c.): effetto che, invece, si potrà verificare solo alla condizione – presupposta dalla sentenza di accertamento mero pre-inadempimento – che quello previsto in contratto sia stato, in seguito, il tasso effettivamente applicato, o comunque che, al momento della mora effettiva, il tasso applicato sulla base della clausola degli interessi moratori sia sopra soglia. Ove il tasso applicato in concreto sia, invece, sotto soglia, esso sarà dovuto, senza che possa farsi valere la sentenza di accertamento mero, che non quello ha considerato.

vii) Nei contratti conclusi con un consumatore, è dato anche il ricorso agli artt. 33, comma 2, lett. "f" e 36, comma 1 codice del consumo, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005.

Nei contratti di finanziamento, in cui il soggetto che riceve la somma in prestito rivesta la qualifica di consumatore, è applicabile, altresì, la tutela contro le clausole vessatorie.

Nel diritto nazionale, essa è stata dapprima prevista nel Titolo II, Capo XIV-bis, del

Libro IV del codice civile, agli artt. 1469-bis/1469-sexies, come introdotti dalla L. 6 febbraio 1996, n. 52, art 25 di attuazione della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

L'art. 1469-bis, comma 3, n. 6, prevedeva – testo del tutto coincidente con la corrispondente norma, attualmente vigente, di cui all'art. 33, comma 2, lett. f) codice del consumo – la nullità delle clausole volte ad "imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo".

Si tratta della trasposizione della previsione della direttiva, che, nell'allegato, individua detta clausola abusiva nelle pattuizioni che "hanno per oggetto o per effetto... e) di imporre al consumatore che non adempie ai propri obblighi un indennizzo per un importo sproporzionatamente elevato". Analogamente, il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. f), prevede che "(s)i presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di... imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo". Si opera, quindi, un cumulo di rimedi, essendo rimesso all'interessato di far valere l'uno o l'altro.

La Corte di giustizia ha del pari chiarito che un sistema nazionale, il quale pur riduca entro una soglia ritenuta lecita il tasso eccessivo degli interessi moratori, non deve comunque precludere al giudice, in caso di contratto dei consumatori, la facoltà di ritenere la clausola abusiva, con la conseguente eliminazione, ai sensi dell'art. 6 direttiva 93/13 (cfr. Corte di giustizia 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Unicaja Banco e Caixabank).

Delle questioni implicate in tale ulteriore tutela, poste dai motivi dal settimo al decimo, il Collegio rinvierà alla decisione della Sezione semplice. viii) Ne deriva l'atteggiarsi dei rispettivi oneri probatori.

Alla stregua delle predette considerazioni, può precisarsi come si atteggi l'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 c.c. Da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento.

Dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estin-

tivi dell'altrui diritto: fra di essi, la pattuizione negoziata della clausola con il soggetto sebbene avente la veste di consumatore, la diversa misura degli interessi applicati o altro.

8. – Decisione dei motivi.

8.1. – Motivi 1-7 afferenti la disciplina antiusura e la debenza degli interessi dopo la risoluzione del contratto di finanziamento. Da quanto esposto, si trae che il primo ed il secondo motivo sono infondati, non essendo la sentenza impugnata incorsa nel vizio di omessa pronuncia, né di mancanza di motivazione.

Fondato è, invece, il terzo motivo, avendo errato la corte territoriale nel reputare gratuito il finanziamento, ed in sostanza l'efficacia retroattiva della risoluzione di un contratto di durata, in violazione dell'art. 1458 c.c.: onde, contrariamente a quanto ivi opinato, le rate scadute e non pagate alla data della risoluzione restano dovute nella loro interezza, ivi compresa la quota d'interessi corrispettivi inclusa nelle stesse. Alla luce delle precedenti considerazioni, vanno respinti il quarto ed il quinto motivo, in quanto la sentenza impugnata, avendo esteso agli interessi moratori la disciplina antiusura, ha considerato il tasso-soglia previsto nel relativo decreto ministeriale.

Il sesto motivo è fondato, perché la corte del merito non ha spiegato la ragione dell'aver considerato un tasso di interessi, invece mai applicato dal finanziatore. Il settimo motivo resta assorbito, concernendo vizio non poziore.

8.2. – Motivi 8-10 sulla clausola vessatoria. La decisione di questi motivi viene rimessa alla prima Sezione civile.

9. – Enunciazione dei principi di diritto. Si devono, a questo punto, enunciare i seguenti principi di diritto, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., comma 1: "La disciplina antiusura si applica agli interessi moratori, intendendo essa sanzionare la pattuizione di interessi eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto quale corrispettivo per la concessione del denaro, ma anche la promessa di qualsiasi somma usuraria sia dovuta in relazione al contratto concluso".

"La mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del T.e.g.m. non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali, statisticamente rilevato in modo del pari oggettivo ed unitario, essendo questo idoneo a palesare che una clausola sugli interessi moratori sia usuraria, perché "fuori mercato", donde la formula: "T.e.g.m., più la maggiorazione media degli interessi moratori, il tutto moltiplicato per il coefficiente in aumento, più i punti percentuali aggiuntivi, previsti quale ulteriore tolleranza dal predetto decreto"".

"Ove i decreti ministeriali non rechino neppure l'indicazione della maggiorazione

media dei moratori, resta il termine di confronto del T.e.g.m. così come rilevato, con la maggiorazione ivi prevista".

"Si applica l'art. 1815 c.c., comma 2, onde non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti, ma vige l'art. 1224 c.c., comma 1, con la conseguente debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti".

"Anche in corso di rapporto sussiste l'interesse ad agire del finanziato per la declaratoria di usurarietà degli interessi pattuiti, tenuto conto del tasso-soglia del momento dell'accordo; una volta verificatosi l'inadempimento ed il presupposto per l'applicazione degli interessi di mora, la valutazione di usurarietà attiene all'interesse in concreto applicato dopo l'inadempimento".

"Nei contratti conclusi con un consumatore, concorre la tutela prevista dall'art. 33, comma 2, lett. f) e art. 36, comma 1 codice del consumo, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, già artt. 1469-bis e 1469-quinquies c.c.".

"L'onere probatorio nelle controversie sulla debenza e sulla misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 c.c., si atteggia nel senso che, da un lato, il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento; dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto".

10. – Rinvio alla Sezione prima civile. Così decise le questioni poste, la delibazione dei rimanenti motivi, dall'ottavo al decimo, è rimessa alla prima Sezione civile della Corte.

JUS CIVILE

FLORA PIROZZI

Professore straordinario di Diritto privato – Università Telematica Pegaso

USURA E FISSAZIONE DEL "TASSO SOGLIA": CONSIDERAZIONI A MARGINE DI S.U. N. 19597/2020

SOMMARIO: *1. La vicenda giudiziaria. – 2. Il principio di simmetria e la soglia "simmetrica" evocati dal Supremo Collegio. – 3. Accertamento degli interessi moratori e vaglio di usurarietà. – 4. Contraddizioni nell'itinerario tracciato dalle Sezioni Unite.*

1. – Al fine di comprendere la posizione assunta dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza che si annota, appare opportuno ripercorrere i tratti salienti della vicenda giudiziaria oggetto del *decisum*. In particolare, con sentenza del 30 luglio 2014, la Corte d'appello di Genova respingeva le impugnazioni, principale ed incidentale, avverso la decisione del Tribunale della stessa città in data 12 giugno 2008, la quale aveva revocato il decreto ingiuntivo di Euro 18.500,94, oltre interessi al tasso del 17,57% annuo, emesso su istanza della FC Factor s.r.l. contro P.A. a titolo di rate insolute, capitale residuo, interessi moratori e penale, relativi ad un finanziamento concesso con contratto di credito al consumo, ed aveva condannato quest'ultima (consumatore) al pagamento della minor somma di Euro 12.294,01. La Corte territoriale riteneva ammissibile l'intervento spiegato in appello dalla Banca Ifis s.p.a., in qualità di cessionaria del credito controverso, osservando come i mutamenti susseguitisi nella titolarità del credito non avessero determinato nessuna compressione del diritto di difesa dell'appellata o limitazione alla pienezza del contraddittorio, ed escludendo il carattere vessatorio della clausola contrattuale che autorizzava la cessione dei diritti derivanti dal contratto; la Corte condivideva il giudizio di primo grado, con riguardo al fatto che il carattere oneroso del mutuo escluda l'applicabilità dell'istituto della decadenza del termine, di cui all'art. 1186 cod. civ., norma in cui il termine deve essere stato fissato a favore del debitore, ritenendo, dunque, che alla comunicazione della decadenza dal beneficio del termine sia stato correttamente attribui-

to dal Tribunale un effetto risolutivo, anch'esso espressamente previsto dal contratto, né avente portata alternativa rispetto alla suddetta decadenza; condivideva anche il giudizio sul carattere vessatorio delle clausole contenute negli artt. 4 ed 8 delle condizioni generali di contratto, le quali impongono al debitore inadempiente l'immediato pagamento di tutte le rate scadute ed a scadere, comprensive d'interessi, nonché dell'ulteriore interesse di mora al tasso dell'1,5% mensile (18% annuo), della penale pari al 30% degli importi insoluti e di un'ulteriore penale di Euro 250,00, ritenendole inefficaci, ai sensi dell'art. 1469-bis cod. civ., non avendo la società creditrice fornito la prova *ex* art. 1469-*ter*, u.c. cod. civ., relativa alla negoziazione delle clausole stesse, onde la debitrice è tenuta al pagamento della sola sorte capitale residua, individuata alla data dell'ultimo pagamento; confermava, altresì, l'applicabilità della l. 7 marzo 1996, n. 108, agli interessi moratori, in virtù del fatto che il d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, nel fornire l'interpretazione autentica dell'art. 644 c.p. e art. 1815 cod. civ., comma 2, fa riferimento agli interessi convenuti "*a qualunque titolo*" ed il criterio di cui alla l. n. 108 del 1996, art. 2, comma 4, è applicabile anche per l'accertamento del carattere usurario degli interessi moratori pattuiti anteriormente all'entrata in vigore del d.m. 25 marzo 2003, che ha provveduto per la prima volta alla rilevazione del tasso di mora, sicché, venendo in rilievo, nella fattispecie concreta, un interesse di mora del 18% annuo (superiore al cd. tasso soglia), la relativa clausola è nulla, ai sensi dell'art. 1815, comma 2, cod. civ., non rilevando il tasso in concreto applicato, pari al 17,57% annuo, in quanto, da un lato, esso deriva da una clausola comunque nulla, e, dall'altro lato, si tratta di una clausola vessatoria.

Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione, affidato a dieci motivi ed illustrato da memoria, la Santander Consumer Bank s.p.a., in qualità di avente causa della Banca Ifis s.p.a., per effetto della retrocessione del credito precedentemente ceduto. L'intimata ha resistito con controricorso. Con ordinanza interlocutoria del 22 ottobre 2019, n. 26946, la prima Sezione ha rimesso la causa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite, sulla questione, sollevata fra le altre nel ricorso, relativa all'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori ed alle conseguenze dell'avvenuto superamento del tasso soglia. A dirimere tali contrasti delle sezioni semplici è intervenuta, pertanto, la decisione appunto della Corte di Cassazione, SS. UU. Civ., Pres. Mammone – Rel. Cirillo, con la sentenza n. 19597 del 18 settembre 2020, che ha espresso i principi sopra riportati.

2. – Le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato l'applicabilità della disciplina

antiusura agli interessi moratori e individuato come criterio di determinazione del tasso soglia le rilevazioni della Banca d'Italia (a far data dal d.m. 25 marzo 2003) relative alla maggiorazione media prevista nei contratti di mercato a titolo di interessi moratori, precisando che la nullità della clausola non impedisce l'applicazione dell'art. 1224, comma 1, cod. civ. con la conseguenza che continuano ad applicarsi al rapporto in essere gli interessi corrispettivi (lecitamente pattuiti). Partendo da un esame ricostruttivo delle posizioni emerse tra gli studiosi [1] e nella giurisprudenza [2], si rammenta anzitutto quell'orientamento escludente il rilievo della mora nella sfera dell'usura.

Esattamente, tale orientamento prende le mosse da una chiave esegetica che dà risalto alla lettera della norma penale, *ex* art. 644 c.p., laddove si parla di interessi dati o promessi "in corrispettivo" di una prestazione di denaro, e dell'articolo 1815 cod. civ., il quale al comma 1, nel fissare una presunzione di onerosità del contratto di mutuo, in maniera limpida, richiama gli interessi corrispettivi quali frutti civili per il godimento che il mutuatario ha del denaro del mutuante. Ancora, si nota come parimenti il comma 2 il quale fa riferimento alla nullità dei tassi usurari, non fa che riferirsi allo stesso tipo di interessi, ovvero gli interessi corrispettivi [3].

Viceversa, non sono mancate posizioni in dottrina che ammettono la rilevanza degli interessi moratori ai fini della disciplina antiusura. Tali tesi estensive [4], primariamente, nel considerare il dato letterale della norma, sia civile che penale (art. 1815, comma 2, cod. civ. e art. 644, comma 4, cod. pen.) non fanno distinzione tra i tipi di interesse applicabili. La dottrina non ha mancato, altresì, di sottolineare che "*va ulteriormente ricordata l'esclusione degli interessi moratori dalla sfera di applicazione dell'usura la quale non parrebbe giustificabile nemmeno sulla scorta di una presunta diversità di funzione*

---

[1] Sulla non applicabilità alla mora della disciplina antiusura, cfr. E. QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Corriere giur*., 1999, p. 890 ss., p. 894 s.; G. OPPO, *Lo "squilibrio contrattuale" tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.,* 1999, p. 534; F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir.comm*., 1997, p. 771 ss. e p. 777 ss. Per ulteriori spunti (penalistici) si rinvia a N. D'AGNESE, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, Napoli, 2019, p. 552, secondo il quale: "*Tuttavia vi sono anche ipotesi di reato contratto costituente reato plurisoggettivo improprio o "a cooperazione artificiosa della vittima", in cui uno degli agenti non è punibile in quanto è in realtà la vittima del reato (ad esempio l'usura)".*

[2] Cfr. Trib. Verona, 27 aprile 2014; Trib. Torino, 13 giugno 2018, n. 300.

[3] Sul punto si rinvia a A. CINQUE-C.A. VALENZA, *Interessi moratori e usura. Riflessioni a margine di Cass., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597*, in *Riv. Contratto e impresa,* 2/2021, p. 633 ss.

[4] In giurisprudenza vedi, Cass. 6 marzo 2017, n. 5598, in *Rep. Foro it*., 2017, voce *Usura*, n. 48; Cass. 9 gennaio 2013, n. 350, in *Foro it.,* 2014, I, c. 128 ss.; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Rep. Foro it.,* 2003, voce *Mutuo*, n. 16.

rispetto agli interessi corrispettivi: entrambi, infatti, costituirebbero, in ultima analisi e al di là dei dogmatismi, la remunerazione di un capitale di cui il creditore non ha goduto, in un caso volontariamente, nell'altro involontariamente, come conseguenza dell'inadempimento del debitore" [5].

In tale percorso la Corte ha analizzato il principio di simmetria, ancorato al fatto che la soglia considerata deve essere simmetrica, in particolare deve prendere a fondamento i dati di base, considerati sul mercato, che rappresentino la fotografia del livello delle condizioni medie di mercato; principio in precedenza sposato anche in altra sentenza [6]. L'aspetto evidenziato dal Collegio è l'esigenza di garantire un giusto equilibrio dei dati sulla base dei quali, poi, si dovrà effettuare il calcolo del TEG da applicare al contratto firmato tra le parti e il TEGM, ossia elemento attraverso il quale si stabilisce il tasso soglia. Con l'utilizzo del principio in discorso risulta conciliabile "il ricorso ai criteri oggettivi e statistici, contenuti nella rilevazione ministeriale" indicante "i tassi medi degli interessi moratori praticati dagli operatori professionali".

Da tale principio la Corte fa derivare la correlazione fra i costi e le remunerazioni che costruiscono il TEGM stabilito nei decreti ministeriali e i costi e le remunerazioni esaminate nel TEG del singolo finanziamento stipulato. Non si può non rilevare che le Sezioni Unite, nella presente sentenza, danno l'impressione di essere particolarmente attente nel creare un collegamento con un proprio precedente di qualche anno prima [7], il quale esaltava il principio di simmetria che dell'odierna sentenza rappresenta il fulcro. Precisamente, la pronuncia del 2018 (riportata in nota) risolveva la *vexata quaestio* della rilevanza della commissione di massimo scoperto ai fini del calcolo del TEG (tasso effettivo globale) per il periodo antecedente al 1° gennaio 2010 [8]. Ponendo in rilievo talune affinità con il precedente del 2018, la Corte è "riuscita", nello stesso tempo, a confermare, per un verso, la piena razionalità del c.d. principio di simmetria, in aderenza a quanto statui-

---

[5] Così, A. CINQUE-C.A. VALENZA, *Interessi moratori e usura. Riflessioni a margine di Cass., Sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597*, *Riv. Contratto e impresa* 2/2021, p. 636.

[6] Cass., S.U., 20 giugno 2018, n. 16303.

[7] Cass., S.U., 20 giugno 2018, n. 16303.

[8] Il Supremo Collegio di legittimità con la pronuncia del 20 giugno 2018, n. 16303 definisce la nozione di commissione di massimo scoperto: "*come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso – che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni – viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento*".

to dalla pronuncia richiamata del 2018 [9], e per altro verso, ad affermare "*che, in ragione della esigenza primaria di tutela del finanziato, sia giocoforza comparare il T.e.g. del singolo rapporto, comprensivo degli interessi moratori in concreto applicati, con il T.e.g.m. così come in detti decreti rilevato; onde poi sarà il margine, nella legge previsto, di tolleranza a questo superiore, sino alla soglia usuraria, che dovrà offrire uno spazio di operatività all'interesse moratorio lecitamente applicato*" [10].

La Corte, nella sentenza in commento, infatti, avvertita l'esigenza di rispettare il principio di simmetria, configura un'apposita soglia usuraria per gli interessi moratori, integrando il tasso soglia "ordinario", cioè quello rilevante per gli interessi corrispettivi, con un dato relativo alla maggiorazione media di mora praticata dagli operatori professionali [11]. In dottrina, invero, la regola di simmetria tra le voci del TEGM [12] e quelle del TEG è

---

[9] (Cass., S.U., 20 giugno 2018, n. 16303) "*secondo cui deve esservi simmetria tra il tasso effettivo globale medio rilevato trimestralmente a norma della l. n. 108 del 1996, art. 2, comma 1, ed il tasso effettivo globale della singola operazione"*e "*Tutto ciò, atteso sia il contenuto letterale delle disposizioni che disciplinano il T.e.g. ed il T.e.g.m… sia l'intuitiva esigenza logica legata all'essenza stessa di ogni procedimento comparativo, che, in quanto tale, postula un certo grado di omogeneità dei termini di riferimento*" cfr. (Cass., S.U., n. 2020/19597, § 7 II.3).

[10] Cass., S.U., 18 settembre 2020, n. 19597, § 7 III.

[11] Così, A. CINQUE-C.A. VALENZA, *Interessi moratori e usura. Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597*, in *Contratto e impresa*, 2/2021, p. 641.

[12] L'art. 2 l. n. 108/1996, precisa al primo comma che il t.e.g.m. riferito ad anno viene rilevato trimestralmente dal Ministero del Tesoro, sentito la Banca d'Italia, avuto riguardo agli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari abilitati, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura. I vari decreti ministeriali che hanno proceduto a detta rilevazione hanno stabilito che «le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del limite di cui all'art. 2, comma 4 della L. n. 108\96, si attengono ai criteri di calcolo delle emanate dalla Banca d'Italia». L'organo di vigilanza nella sezione dedicata alle metodologie di calcolo allegata in calce ad ogni decreto di rilevazione (da ultimo Istruzioni Luglio 2016, p. 10 ss.) adotta una formula per il calcolo del t.e.g.: in analogia a quanto previsto dal Provvedimento della Banca d'Italia del 15 luglio 2015 per il calcolo del t.a.e.g. Orbene il calcolo del t.a.e.g. (tasso annuo effettivo globale) è regolamentato dal decreto del Ministro del Tesoro del 8 luglio 1992 che all'art. 2, comma quinto stabilisce che «il calcolo del TAEG di un'operazione di credito al consumo è eseguito al momento della stipulazione del relativo contratto con riferimento alle condizioni in esso praticate». Il t.a.e.g. è calcolato secondo quanto previsto dalla disciplina in materia di credito per i consumatori (Provvedimento della Banca d'Italia del 15 luglio 2015 sezione VII, paragrafo 4.2.4 e Allegato 5B) o, in presenza di ipoteca su di un bene immobile, secondo quanto previsto dalla disciplina in materia di credito immobiliare ai consumatori (sezione VI-*bis*, paragrafo 5.2.4, e Allegato 5C). Per completezza occorre rammentare che il 19 marzo 2019 la Banca d'Italia ha pubblicato l'aggiornamento delle disposizioni in materia di "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti" volto a dare attuazione alla direttiva 2015/2366/UE (*Payment Services Directive*, c.d. PSD2) e al capo II-*bis*, titolo VI, del Testo unico bancario in materia di trasparenza dei servizi di pagamento; alle direttive 2014/17/UE (*Mortgage Credit Directive,* c.d. MCD) e 2008/48/CE (*Consumer Credit Directive*, c.d. CCD), come modificate dal regolamento

stata negli anni oggetto di un vivace dibattito. È stato sottolineato [13] che l'ordinanza di rimessione accennava alla necessità che le sezioni unite vagliassero proprio "con quali modalità debba aver luogo" il "riscontro" dell'avvenuto "superamento nel caso concreto" del "tasso soglia". È stato, inoltre, evidenziato [14] che il tasso-soglia, forgiato sul TEGM, è inteso come dato storico, costituito dalle commissioni, dalle remunerazioni, dai costi e dagli interessi effettivamente applicati nel corso dei tre mesi che precedono le operazioni della medesima natura (art. 2, commi 1 e 4. l. n. 108/1996); mentre il TEG è delineato dal legislatore come un dato concreto, di portata prescrittiva, coincidente con le commissioni, le remunerazioni a qualsiasi titolo e le spese imposte dal contratto per l'erogazione del credito (art. 644, comma 4, cod. pen.). Altra tesi [15], ancora, ha evidenziato come il principio di simmetria non sembra mostrare logicità per la sua inclinazione a prestarsi a non accettabili elusioni dell'usura in astratto; in tal guisa si consente al singolo istituto di credito, ovvero al singolo intermediario finanziario, di includere impunemente nell'accordo contrattuale una modalità di remunerazione oppure di vantaggio in più e diverso da quello censito ai fini delle rilevazioni trimestrali, immunizzate dal vaglio del giudice di usura finché le istruzioni della Banca d'Italia non cambino in modo da accorpare anche tali utilità.

A parere di chi scrive, il nodo di tutta la vicenda affrontata dalle Sezioni unite è rappresentato dalla necessità di correlazione tra costi e remunerazioni che costituiscono il TEGM rilevato e fissato nei decreti ministeriali e i costi e le remunerazioni vagliate dal giudice nel TEG del singolo contratto di finanziamento. Giova in merito osservare che il Supremo Collegio interpreta la "simmetria" come omogeneità. Lo si ricava dal passaggio in cui la sentenza fonda la razionalità del c.d. principio di simmetria oltre che sul "*conte-*

2016/1011/UE, in materia di informativa precontrattuale sugli indici di riferimento (cd. Regolamento Benchmark).

[13] E. QUADRI, *La via delle sezioni unite alla rilevanza usuraria degli interessi moratori,* in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2021, 1, p. 190.

[14] Così, F. PIRAINO, *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*, in *Contratti*, 2020, p. 147; su tale profilo si veda, inoltre, G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003, p. 48 ss.; G. FAUCEGLIA, nel *Commentario Gabrielli, Dei singoli contratti,* III, a cura di Valentino, Torino, 2011, *sub* art. 1815, p. 201 ss.; C. COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Torino, 2016, p. 530.

[15] Si veda sul punto, G. D'AMICO, *Postilla* (2017). *Sul c.d. "principio di simmetria" tra elementi che concorrono alla determinazione del T.E.G. (ai fini del giudizio di "usurarietà") ed elementi oggetto di rilevazione ai fini della determinazione del T.E.G.M.,* in *Gli interessi usurari: Quattro voci su un tema controverso,* Torino, 2017, p. 62.

nuto letterale delle disposizioni che disciplinano il T.e.g. ed il T.e.g.m., ovvero (del) *l'art. 644, comma 4, c.p. e* (del) *l'art. 2, comma 1, della l. n. 108 del 1996*"; quanto sulla *"intuitiva esigenza logica legata all'essenza stessa di ogni procedimento comparativo, che, in quanto tale, postula un certo grado di omogeneità dei termini di riferimento*" [16].

Tuttavia, non va sottaciuto che la simmetria richiamata dalla Corte si "dissolve" quando nel *decisum* è esaminato il periodo che precede il secondo semestre del 2003. Si ritiene, invece, che la necessità di simmetria avrebbe dovuto portare le Sezioni Unite a non considerare, con il riguardo al periodo che precede il secondo semestre del 2003, l'interesse moratorio ai fini dell'usura oggettiva, lasciando al mutuatario il presidio dell'art. 1384 cod. civ., oppure l'eventuale prova dell'usura in concreto.

3. – La necessità di tenere distinte le due sfere di operatività riguardanti gli interessi moratori e gli interessi corrispettivi è stata innumerevoli volte evidenziata dalla giurisprudenza di legittimità. A giudizio della Suprema Corte i tassi moratori vanno assoggettati a un giudizio di liceità che va comunque distinto dal giudizio concernente gli interessi corrispettivi. È chiaro che, acclarato che gli interessi di mora non sono alieni all'esame di usurarietà, l'impalcatura del ragionamento seguito dal Collegio è basata proprio sul meccanismo mediante il quale tali interessi devono essere calcolati. È opportuno, allora, come si evince dalla posizione tracciata dal Collegio, elaborare *in primis* il tasso mora-soglia, sommando al TEGM la maggiorazione che mostra la media dei tassi moratori, comparando poi, al risultato ottenuto, il tasso moratorio.

Che cosa accade nell'eventualità di un'eccedenza del secondo valore sul primo? In tale circostanza [17] potrebbe essere percorsa la strada dell'applicazione dell'art. 1815 cod. civ., eliminando, in tal modo, dall'accordo, solamente la clausola che racchiude in sé gli interessi moratori, lasciando in vita, viceversa, i costi legalmente concordati; a tale tesi fa

[16] Cass., S.U., 18 settembre 2020, n. 19597.

[17] Cfr. *ex multis* F. PIRAINO, *Interessi moratori e usura*, in *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, a cura di G. D'amico, II ed., Torino, 2017, 151 ss., p. 192 ss.; ID., *Interessi moratori, usura e c.d. clausola di salvaguardia*, in *Contratti*, 2020, p. 138 ss.; D. SINESIO, *Gli interessi usurari. Profili civilistici*, Napoli, 1999, p. 65 ss.; G. GIOIA, *La disciplina degli interessi divenuti usurari: una soluzione che fa discutere*, in *Corr. giur*., 2000, 878; P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, nel Trattato dir. civ. CNN, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, p. 168 ss.; A. PURPURA, *Autonomia privata, responsabilità e attuazione coattiva del credito*, Torino, 2020, 103 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; N. RIZZO, *Gli interessi moratori usurari nella teoria delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca Borsa e Titoli di credito*, 2018, p. 363.

da contraltare quella [18] che, reputando tale riferimento codicistico applicabile ai soli interessi corrispettivi, giungerebbe allo stesso risultato però percorrendo la strada applicativa degli artt. 1418 e 1419 cod. civ. Viceversa, per autorevole dottrina [19], sarebbe più opportuno che il giudicante ponesse in essere un'operazione che livellasse il saggio di mora ad un criterio ritenuto lecito: sul presupposto dell'equiparabilità tra interessi moratori convenzionali e clausola penale, tali tassi dovrebbero allora essere ridotti, ai sensi dell'art. 1384 cod. civ., entro il tasso soglia [20] o il TEGM trimestralmente rilevato.

Infatti, non è sostenibile comparare *ipso facto* il tasso di mora con il tasso soglia, tra l'altro, non è possibile offrire una definizione del TEG sommando tali interessi con gli interessi corrispettivi. Allora, il raffronto andrà fatto tra costo complessivo del rapporto unitario e un altrettanto tasso soglia unitario. A questo punto sarà nuovamente evocato il principio di simmetria, quale garanzia della omogeneità dei risultati raggiunti dal confronto, decretando che soltanto nel caso in cui un costo eventuale trovi, come affermato dalla dottrina [21], spazio nel rapporto e, di riflesso, nella prima delle due misure oggetto del confronto (TEG), questo rilevi anche nella seconda (TEGM) [22], che di quel dato rappresenta il termine astratto di paragone. Va, inoltre, precisato che *«individuare quale tas-*

---

[18] F. PIRAINO, *La rilevanza degli interessi moratori nel giudizio di usura in astratto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, I, p. 601; S. PAGLIANTINI, *Spigolature di un idolum fori: la c.d. usura legale del nuovo art. 1284*, in G. D'amico (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, Torino, 2016, p. 76; F. GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. notar*., 2000, II, p. 1447-1448; V. SASSI, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, in *Riv. dir. civ*., 2010, p. 247 ss., p. 251; V. TRINCHILLO, *Obbligazioni pecuniarie, interessi ed usura*, in N. Graziano (a cura di), *Il mutuo bancario*, Padova, 2013, p. 228; N. MANCINI, *Osservazioni su anatocismo e conseguenze civilistiche dell'usurarietà sopravvenuta*, in *Giur. comm*., 2013, p. 655; P. PERLINGIERI, *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ*., 2013, p. 480 s.; M. SEMERARO, *Usura originaria, usura sopravvenuta e interessi moratori*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 6, 2015; A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002; E. QUADRI, *Profili civilistici generali dell'usura*, in Macario-Manna (a cura di), *Mercato del credito e usura*, Milano, 2002, 103, 112; E. QUADRI, voce *Usura* (dir. civ.), in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1999, p. 1 ss.; F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in materia di usura e tutela civilistica della vittima del reato,* in *Riv. dir. comm*., 1997, I, pp. 771-777; G. OPPO, Lo «*squilibrio contrattuale*» *tra diritto civile e diritto penale,* in *Riv. dir. civ*., 1999, I, p. 533 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001, p. 194.

[19] R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione della moneta nei rapporti di obbligazione*, in *Foro it*., 1944-1946, IV, 44; T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, nel Commentario Scialoja-Branca, in *Foro it.,* Bologna, 1959, *sub* artt. 1277-1284, p. 564.

[20] G. D'AMICO, *op. cit*., p. 43.

[21] A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, Bologna, 2013, p. 153.

[22] L'equilibrio tra valori che chiariscono TEG e TEGM è stato affermato dalla giurisprudenza della nomofilachia (Cass. 22 giugno 2016, n. 12965; Cass., S.U., 20 giugno 2018, n. 16303; Cass. 17 ottobre 2019, n. 26286; Cass. 20 agosto 2020, n. 17466).

so moratorio debba essere considerato nel calcolo del TEG significa allora specificare quale sia il momento in cui tale interesse assume rilevanza» [23].

Si sottolinea, però, che se si sposasse la tesi [24] (teoria della potenzialità) ad avviso della quale gli interessi moratori cooperano al vaglio di usurarietà sin dal momento della stipula dell'accordo, si impatterebbe frontalmente con una serie di diverse operazioni rappresentanti solo ipotesi, dando pregnanza a costi potenziali, in quanto assoggettati a eventi futuri non realizzatisi; in sostanza, è come applicare un interesse di mora a chi non è ancora in mora nello svolgimento delle trattative contrattuali. Non va sottaciuta, su quest'ultimo punto del discorso, quella giurisprudenza di legittimità [25] che ha evocato la l. n. 108/1996 [26] e la l. n. 24/2001, secondo cui la verifica sull'usurarietà [27] debba essere attuata al tempo della stipulazione dell'accordo. Tuttavia, il vaglio del Giudice di legittimità ha riguardato anche i profili rimediali esperibili al cospetto di tassi moratori usurari. Da ciò è stata prospettata la strada dell'equilibrio fra esigenze applicative della normativa e quelle di creare una sicurezza del sistema del credito. La dottrina ha rilevato che la Suprema Corte non ha mancato di prendere in considerazione, senza alcuna reale preclusione di principio, la prospettiva tendente a inquadrare la pattuizione degli interessi moratori nel contesto della problematica concernente la "clausola penale", di cui all'art. 1382 ss. cod. civ., escludendone, in buona sostanza, la generale praticabilità, essen-

---

[23] Così testualmente, L. MORISI, *Gli interessi moratori usurari al vaglio delle Sezioni unite*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, n. 1, Padova, parte I, p. 50.

[24] F. PIRAINO, *La rilevanza degli interessi moratori nel giudizio di usura in astratto*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, I, p. 601; R. MARCELLI, *Usura e tasso di mora*, in *ilcaso.it*, 2018, 16; F. GRECO, *Problemi interpretativi della disciplina civilistica dell'usura*, in *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, a cura di A. Barenghi, Napoli, 2018, p. 337 ss.; G. GUIZZI, *La Cassazione e l'usura…per fatto del debitore* ("*Aberrazioni" giurisprudenziali in tema di interessi di mora e usura*), in *Corr. giur.*, 2019, 2, p. 153 ss.

25Ci si riferisce a Cass., S. U., 19 ottobre 2017, n. 24675, a seguito di tale pronuncia scompare la "usura sopravvenuta".

[26] Sul punto si veda, F. MUCCIARELLI, *Commento alla Legge 7/03/1996 n. 108 – Disposizioni in materia di usura,* in *Legisl. pen*., 1997, p. 537 ss.; R. MARCELLI, *Il mercato del credito: più ombre che luci*, in *www.ilcaso.it*, 2009; R. MARCELLI, *La soglia d'usura ha raggiunto un livello pari a 100 volte l'Euribor: il presidio di legge è un argine o una copertura?*, in *www.ilcaso.it*, 2013; R. MARCELLI, *Usura. Dopo l'usura presunta (oltre la soglia), un nuovo intervento della Cassazione precisa i principi di accertamento dell'usura concreta*, in *www.ilcaso.it*, 2014.

[27] In tema di usurarietà, si veda A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali,* in *banca, Borsa, titoli di credito*, 2013, 501; ID., *Le prime sentenze della Cassazione civile in materia di usura ex lege n. 108/1996*, in *Banca, borsa, tit. cred*., 2000, p. 627 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione "autentica",* in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 82.

zialmente, per i timori legati al carattere "casistico" dell'operatività del rimedio dell'art. 1384 cod. civ [28]. La sentenza annotata rileva una sorta di genere a specie; in particolare si ritiene che la disciplina generale della clausola penale, *ex* art. 1384 cod. civ., ceda il passo agli interessi usurari intesi come regola di specie, anche perché invocare il meccanismo *ex* art. 1384 cod. civ. non garantirebbe, precisamente, un adeguato livello di protezione per il debitore: la riduzione giudiziale determinerebbe risultati non omogenei sul territorio nazionale o, al più, si limiterebbe ad adeguare l'interesse pattuito al tasso soglia e non al minor tasso degli interessi corrispettivi.

Occorre, infine, evidenziare che il Supremo Collegio dichiara di applicare l'art. 1815, comma 2, cod. civ. ma, correggendolo con l'art. 1224 cod. civ., di fatto lo disapplica [29]. Allora, su tale punto, il ragionamento della Corte si presenta manchevole sotto il profilo "repressivo", poiché non idoneo a disincentivare la previsione di interessi moratori usurari [30]. Tutto quanto detto ha una spiegazione sia perché, una parte degli interessi è comunque dovuta, sia perché le Sezioni unite hanno affermato che, in ogni caso, assumono importanza gli interessi concretamente applicati al tempo dell'inadempimento, non anche quelli che in astratto discendono dal contratto. La dottrina non ha mancato di sottolineare che *«In sostanza la banca, avvertita della potenziale usurarietà del tasso di mora, si guarderà bene dall'applicare quel tasso nel caso di inadempimento del debitore. E le basterà applicare un tasso appena sotto la soglia per evitare le conseguenze dell'usura»* [31]. Tutto ciò, quindi, renderebbe le Banche "esenti" dal subire sanzioni.

La Corte affronta inoltre la questione del riparto probatorio. In particolare il Tribunale, nel caso riportato in sentenza, affronta l'assolvimento dell'onere probatorio chiarendo che quest'ultimo, relativamente all'esistenza della c.d. usura soggettiva, grava sull'attore in maniera duplice nel senso che, oltre alla verifica numerica degli interessi, è tenuto a provare che gli interessi "*avuto riguardo alle concrete modalità del fatto ed al tasso medio praticato per operazioni similari, risultino…. sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o altra utilità…quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria*".

Il giudice di merito ha ribadito che spetta all'attore provare, con le modalità e i tempi

---

[28] E. QUADRI, *La via delle sezioni unite alla rilevanza usuraria degli interessi moratori,* in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1/2021, p. 191.

[29] Così, A. CINQUE-C.A. VALENZA, *op. cit.*, p. 646.

[30] Così, *op. ult. cit.*, p. 646.

[31] Così, A. CINQUE-C.A. VALENZA, *op. cit.*, p. 657.

previsti dal nostro ordinamento processuale, ogni elemento idoneo a poter individuare il carattere usurario del mutuo, ovvero della nullità della clausola che ha determinato il tasso oggetto del contendere. Nello specifico, il Giudice ha statuito, a monte della rilevabilità di ufficio delle clausole che prevedono l'applicazione di tassi usurari, la necessità della tempestiva allegazione degli elementi di fatto da cui avrebbe origine il giudizio di nullità, senza che rilevino eventuali e successivi fatti nuovi, poiché determinerebbero differenti temi di indagine, diversi da quelli cristallizzati nei termini processualmente predeterminati. Le Sezioni Unite, sul punto, indicano gli oneri probatori gravanti sulle parti nelle controversie sulla debenza e misura degli interessi moratori, ai sensi dell'art. 2697 cod. civ.: in sostanza il debitore, che ha interesse a dimostrare il valore usurario degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento. E invece, sulla scorta della ricostruzione compiuta, è l'ente creditizio che ha l'onere di allegazione e dimostrazione dei fatti che abbiano modificato, ovvero estinto, il diritto altrui; a titolo esemplificativo si ricorda la pattuizione negoziata della clausola con il soggetto, sebbene avente la veste di consumatore, la diversa misura degli interessi applicati o altro [32].

4. Traendo le fila del discorso, emerge, in maniera chiara: l'importanza degli interessi moratori ai fini dell'usura; la volontà di creare un tasso soglia con il quale comparare il tasso moratorio che discende dal contratto; la rideterminazione dei soli interessi moratori usurari nella misura dei corrispettivi pattuiti lecitamente, fermo restando l'onerosità del mutuo [33]. La Corte, nella pronuncia in esame, ha affermato, in sostanza, di poter "contravvenire" alle norme che disegnano l'usura in astratto, introducendo un tasso-soglia adeguato per le voci di costo. Precisamente, le Sezioni unite hanno provveduto all'elaborazione di un tasso appositamente stabilito per gli interessi di mora, realizzato aggiungendo al TEGM l'incremento medio annuo degli interessi corrispettivi praticato a titolo di interessi moratori, rilevato dalla Banca d'Italia per scopi semplicemente conoscitivi, a scadenza non trimestrale e pubblicato all'interno dei decreti ministeriali.

In particolare, il Collegio ammette inizialmente l'esistenza del principio di simmetria,

[32] Cass., S.U., 18 settembre 2020, n. 19597.

[33] Così, *op. ult. cit.*, p. 657.

e su tale base, addirittura elaborando un tasso-soglia specifico per gli interessi di mora, ma ritiene, successivamente, il principio indicato fallibile nei casi di vertenze soggette, un tempo, ai decreti del Ministero emanati prima del d.m. del 25 marzo 2003. Sul punto la dottrina ha affermato che "*la ragione individuata a sostegno di questa conclusione lascia di stucco, perché fondata sull'assunzione di natura valutativa che ha condotto a individuare la* ratio *nella più ampia tutela del cliente*" [34].

La Corte, a fronte della regola di onnicomprensività del TEGM e TEG, avrebbe dovuto, ragionevolmente, ritenere gli interessi di mora sottratti al reato di usura in astratto, in tal caso esaltando le decisioni prese in occasione di rilevazioni trimestrali per opera del Ministero dell'economia e della Banca d'Italia, oppure battere la strada dell'illegittimità dei citati decreti del Ministero. Tuttavia la seconda evenienza non si pone allorché si sostiene una divergenza tra TEGM e TEG, ritenendosi che tale divergenza alla fine sia preferibile poiché congruente con la costruzione normativa.

A parere di chi scrive, le Sezioni Unite errano quando prevedono che gli interessi moratori possano stare all'interno del TEG, in base alla circostanza che tali interessi incorporano il costo che il finanziatore deve affrontare per attivare gli strumenti di tutela del credito restitutorio insoddisfatto. Il percorso motivazionale delle Sezioni Unite non riesce a persuadere per offuscare del tutto il dato normativo, che invece svolge sempre un ruolo centrale nella regolazione delle vicende. Posto che oggetto della questione esaminata dalla Corte sono rapporti di grande rilevanza per il mercato (la necessità di assicurare un bilanciamento degli interessi delle parti) spetta al legislatore eventualmente riscrivere la disciplina dell'usura.

Pur consapevoli dell'esigenza di un'interpretazione sistematica ed evolutiva secondo i valori dell'ordinamento, le Sezioni Unite individuano un tasso-soglia appositamente per gli interessi moratori, che non è nella normativa. Peraltro hanno ritenuto di assoggettarli ad una autonoma valutazione di usurarietà, distinta da quella degli interessi corrispettivi e delle altre remunerazioni e costi fissi, senza delineare gli indirizzi valoriali perseguiti ai

---

[34] Così, F. PIRAINO, *Gli interessi moratori usurari ma contra legem*, in *Nuova giurisp. civ. comm.*, 2021, 1, p. 203; sul punto si veda, inoltre, M. AVAGLIANO, *Profili problematici in tema di usura: interessi di mora e ius superveniens*, in *Riv. dir. priv.,* 2001, p. 399 ss.; P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008, p. 127 ss.; P.L. FAUSTI, *Il mutuo*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, p. 168 ss.; G. GIOIA, *Difesa dell'usura*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 504 ss.; R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura,* in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 482 ss.; S. T. MASUCCI, *Disposizioni in materia di usura. La modificazione del codice civile in tema di mutuo ad interesse,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 482 ss.; A. RICCIO, *Le conseguenze civili dei contratti usurari: è soppressa la rescissione ultra dimidium?* in *Contr. e impr.*, 1998, p. 1037.

quali intende legare le scelte compiute. Si ritiene che il criterio accolto potrebbe essere "violativo" dell'art. 644 cod. pen. e dell'art. 2 della l. n. 108/1996, in particolare, quindi, della citata regola di onnicomprensività.

Quest'ultimo punto del discorso va peraltro annodato alla figura del contratto di credito al consumo (altro tema nevralgico della questione vagliata dalla Suprema Corte) facendo venire in rilievo la disciplina consumeristica quanto agli effetti, dal punto di vista dell'usura, della statuizione di clausole che determinano interessi di mora in misura eccessiva. In particolare, l'esame in termini di "manifesta eccessività" del tasso pattuito si accosta, sotto il profilo dei rimedi, con la norma richiamata dal d.lgs. n. 206/2005, esattamente con la nullità scaturente dalla combinazione degli artt. 33, comma 2, lett. *f*) e 36, comma 1.

In conclusione, la Suprema Corte, nello scostarsi da una puntuale considerazione del dato positivo, ha finito anche con il regolare i variegati interessi coinvolti in una guisa che tradisce i valori sottesi al testo normativo, quale essenziale referente nella valutazione e nella comparazione degli interessi coinvolti.

CASS. CIV., SEZ. I, ORDINANZA 25 MAGGIO 2021, N. 14381

Il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato; ne segue che nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati.

…Omissis…

FATTI DI CAUSA

1. L'Associazione *Omissis* chiedeva al tribunale di Roma l'annullamento del provvedimento in data 24 novembre 2016 col quale il Garante per la protezione dei dati personali *(breviter* solo Garante) aveva disposto, ai sensi dell'art. 154, primo comma, lett. d), del d.lgs. n. 163 del 2016, il divieto di qualunque operazione di trattamento dei dati personali (presente e futura) effettuata dall'associazione medesima in connessione ai servizi offerti tramite la "Infrastruttura Immateriale *Omissis* per la Qualificazione Professionale', per contrasto con gli artt. 2, 3, 11, 23, 24 e 26 del codice privacy.

Il cd. sistema *Omissis* – per quanto è dato evincere – si concretizza in una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali concernenti persone fisiche e giuridiche, col fine di contrastare fenomeni basati sulla creazione di profili artefatti o inveritieri e di calcolare, invece, in maniera imparziale il cd. "rating reputazionale" dei soggetti censiti, per modo da consentire a eventuali terzi una verifica di reale credibilità.

Nella resistenza del Garante, l'adito tribunale ha parzialmente accolto il ricorso. In particolare ha annullato il provvedimento facendo salva l'efficacia del divieto quanto al solo trattamento dei dati personali per l'attività inerente il cd. "Profilo Contro", riguardante soggetti terzi non associati a *Omissis*.

In simile prospettiva il tribunale ha ritenuto non condivisibile la ragione di illiceità della

piattaforma, e del connesso trattamento dei dati personali, ritenuta dal Garante – ragione fondamentalmente rinvenuta nell'"assenza di una idonea cornice normativa, rilevante ai sensi dell'art. 11 lett. a) del D.Lgvo n. 198/2003" quale base del predisposto sistema di raccolta e di trattamento di dati personali; e ciò pur essendo il sistema suscettibile di incidere pesantemente sulla rappresentazione economica e sociale di un'ampia categoria di soggetti, con ripercussione del rating sulla vita privata degli individui censiti.

A dire del tribunale, non avrebbe potuto negarsi – in vero – all'autonomia privata la facoltà di organizzare sistemi di accreditamento di soggetti, fornendo servizi in senso lato "valutativi", in vista del loro ingresso nel mercato, per la conclusione di contratti e per la gestione di rapporti economici.

Per la cassazione della sentenza, notificata il 9 aprile 2018, l'avvocatura generale dello Stato, per conto del Garante, ha proposto ricorso sulla base di sette motivi.

L'associazione ha replicato con controricorso e ha poi depositato una memoria.

Il PG ha depositato una requisitoria scritta.

Ragioni della decisione

I. – Coi primi quattro motivi, connessi, l'avvocatura ricorrente denunzia: (i) l'omesso esame del fatto decisivo rappresentato dalla dedotta inconoscibilità dell'algoritmo utilizzato per l'assegnazione del punteggio di rating, con conseguente mancanza del necessario requisito di trasparenza del sistema automatizzato funzionale a rendere consapevole il consenso prestato dell'interessato; (ii) la violazione dell'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali della UE e degli artt. 13, 23 e 26 del d.lgs. n. 196 del 2003, 7 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, e dell'art. 1346 cod. civ., in quanto l'omessa considerazione del fatto, incidendo sul requisito di trasparenza dell'algoritmo usato per l'elaborazione dei dati, inficerebbe l'affermazione del tribunale circa la rilevanza del consenso prestato; (iii) la violazione dell'art. 7 del d.lgs. n. 196 del 2003, poiché è in generale violato il diritto all'informazione in un sistema in cui l'interessato non sia posto in condizione di conoscere la modalità di funzionamento dell'algoritmo in base al quale è trattato il dato personale; (iv) la violazione degli artt. 11 del d.lgs. n. 196 del 2003 e 5 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, perché sarebbe altresì violato dalla manchevolezza esposta il principio di liceità, correttezza e trasparenza richiesto dalla legge.

Col quinto, sesto e settimo mezzo l'avvocatura ulteriormente deduce: (v) la violazione dell'art. 8 della carta fondamentale dell'Unione Europea e degli artt. 13, 23 e 26 del d.lgs. n. 186 del 2003 e 7.4 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e

del Consiglio, sotto il profilo delle modalità di inserimento delle clausole contrattuali afferenti alla pubblicazione degli atti e dei documenti delle controparti; (vi) l'omesso esame di fatto decisivo in ordine alla previsione di penali in caso di revoca dell'autorizzazione a pubblicare i dati relativi a inadempienze contrattuali; (vii) la violazione dell'art. 8 della carta fondamentale dell'Unione Europea e degli artt. 13, 23 e 26 del d.lgs. n. 186 del 2003 e 7.4 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, come conseguenza dell'omissione di cui sopra.

II. – I primi quattro motivi, da esaminare congiuntamente, sono fondati.

Occorre dire che contrariamente a quanto sostenuto dal PG il ricorso, nel riferire della decisività del profilo in essi menzionato, non difetta di autosufficienza, poiché a pag. 6 è puntualmente riportato il corrispondente tratto della deduzione a suo tempo fatta dal Garante in risposta all'avverso ricorso.

D'altronde emerge finanche dalla sentenza (pag. 8) che era stata sollevata dal Garante la questione della impossibilità di conoscere l'algoritmo utilizzato per determinare il rating reputazionale.

III. – Ora il tribunale di Roma ha ritenuto legittimo il trattamento dei dati personali degli aderenti al sistema *Omissis* perché validato dal consenso, e dunque perché espressione di autonomia privata.

Ha poi supportato l'affermazione aggiungendo che "la realtà attuale, nazionale e sovranazionale, conosce diffusamente fenomeni di valutazione e di certificazione da parte di privati, riconosciuti anche a fini di attestazione di qualità e/o di conformità a norme tecniche". Cosicché la mancanza di una disciplina normativa istitutiva del "rating reputazionale" proposto dall'associazione, analogo, per esempio, al cd. "rating d'impresa" di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016, non poteva intercettare un difetto di liceità del sistema.

IV. – Sennonché questa Corte ha già avuto modo di considerare che, ai fini della liceità del trattamento basato sul consenso, l'art. 23 del d.lgs. n. 196 del 2003 (cd. codice privacy) presuppone non solo il consenso, ma anche che il consenso sia validamente prestato (v. Cass. n. 17278-18, Cass. n. 16358-18).

Specificamente l'art. 23 dispone che (a) il trattamento di dati personali da parte di privati o di enti pubblici economici è ammesso solo con il consenso espresso dell'interessato; (b) il consenso può riguardare l'intero trattamento ovvero una o più operazioni dello stesso; (c) il consenso è validamente prestato solo se è espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento *"chiaramente individuato",* se è documentato per iscritto, e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'art. 13; (d) il consenso è manifestato in forma scritta quando il trattamento riguarda dati sensibili.

VI. – In simile quadro di regole e principi l'espressione "*chiaramente individuato*" – che contraddistingue il trattamento del dato personale – presuppone che il consenso debba essere previamente informato in relazione a un trattamento ben definito nei suoi elementi essenziali, per modo da potersi dire che sia stato espresso, in quella prospettiva, liberamente e specificamente.

A tal riguardo è onere del titolare del trattamento fornire la prova che l'accesso e il trattamento contestati siano riconducibili alle finalità per le quali sia stato validamente richiesto – e validamente ottenuto – un consenso idoneo.

VII. – Nel caso di specie il trattamento era (ed è) funzionale alla determinazione del profilo reputazionale dei soggetti.

La valutazione di liceità di un simile trattamento, basata sul consenso, non poteva essere prospettata dal tribunale senza una previa considerazione degli elementi suscettibili di incidere sulla serietà della manifestazione, e tra questi anche e proprio gli elementi implicati e considerati nell'algoritmo afferente, il funzionamento del quale è essenziale al calcolo del rating.

La scarsa trasparenza dell'algoritmo impiegato allo specifico fine non è stata ben vero disconosciuta dall'impugnata sentenza, la quale ha semplicemente ritenuto non decisivi i dubbi relativi al sistema automatizzato di calcolo per la definizione del rating reputazionale, sul rilievo che la validità della formula riguarderebbe "il momento valutativo del procedimento", a fronte del quale spetterebbe invece al mercato "stabilire l'efficacia e la bontà del risultato ovvero del servizio prestato dalla piattaforma".

Questa motivazione non può esser condivisa giuridicamente, in quanto il problema non era (e non è) confinabile nel perimento della risposta del "mercato" – sintesi metaforica per indicare il luogo e il momento in cui vengono svolti gli scambi commerciali ai più vari livelli – rispetto alla predisposizione dei rating attribuiti ai diversi operatori.

Il problema, per la liceità del trattamento, era invece (ed è) costituito dalla validità – per l'appunto – del consenso che si assume prestato al momento dell'adesione. E non può logicamente affermarsi che l'adesione a una piattaforma da parte dei consociati comprenda anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale di un algoritmo, per la valutazione oggettiva di dati personali, laddove non siano resi conoscibili lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati.

VIII. – La sentenza va quindi cassata, con assorbimento dei restanti motivi di ricorso.

La causa deve essere rinviata al medesimo tribunale di Roma, in diversa composizione, per nuovo esame.

Il tribunale si uniformerà al seguente principio di diritto: in tema di trattamento di dati

personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato; ne segue che nel caso di una piattaforma web (con annesso archivio informatico) preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati.

Il tribunale provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie i primi quattro motivi di ricorso, assorbiti gli altri, cassa l'impugnata sentenza e rinvia al tribunale di Roma anche per le spese del giudizio di cassazione.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile, addì 24 marzo 2021.

JUS CIVILE

SUSANNA SANDULLI

Assegnista di ricerca – Università degli Studi Roma Tre

ALGORITMI, TRASPARENZA ED EFFETTIVITÀ DEL CONSENSO

SOMMARIO: *1. La vicenda. – 2. La trasparenza nel GDPR e nella Proposta di Regolamento. – 3. Il diritto alla spiegazione nelle decisioni automatizzate.*

1. – La Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 14381/2021 si è pronunciata su un tema attuale e complesso quale il rapporto tra la validità del consenso al trattamento dei dati personali e la trasparenza dell'algoritmo. Questa decisione costituisce l'occasione per una riflessione sulla questione muovendo da una vicenda del reale che rivela la difficoltà di applicare alcuni principi, come quelli su cui fonda il GDPR [1], a situazioni in cui il ricorso a nuove tecnologie – e in particolari agli algoritmi di profilazione – rendono il contesto in cui si muove l'interessato molto diverso dalle ipotesi immaginate dal Legislatore europeo in sede di GDPR.

Per comprendere i termini del problema occorre ripercorrere la vicenda giudiziaria, che trae origine dalla realizzazione da parte di una società di un'infrastruttura costituita da una piattaforma web e un archivio informatico preordinata all'elaborazione di profili di persone fisiche e giuridiche per calcolare in modo imparziale e veritiero il *rating* reputazionale dei soggetti censiti. Attraverso la raccolta e l'elaborazione di una mole rilevante di dati personali [2] e l'impiego di un algoritmo, il sistema assegna ai soggetti censiti degli indicatori alfanumerici in grado di determinare – secondo la società – l'affidabilità delle persone in campo economico e professionale.

In una prima fase è stato chiesto dalla stessa società al Garante per la protezione dei

[1] *General Data Protection Regulation*, ossia il Regolamento (UE) 2016/679.

[2] Forniti volontariamente dagli stessi utenti o reperiti sul web.

dati personali di valutare se questa attività fosse lecita ai sensi del Codice della privacy [3].

Ad avviso dell'Autorità, che ha espresso le sue perplessità nel rimettere ad un sistema automatizzato decisioni relative ad aspetti così delicati [4], il sistema comporta rilevanti problematiche per la *privacy* dei soggetti coinvolti, in quanto la società non può dimostrare l'*efficacia* dell'algoritmo al quale è rimessa la valutazione dei soggetti censiti.

Tali dubbi sembrano rafforzati dalla circostanza per cui il consenso espresso da chi viene valutato non pare frutto di una libera autodeterminazione [5], poiché la mancata adesione alla piattaforma e la conseguente sottoposizione al sistema di valutazione preclude la stipula di contratti con la società o il mantenimento del vincolo negoziale. Anche il diritto all'informativa, poi, non sembrerebbe garantito, non essendo ben comprensibili le finalità del trattamento [6].

Per tale ragione e per altre diverse considerazioni [7], il Garante, ritenendo che il sistema di trattamento dei dati personali non fosse conforme al Codice della privacy, aveva vietato qualsiasi operazione [8] .

Sul ricorso promosso dalla società contro questa decisione si è pronunciato il Tribunale di Roma, il quale ha parzialmente riformato il provvedimento dell'Autorità, affer-

---

[3] Nello specifico, si è chiesto se in relazione alle modalità e finalità del trattamento da porre in essere per l'attuazione dei servizi fosse necessario, prima della raccolta dei dati, ottenere l'autorizzazione di cui agli artt. 25, comma 1, e 27, comma 1, del Codice della privacy.

[4] Ciò altresì considerando il rischio che tali valutazioni si basino su documenti falsi o viziati.

[5] Il problema della mancata libertà del consenso si è posto anche rispetto ai terzi che non hanno aderito alla piattaforma ma i cui dati personali vengono trattati ugualmente per ottenere valutazioni autonome. Parimenti, non sembra giustificato il trattamento dei dati sensibili (oggi "particolari categorie di dati" *ex* art. 9 GDPR).

[6] Sia perché i dati personali possono essere trattati da associazioni o società collegate ma che offrono servizi completamente diversi, sia perché è prevista la raccolta di un consenso (in questo caso facoltativo) per il perseguimento di finalità commerciali non identificate non menzionate fra gli scopi del titolare. A ciò si aggiunga che l'informativa prevede la possibilità – senza alcuna specificazione – che i dati siano trasferiti all'estero.

[7] Secondo l'Autorità, sono numerosi i profili di criticità. Ad esempio, si ritengono non rispettati i principi di necessità e proporzionalità con riferimento alla rilevanza e pertinenza dei dati e documenti poiché pare impossibile dimostrare l'effettiva incidenza di determinate dinamiche etico-comportamentali sull'affidabilità dei soggetti censiti, ma anche in ragione del numero estremamente elevato di soggetti censiti, con le relative ripercussioni per i diritti individuali in caso di violazione delle norme di sicurezza. Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto, le misure – consistenti in sistemi di autenticazione "deboli", vale a dire *id* e *password* – sono ritenute del tutto inadeguate. In conclusione, la raccolta di dati personali è suscettibile di incidere significativamente sulla vita dei soggetti censiti, tanto da poter comportare l'ammissione o l'esclusione da prestazioni, servizi o benefici.

[8] Provvedimento n. 488 del 24 novembre 2016.

mando che i soggetti censiti sarebbero stati consapevoli della complessità del sistema di raccolta e trattamento dei dati personali e di come esso potesse incidere sulla loro rappresentazione sociale ed economica [9].

La clausola contrattuale che subordina la stipula del contratto o il mantenimento dello stesso all'adesione alla piattaforma è stata ritenuta dal Tribunale perfettamente lecita, in quanto considerata mera condizione accessoria la cui validità è subordinata alla natura del rapporto contrattuale stesso. Pertanto, il presupposto di liceità viene rinvenuto nella "preventiva consapevolezza delle categorie utilizzate e della scala di valori codificata in relazione a diversi profili o tipi di documenti conferiti". Per l'effetto, il Tribunale ha ritenuto il consenso validamente espresso.

In questo modo, però, si è fatto riferimento solo all'*affidabilità* del sistema, non affrontando il profilo della *conoscibilità* dell'algoritmo da parte dei soggetti aderenti.

Su questo aspetto si è invece concentrata la Suprema Corte, secondo la quale la non conoscibilità dell'algoritmo comporta che il consenso venga espresso con riferimento ad un oggetto solo parzialmente determinato, mentre resta sconosciuto il meccanismo mediante il quale i dati vengono trattati. Ne consegue l'irrilevanza del consenso manifestato con riferimento alle singole operazioni "perché esso non riguarda la sostanza del trattamento, ossia il meccanismo che forma il giudizio, ma solo alcuni degli elementi immessi, la cui trasformazione in *rating* sfugge ad ogni possibile apprezzamento obiettivo".

Per la Corte, perciò, si è realizzato uno schema negoziale basato su giudizi non verificabili e lesivo del diritto all'autodeterminazione informativa, avendo reso impossibile per gli interessati valutare la necessità dei dati conferiti ai fini del trattamento.

La scarsa trasparenza dell'algoritmo impiegato non è stata, peraltro, disconosciuta dalla sentenza di primo grado, la quale ha unicamente ritenuto non decisivi i dubbi relativi al sistema automatizzato di calcolo per la definizione del *rating* reputazionale sul rilievo che la validità della formula riguarderebbe "il momento valutativo del procedimento", a fronte del quale spetterebbe invece al mercato "stabilire l'efficacia e la bontà del risultato ovvero del servizio prestato dalla piattaforma".

Diversamente ragionando, la Suprema Corte ritiene che non spetti al mercato stabilire l'efficacia e la bontà del servizio o del risultato – come avviene per il *rating* di legalità –, ma che il problema debba essere affrontato seguendo la diversa prospettiva che riguarda

[9] Per il Tribunale rientra nel concetto di autonomia privata la possibilità di realizzare sistemi di accreditamento fornendo servizi valutativi in vista di un ingresso sul mercato per la conclusione di contratti e la gestione di rapporti economici.

la validità del consenso prestato al momento dell'adesione e, soprattutto, la trasparenza del trattamento dei dati. In sintesi, ad avviso della Cassazione l'adesione ad una piattaforma non comporta di per sé anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale di un algoritmo il cui schema esecutivo non è conoscibile, non potendosi in tal caso ritenersi soddisfatto il requisito della consapevolezza.

In altri termini, la conclusione della Suprema Corte è nel senso che il problema, per la liceità del trattamento, era (ed è)[10] invece costituito dalla validità – per l'appunto – del consenso, che si assume prestato al momento dell'adesione. E non può logicamente affermarsi che l'adesione ad una piattaforma comprenda anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale di un algoritmo per la valutazione oggettiva di dati personali laddove non siano resi conoscibili lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati.

2. – Rispetto alla sentenza del Tribunale, la Corte di Cassazione sposta il fuoco dell'indagine dalla tutela della *privacy* alla trasparenza e al ruolo del consenso[11].

---

[10] L'Italia, dopo un *iter* piuttosto travagliato, ha attuato la disciplina del Regolamento europeo 2016/679/UE attraverso il d.lgs. del 10 agosto 2018, n. 101 recante "*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*". Il nuovo Codice si caratterizza per un diverso approccio alla materia, in quanto da un sistema individualistico di protezione fondato sull'istituto del consenso, si è passati ad una visione "sociale" incentrata sulla dimensione collettiva del diritto alla protezione dei dati personali. Come noto, il GDPR deve essere integralmente applicato e ciò è chiaramente espresso all'art. 1 del Codice, il quale prevede che "*il trattamento dei dati personali avviene secondo le norme del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016*"; la *ratio* di tale disposizione è stata di rimarcare che le norme codicistiche formano un "unico sistema normativo a due livelli", composto dal GDPR, avente efficacia e vigenza nell'Unione europea, e il Codice della privacy, le cui norme trovano applicazione nel territorio nazionale solamente qualora risultino conformi, sia per quanto riguarda l'applicazione che l'interpretazione, al Regolamento europeo. Così, F. PIZZETTI, contributo consultabile sul sito *https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/gdpr-pizzetti-i-consigli-per-leggere-e-applicare-bene-il-decreto-101-2018-dal-19-settembre/.* Per ulteriori approfondimenti v. ID, *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021.

[11] "Questo confidare negli algoritmi ne determina una presenza sempre più pervasiva, che non sembra conoscere confini, giustificando il parlare di una società che essi contribuiscono a definire nelle sue nuove e significative caratteristiche. L'algoritmo disegna le modalità di funzionamento di larghe aree delle nostre organizzazioni sociali, e così ridistribuisce poteri. Incarna anzi le nuove forme del potere e ne modifica la qualità. E tutto questo suscita diverse domande. Saremo sempre più intensamente alla mercé delle macchine? Quali sono gli effetti su libertà e diritti, quali le conseguenze sullo stesso funzionamento democratico di

La pronuncia della Corte offre così spunti interessanti per approfondire temi complessi, in quanto nell'era dell'algoritmo [12] è evidente il rischio di pregiudizi derivanti dal trattamento di dati personali e dalla classificazione predittiva [13]. La tutela della *privacy* va messa alla prova e verificata quanto ad effettività alla luce delle implicazioni derivanti dall'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale [14] (di seguito: IA).

I progressi tecnologici hanno contribuito ad un'accelerazione della *big data anylitc* e a sua volta questa mole sempre maggiore di dati favorisce lo sviluppo di avanzati sistemi

---

una società?". Così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 402, il quale dimostra, come sempre, di aver anticipato le problematiche della *privacy*.

[12] F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, Soveria Mannelli, 2019.

[13] Tali discriminazioni possono sorgere altresì da *biasas* derivanti dalla progettazione e dall'impiego di modelli di analisi, giacché gli algoritmi, in ogni caso, sono il frutto di un lavoro umano e di formulazioni del pensiero umano realizzate in forma matematica. Cfr. il Paper Joint Committee Discussion redatto da EBA-ESMA-EIOPA, consultabile sul *sito https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/jc-2016-86_discussion_paper_big_data.pdf*; G. SCIASCIA, R*eputazione e potere: il* social scoring *tra distopia e realtà*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, p. 317 ss.

[14] L'intelligenza artificiale (IA) è l'abilità di una macchina di mostrare capacità umane quali il ragionamento, l'apprendimento, la pianificazione e la creatività. Essa permette ai sistemi di capire il proprio ambiente, mettersi in relazione con quello che percepisce risolvendo problemi e agire verso un obiettivo specifico. Questa è la definizione del Parlamento europeo, ma le fonti sono vastissime; ad esempio, secondo U. RUFFOLO, *L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *La responsabilità medica*, a cura di E. Gabrielli, U. Ruffolo, in *Giur. it*., 2021, p. 502, "con la locuzione «Artificial Intelligence», ci si riferisca, in estrema sintesi semplificatrice, a software o programmi capaci di porre in essere con successo, e con un grado più o meno elevato di autonomia, operazioni simili a quelle che, negli esseri umani, sono le attività di apprendimento e di assunzione di decisioni al fine del raggiungimento di specifici obiettivi, grazie all'impiego di tecnologie fondate su processi di «machine learning», di «deep learning» (molto usato, quest'ultimo, nella diagnostica) e dell'utilizzo di reti neurali (''neural networks'') programmate per funzionare sul modello del cervello umano.". Per un approfondimento del tema e dei diversi profili che lo riguardano cfr., seppur non esaustivamente, U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione Europea*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2020, p. 1246 ss.; A. FUSARO*, Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, p. 1344 ss.; C. GALLI-M. BOGNI, *Intelligenza artificiale, nuove dinamiche della ricerca e* problem and solution approach, in *Il Diritto Industriale*, 2020, p. 127 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale,* machine learning *e responsabilità da algoritmo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, p. 1657 ss.; A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e* product liability*: sviluppi del diritto dell'Unione Europea*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, p. 1657 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contratto e Impresa*, 2020, p. 713 ss.; R. BICHI, *Intelligenza Artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, p. 1657 ss.; F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e Intelligenza Artificiale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, p. 1657 ss.; U. RUFFOLO-A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, p. 1657 ss.; N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contratto e Impresa*, 2020, p. 458 ss.

di intelligenza artificiale, che si snodano in tecniche di profilazione e di *marketing* contraddistinte da una tendenziale *opacità*.

Il legame tra l'impiego dell'intelligenza artificiale e la tutela della *privacy* riguarda, in particolare, l'immagazzinamento di grandi quantità di dati personali, che vengono elaborati anche a grande distanza grazie al collegamento tra l'elaboratore principale e i terminali. In questo modo, però, l'interessato può perdere il controllo sui propri dati, non avendo cognizione dei passaggi della raccolta [15].

Questo sistema, caratterizzato da reti neurali, si contraddistingue per le c.d. *black box* nelle quali vengono effettuati i calcoli algoritmici, che però non vengono ricostruiti nel loro percorso logico. L'unica certezza è che nelle *black box* le esperienze vengono combinate tra loro, con il rischio di errori e discriminazioni [16] e a tal proposito si parla della *black box society*, in cui al numero crescente di attività di trattamento dei dati personali non si accompagna una trasparenza dei processi decisionali [17].

I pericoli principali della *black box society* derivano dall'impiego di algoritmi predittivi che possono comportare discriminazioni [18] nelle quali l'utente rimane intrappolato. Un valido esempio è rappresentato proprio dalla fattispecie analizzata dalla sentenza in esame, in quanto un punteggio negativo a cui consegue un giudizio negativo del soggetto censito comporta effetti che se, da una parte, confermano il processo decisionale dell'algoritmo, dall'altra fanno sì che l'impatto negativo del sistema appaia irrimediabile.

Per scongiurare tali rischi il principale strumento è costituito dalla *trasparenza* [19],

---

[15] E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 169 ss.

[16] Neppure il sistema di anonimizzazione dei dati pare efficace, in quanto l'impiego di sistemi di IA fa sì che l'utente lasci delle tracce e l'*Internet of things* non pare essere d'aiuto in un sistema che, fondamentalmente, sembra eludere la normativa di tutela dei dati personali.

[17] E. PELLACCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della* black box society*: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della* responsible research and innovation, in *Leggi Civ. Comm.*, 2018, p. 1212. Relativamente al settore pubblico si rinvia a U. PAGALLO, Big data*,* open data *e* black box society, in *L'amministrazione pubblica con i* big data*: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, Torino, 2021, p. 49-54.

[18] Sul tema si rinvia a P. GLAUNER-P. VALTCHEV-R. STATE, *Impact of Biases in Big Data, ESANN 2018 proceedings, European Symposium on Artificial Neural Networks, Computational Intelligence and Machine Learning*, Bruges (Belgium), 25-27 april 2018.

[19] Il concetto di trasparenza può assumere una pluralità di significati, specialmente nella società degli algoritmi, come dimostra lo studio dell'EPRS, *A governance framework for algorithmic accountability and trasparency*, 2019. Particolare, ad esempio, il concetto di trasparenza dell'algoritmo inteso come comprensibilità: sul tema v. A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*, in *Giornale*

principio che trova collocazione nel GDPR e nel Codice della privacy, ma che, calato nel contesto degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale, fatica ad essere concretamente ed efficientemente applicato.

Il fondamento normativo di tale principio si rinviene negli artt. 13, 14 e 15 del Regolamento e sta ad indicare che il rapporto tra il titolare e l'interessato si caratterizza per un gioco di reciproche interrelazioni, contraddistinte da obblighi comportamentali, di informazioni e di aggiornamento [20], in quanto l'attività deve essere compatibile con il rispetto dei principi fondamentali di tutela dell'individuo.

A tal fine, il GDPR, così come il Codice della privacy [21], contiene numerose previsioni: quelle relative all'accesso ai propri dati personali; il diritto ad un'informativa chiara e comprensibile; la portabilità dei dati; l'opposizione al trattamento; il diritto alla rettificazione e all'integrazione.

Fra queste, l'art. 15 sancisce il diritto di ottenere informazioni [22] e, in particolare, la lett. *h)* riguarda "*l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato*", aprendosi così nuovi scenari sul rapporto fra le decisioni automatizzate e il c.d. diritto alla spiegazione, sul quale torneremo.

In questo senso può notarsi che il principio della trasparenza rispetto all'interessato va al di là del consenso, cioè non è necessariamente correlato ad esso quale fondamento di legittimazione del trattamento, ma individua il diritto dell'interessato di intervenire, di partecipare e di comprendere il percorso logico e tecnico che conduce il trattamento delle sue informazioni personali all'esercizio del diritto di recesso [23].

In questa prospettiva si deduce che i diritti citati sono strumentali alla realizzazione di

---

di diritto amministrativo, 2020, p. 366 ss.

[20] M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO-R. D'ORAZIO-V. RICCIUTO, *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, p. 199.

[21] A differenza della l. n. 675/1996, che non conteneva previsioni espresse in tal senso.

[22] *a)* le finalità del trattamento; *b)* le categorie di dati personali in questione; *c)* i destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, in particolare se destinatari di paesi terzi o organizzazioni internazionali; *d)* quando possibile, il periodo di conservazione dei dati personali previsto oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; *e)* l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento; *f)* il diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo; *g)* qualora i dati non siano raccolti presso l'interessato, tutte le informazioni disponibili sulla loro origine.

[23] M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, cit., p. 204.

un sistema di tutela preventiva dell'interessato [24], ma applicati al contesto dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi assumono una connotazione specifica, che sembra porre un problema di tutela, giacché la Proposta di Regolamento sull'IA [25] – primo quanto unico esempio di regolazione normativa del fenomeno – non contiene riferimenti in tal senso.

L'applicazione concreta del principio di trasparenza appare tutto fuorché scontata, in quanto dovrebbe sostanziarsi nella possibilità per l'interessato di comprendere il funzionamento della tecnologia, ma le complessità tecniche e la tendenziale opacità che contraddistinguono l'impiego degli algoritmi rendono il tutto molto difficile, considerando che oltre all'opacità *tecnica* – per cui l'algoritmo è decifrabile esclusivamente da esperti – e a quella *intenzionale* – volta a perseguire obiettivi concorrenziali – c'è anche un'opacità che deriva dal sistema di auto-apprendimento, per cui il funzionamento dell'algoritmo rimane ignoto anche agli stessi sviluppatori [26].

La Proposta – incentrata su un approccio basato sul rischio [27], che rende necessario valutare preventivamente l'impatto del sistema di intelligenza artificiale nei confronti dell'individuo [28] – sancisce all'art. 13 che i sistemi ad alto rischio "*devono essere proget-*

---

[24] Sulla tutela preventiva cfr. G. RESTA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in F. CARDARELLI-S. SICA-V. ZENO ZENCOVICH, *Il codice dei dati personali. Temi e problemi*, Milano, 2004, p. 25 ss.

[25] La Proposta di Regolamento sull'IA fa parte di un Pacchetto composto da un quadro giuridico sull'intelligenza artificiale, un piano coordinato con gli Stati membri per garantire la sicurezza e i diritti fondamentali di persone e imprese e un Regolamento sulle macchine e riprende quanto già sancito nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale. Nel Pacchetto si sottolinea come le tecnologie si stiano sviluppando in modo sempre più rapido, divenendo strumenti di miglioramento dei vari settori, ma altresì foriere di potenziali rischi; per tale ragione è fondamentale un solido approccio che sfrutti le opportunità e affronti le sfide derivanti dall'IA, promuovendo lo sviluppo e la diffusione dell'intelligenza artificiale. La Commissione europea si impegna dunque ad incentivare i progressi scientifici, a favorire la *leadership* tecnologica dell'Unione europea e a garantire che le nuove tecnologie siano al servizio di tutti i cittadini europei, migliorando la vita e rispettando i diritti fondamentali.

[26] E. PELLACCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della* black box society, cit., p. 1217.

[27] Il rischio può essere *inaccettabile* e di conseguenza vietato, essendo il sistema considerato una minaccia per la sicurezza e i diritti delle persone; *alto*, per cui i relativi sistemi sono soggetti ad obblighi rigorosi prima di poter essere immessi sul mercato, come nel caso dell'identificazione biometrica; *limitato*, con la previsione di specifici obblighi di trasparenza, come per i *chatbot* rispetto ai quali l'utente deve essere consapevole di interagire con una macchina; *minimo*, che riguarda la grande maggioranza dei sistemi di AI e nel qual caso la Proposta consente il libero utilizzo. Inoltre, la Proposta prevede il *conformity assessment* per dimostrare la sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa, come d'altronde sancisce anche il GDPR, che prevede la costituzione di un registro delle attività di trattamento e un'attività di valutazione dei rischi che ne possono derivare.

[28] L'art. 9 della Proposta di Regolamento sull'IA prevede altresì un'implementazione del sistema di gestione del rischio, stabilendo che esso deve essere costantemente monitorato al fine di valutare e quindi

tati e sviluppati in modo da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'output del sistema e utilizzarlo in modo appropriato"; dunque, non solo occorre fornire tutta la documentazione tecnica che dimostri il rispetto dei requisiti, ma è altresì necessario che questa faccia comprendere le modalità di funzionamento del sistema [29].

In realtà, la Proposta stabilisce particolari obblighi di trasparenza nei termini di cui sopra solo con riferimento ai sistemi di alto rischio e sembra quindi crearsi un vuoto di tutela rispetto alle altre tipologie di sistemi di IA, in relazione ai quali la disciplina del GDPR costituirebbe l'unico fondamento normativo.

Quindi, sebbene la Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale dimostri che l'obiettivo perseguito a livello europeo sia di garantire una normativa equilibrata, che incentivi l'utilizzo dell'IA assicurando il rispetto dei diritti fondamentali, essa non contiene riferimenti specifici alla *conoscibilità* dell'algoritmo.

In quest'ottica, poi, sembra che l'istituto del consenso che da sempre ha costituito la base giuridica primaria al quale ancorare la liceità del trattamento non rappresenti più la soluzione, in quanto rispetto al ruolo fondamentale occupato nel Codice della privacy e nell'abrogata Direttiva madre – in cui era presupposto legittimante e condizione di liceità del trattamento, per cui i criteri alternativi costituivano un'eccezione, – pare aver perso parte della sua rilevanza [30]. La libera circolazione dei dati [31] rappresenta l'obiettivo pri-

---

adattare il sistema di protezione a possibili mutamenti. Nello specifico, si dovrà procedere a un'identificazione, analisi e valutazione dei sistemi ad alto rischio anche qualora essi vengano utilizzati conformemente allo scopo previsto.

[29] Il citato art. 13 stabilisce "(…) *l'obbligo di accompagnare ai sistemi commercializzati delle istruzioni per l'uso in un formato digitale appropriato o in altro modo che includano informazioni concise, complete, corrette e chiare pertinenti, accessibili e comprensibili per gli utenti.*". Ossia: l'identità e i recapiti del fornitore e, nel caso, del suo rappresentante autorizzato; le caratteristiche, le capacità e i limiti delle prestazioni del sistema di IA ad alto rischio, tra cui ad esempio il livello di accuratezza, robustezza e cybersicurezza rispetto al quale il sistema è stato testato e convalidato e che ci si può aspettare e ogni circostanza nota e prevedibile che possa apportare le modifiche al sistema e le sue prestazioni che sono state predeterminate dal fornitore al momento della valutazione iniziale della conformità, se del caso; le misure di vigilanza umana di cui all'art. 14, incluse le misure tecniche attuate al fine di semplificare l'interpretazione dei risultati dei sistemi di IA da parte degli utilizzatori; la durata prevista del sistema di IA ad alto rischio e tutte le misure di manutenzione e assistenza necessarie per assicurare il corretto funzionamento di tale sistema, anche rispetto gli aggiornamenti *software*.

[30] F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla* privacy *e sulla protezione dei dati personali*, a cura di G. Finocchiaro, Torino, 2017, p. 138. Secondo l'A. "l'autonomia privata non assume, nella prospettiva europea, un ruolo centrale ed esclusivo tra i criteri di selezione degli interessi relativi alla protezione dei dati quale diritto fondamentale della persona, trattandosi solo di uno dei criteri alternativi volti a dare fondamento legittimo all'attività di trattamento posta in essere dal titolare e, al contempo, operare quale meccanismo di primo livello nella se-

mario del Regolamento e, sebbene debba essere correlata al principio della protezione dell'interessato [32], non ne risulta subordinata [33], cosicché il consenso diviene solo una delle condizioni di cui all'art. 6 che rendono lecito il trattamento.

Questo diverso ruolo del consenso va poi correlato all'uso degli algoritmi [34], che indubbiamente contribuiscono alla personalizzazione dell'offerta, permettendo di raggiungere un risultato più efficiente [35], ma non privo di costi [36].

---

lezione degli interessi protetti dall'ordinamento giuridico.".

[31] Il Regolamento 2016/679/UE, come visto, è imperniato su quest'ottica di circolazione e, pertanto, parte della dottrina ha sostenuto che il Legislatore europeo non abbia operato in modo neutrale, giacché è stato messo in risalto l'aspetto circolatorio piuttosto che quello personalistico, tanto da essere stato definito un "regolamento quale disciplina della circolazione dei dati personali piuttosto che quale disciplina di protezione della persona". Così L. SCUDIERO, *Il consenso come condizione di libertà*, in *Il processo di adeguamento al GDPR. Aggiornato al D.lgs. 10 agosto 2018 n. 101*, a cura di AA.VV., Milano, 2018, p. 102.

[32] Ad esempio il Considerando 4 prevede che il diritto alla protezione dei dati personali vada contemperato con altri diritti fondamentali.

[33] Tanto che l'art. 1, paragrafo 3, stabilisce espressamente che "*la libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.*".

[34] Il tema dell'impiego degli algoritmi nei contratti di diritto civile è approfondito da A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 413 ss., il quale, fra le altre, individua due problematiche indice della "spersonalizzazione progressiva del contratto" derivante dalla sostituzione dei contraenti-umani con programmi di macchine che gestiscono anche l'esecuzione contrattuale. La prima questione concerne l'istituto del consenso, il quale non può essere più considerato strumento di protezione del contraente in ragione delle complessità tecniche derivanti dagli algoritmi, ma esclusivamente un mezzo di argomentazione o di coordinamento; come emerge infatti dalla vicenda in esame, il consenso, pur *apparentemente libero*, viene spesso prestato in condizioni di disparità contrattuale, che inducono la parte debole del rapporto a consentire il trattamento dei propri dati personali senza un'effettiva consapevolezza o in assenza di una vera e propria scelta, in quanto il rifiuto al trattamento comporta la rinuncia al servizio. La seconda questione concerne la tecnica algoritmica, che – a prescindere dalla sua declinazione – deve essere correttamente compresa dal consumatore, ma l'applicazione della regolamentazione tradizionale dei contratti a distanza risulta complicata, apparendo così opportuno pensare ad una nuova disciplina, come d'altronde statuito nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale; sebbene l'A. faccia riferimento alla disciplina consumeristica, le nozioni di «consumatore» e «interessato» individuano entrambe un soggetto che si trova in una posizione di maggior debolezza rispetto alla controparte e che necessita di una tutela più pregnante, ma al contempo non eccessivamente limitativa del mercato, rendendo così possibile estendere l'ambito della questione anche a soggetti non propriamente definibili come «consumatori».

[35] Sul tema si rinvia a G. ZICCARDI, *Contro i* big data*: le modalità di controllo del cittadino digitale nella società odierna*, in *Cyberspazio e diritto*, 2020, p. 233 ss.; V. FALCE-G. GHIDINI-G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, 2018, p. 303 ss.; N. NEWMAN, *Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data*, in *Yale Journal on Regulation*, 2014, p. 3. Sul rapporto con l'intelligenza artificiale cfr. G. OLIVI, *Big Data, metadati e Intelligenza Artificiale: i confini tra i diversi diritti*, in *Diritto Industriale*, 2020, p. 181 ss.

[36] In una diversa prospettiva, l'impiego degli algoritmi può dar vita a distorsioni concorrenziali, aumen-

I rischi, come detto, discendono dalla natura *predittiva* degli algoritmi [37], per cui gli interessati non sono pienamente consapevoli delle conseguenze derivanti dal trattamento dei loro dati personali, i cui vantaggi ottenuti sono immediati ma non duraturi.

Ne consegue che il sistema di tutela dei dati personali, imperniato sul principio della libera circolazione, non è più sufficiente a proteggere l'interessato, impossibilitato a comprendere concretamente le conseguenze delle proprie decisioni. Dunque, nonostante il principio del consenso informato e il fatto che il processo automatizzato sia chiaramente individuato, non è possibile predeterminare la complessità dei processi, poiché l'informativa potrebbe risultare eccessivamente tecnica.

Il consenso diviene così sempre meno strumento di reale autodeterminazione, costituendo una scelta obbligata per il singolo e perdendo parte della sua rilevanza, non essendo concretamente garantita una libera scelta da parte del titolare del diritto. Nel caso in esame, si è visto, infatti, che la mancata manifestazione del consenso al trattamento dei propri dati personali è un ostacolo insormontabile in termini contrattuali, rappresentando una scelta obbligata per il singolo intenzionato a costituire o a proseguire un rapporto negoziale con la società.

L'inadeguatezza del GDPR rispetto all'intelligenza artificiale e all'impiego degli algorit-

---

tando le barriere all'ingresso, causando pregiudizi alla trasparenza e alla concorrenza del mercato e siffatto problema si pone specialmente per quei soggetti che operano nei settori analogici e che riscontrano forti difficoltà a inserirsi nel mercato digitale; chiaramente, non tutti gli operatori economici sono in grado di disporre delle medesime tecnologie digitali e, pertanto, è altamente probabile che si creino situazioni di monopolio o di abuso di posizione dominante: il rischio è che si realizzi un *Big data divide* fra coloro che proteggono i dati personali e coloro che non lo fanno, ma soprattutto che diminuisca la concorrenza. Da ciò deriva, poi, un'ulteriore criticità, che riguarda direttamente gli utenti del mercato digitale: essendo pochi gli operatori che agiscono nell'ambito della società dell'informazione, non è raro che venga introdotta un'intermediazione ulteriore nelle piattaforme che danneggi la qualità dell'informazione, rendendo possibile per l'operatore orientare l'opinione pubblica e comportando, inevitabilmente, una compromissione nel benessere dei consumatori. Cfr. A. MINUTO RIZZO, *I profili antitrust del nuovo web e della nuova economia digitale*, in *Il Diritto Industriale*, 2019, p. 113 ss.

[37] L'impresa – conoscendo il grado di attitudine al consumo da parte del singolo individuo, compresa la sua disponibilità a pagare per un determinato prodotto – potrebbe praticare una differenziazione dei prezzi, che andrebbe a colpire il consumatore causandogli una spesa maggiore e portando alla pratica dei prezzi personalizzati, che riflettono non solo le preferenze dell'individuo, ma anche il *prezzo di riserva*, vale a dire la cifra massima che egli è disposto a pagare in un determinato momento con riferimento allo specifico bene o servizio. Già da anni le piattaforme *e-commerce* utilizzano algoritmi per la determinazione dei prezzi di vendita, consentendo alle imprese di segmentare il mercato mediante l'applicazione di differenti modelli di tariffe e il rischio, dunque, è che dai prezzi personalizzati si arrivi ai *prezzi discriminatori* di cui all'art. 102, lett. *c*), del TFUE e all'art. 3, lett. *c*), della l. n. 287 del 10 ottobre 1990, consistenti nella produzione di uno svantaggio competitivo per gli altri concorrenti e nel praticare prezzi ovvero condizioni differenti a prestazioni equivalenti. Su Big data e consumatori v. A. ZAMBON, *Il consumatore nella prospettiva dei* big data*: alcune considerazioni filosofico-giuridiche*, in *Cyberspazio e diritto*, 2019, p. 117 ss.

mi dimostra così che l'obiettivo di trasparenza non si adatta realmente al contesto digitale, contraddistinto da caratteristiche tecniche estremamente complesse e da un'opacità che difficilmente sembra limitabile [38], imponendo di ripensare agli strumenti di protezione della *privacy*. Ciò considerando, peraltro, che anche qualora il soggetto interessato fosse portato a conoscenza del c.d. codice sorgente, il processo decisionale rimarrebbe comunque ignoto e incomprensibile – e di conseguenza anche inutile – in virtù dei tecnicismi che contraddistinguono l'algoritmo e, dunque, più che al diritto all'informazione sarebbe opportuno riferirsi ad un diritto alla spiegazione quale ricerca di equilibrio fra l'esigenza di trasparenza del processo decisionale automatizzato e il progresso digitale.

3. – Alla luce di queste considerazioni, vale la pena approfondire questo aspetto del *diritto alla spiegazione* per vedere come si concilia con le disposizioni vigenti, tentativo ravvisabile anche nella Proposta di regolamento sull'IA.

In un contesto governato dalla logica dei Big data [39], il GDPR ha fornito – anche implicitamente – talune risposte, ma numerosi dubbi sorgono in merito alla compatibilità delle innovazioni digitali rispetto al contenuto del GDPR, ad esempio rispetto all'incapacità per il titolare del trattamento di prevedere i trattamenti attuabili dai sistemi di intelligenza artificiale [40].

Il legame tra l'impiego dell'intelligenza artificiale e la tutela della *privacy*, come det-

---

[38] C. STOHL-M. STOHL-P.M. LEONARDI, *Managing Opacity: Information Visibility and the Paradox of Transparency in the Digital Age*, in *International Journal of Communication*, 2016, p. 123 ss.; M. ANNANY-K. CRAWFORD, *Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability*, in *New Media & Society*, 2016, p. 1 ss.

[39] I Big data si caratterizzano per algoritmi in grado di elaborare infinite variabili in un lasso di tempo molto breve mediante strumenti statistici che permettono di effettuare previsioni comportamentali e di risultato; tali algoritmi si basano su principi deduttivi ed induttivi, associando ai dati personali un modello distributivo, ma questi modelli devono essere correlati ad una serie di coefficienti di affidabilità, che, però, rimangono in parte aleatori. Così, ITMEDIA CONSULTING, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di* policy, Roma, 2018, p. 145. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a M. DELMASTRO-A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019; M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Milano, 2018; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir*., 2019, p. 199 ss.; M. OREFICE, *I big data e gli effetti su privacy, trasparenza e iniziativa economic*a, Roma, 2018; R.H. WEBER, *Data portability and big data analytics. New competition policy challenges*, in *Conc. e merc*., 2016, p. 9 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH-G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on "the big data revolution*, in *Conc. e merc*., 2016, p. 29 ss.

[40] G. OLIVI, *Big Data, metadati e Intelligenza Artificiale: i confini tra i diversi diritti*, in *Il Diritto Industriale*, 2020, p. 181 ss.

to, concerne la raccolta su grande scala di dati di varia natura in un arco spazio-temporale estremamente ridotto e se ciò consente di elaborare grandi quantità di dati comporta altresì il rischio che l'interessato ne perda il controllo, anche perché non viene sempre informato in merito alle tecniche impiegate.

Le decisioni automatizzate [41] che si basano sugli algoritmi – come avviene nell'ambito dell'infrastruttura realizzata dalla società – dimostrano quindi le difficoltà di applicare il GDPR.

L'art. 22 sancisce il diritto dell'interessato a "*non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*" [42]. La disposizione si riferisce al c.d. ADM (*Automated Decision Making*), ossia al processo mediante il quale un sistema informatico adotta una decisione rilevante per i soggetti coinvolti senza alcun intervento umano, basandosi esclusivamente sulla valutazione algoritmica dei dati personali dei soggetti [43].

Dunque, la norma non vieta le decisioni automatizzate, ma di assumere decisioni *unicamente* [44] con sistemi automatizzati, non sancendo invece un divieto generale.

Fra le eccezioni al divieto particolare rilevanza assume l'ipotesi prevista dal comma 2 del citato art. 22 relativa al caso in cui il trattamento sia necessario per la conclusione/esecuzione di un contratto tra il titolare del trattamento e l'interessato o qualora l'interessato abbia prestato il proprio consenso. Questa fattispecie rispecchia l'obiettivo del GDPR di garantire una circolazione dei dati personali che si basi sulla decisione con-

---

[41] Sull'uso di strumenti automatizzati nell'ambito delle polizze assicurative si rinvia allo studio "The Internet of Things in insurance" (disponibile su *www2.deloitte.com/tr/en/pages/financial-services/articles/innovation-in-insurance-internet-of-things-iot.html*) dal quale emerge che l'utilizzo di assicurazioni personalizzate che si basano sulla raccolta dati relativi alla guida non solo ridurrebbe i costi connessi al calcolo del rischio assicurativo, ma incentiverebbe l'adozione di comportamenti virtuosi, diminuendo così il numero delle controversie. Sul tema cfr. anche E. BATTELLI, *Big data e algoritmi predittivi nel settore assicurativo: vantaggi e nuovi rischi*, in *Corriere Giuridico*, 2019, p. 1517 ss.

[42] Non riguardando, dunque, la conservazione o l'organizzazione dei dati.

[43] La disposizione in questione è frutto della ricerca di un equilibrio fra l'esigenza di trasparenza e del controllo umano, da una parte, e la necessità di un progresso tecnologico avanzato che garantisca un miglioramento dei processi decisionali, dall'altra. Così E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, cit.

[44] Sull'avverbio "unicamente" è sorto un dibattito fra coloro che interpretano la norma come necessità di un intervento umano significativo e chi, invece, ritiene che la formulazione comporti una scarsa tutela per gli interessati, esulando dal divieto quelle decisioni che comportano un minimo intervento umano. Sul tema v. E. PELLACCHIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della* black box society, cit., p. 1224 s.

sapevole dell'interessato, ma sembra siano state tralasciate quelle ipotesi in cui dalla mancata adesione al trattamento automatizzato derivi l'impossibilità per l'interessato di usufruire di un servizio, come nel caso *de quo*.

Nella vicenda esaminata dalla Cassazione, infatti, particolarmente dubbia è la clausola contrattuale che, come visto, impedisce ai soggetti che vogliono dare inizio o continuare un rapporto contrattuale con la società nell'ipotesi in cui non aderiscano alla piattaforma e al sistema basato sull'algoritmo. Il profilo affrontato dalla Suprema Corte è quindi parzialmente differente da quello disciplinato dal GDPR, in quanto l'adesione alla piattaforma non è necessaria per la conclusione/esecuzione di un contratto e non può parlarsi di un consenso prestato liberamente, giacché – come visto – la mancata prestazione dello stesso non rappresenta un'alternativa per l'interessato, ma una manifestazione della volontà dello stesso di non proseguire il rapporto contrattuale con la società [45].

Altrettanta rilevanza assume, poi, il comma 3, il quale prevede una peculiare declinazione del potere di controllo attribuito all'interessato che si sostanzia nel diritto di ottenere l'intervento umano, il c.d. "*a human in the loop*" [46] e nel diritto di poter contrastare la decisione prodotta dal sistema automatizzato che produce effetti nella sua sfera giuridica e/o privata. A questi diritti consegue ed è al contempo strumentale [47] quello ad ottenere informazioni sulla logica sottostante il processo decisionale automatizzato e che in questo contesto va inteso in una prospettiva più ampia, ossia non come semplice *informazione*, ma come *conoscenza* [48] e che si sostanzia nel diritto alla spiegazione.

---

[45] Inoltre, pare trattarsi un'eccezione piuttosto rischiosa, considerando che anche un semplice *banner* pare rientrare nell'ambito di applicazione della fattispecie.

[46] Il dovere del titolare del trattamento di adottare misure appropriate per garantire l'intervento umano viene definito dalla dottrina americana come un "*right to a human decision*". Così A.Z. HUQ, A *Right to a Human Decision*, in *Virginia Law Review*, 2019; T. WU, *Will Artificial Intelligence Eat the Law? The Rise of Hybrid Social-ordering Systems*, in *Columbia Law Review*, 2019, p. 2023. Il medesimo diritto viene riconosciuto anche dalla Proposta di Regolamento sull'IA. In ambito sanitario ci si riferisce al c.d. *human in command approach*, per cui è necessario che la programmazione iniziale e la scelta finale spettino sempre al chirurgo umano; questo principio si rinviene anche nelle *Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica* del 16 febbraio 2017, per un approfondimento delle quali cfr. A. AMIDEI, *Robotica intelligente e responsabilità: profili e prospettive nel quadro normativo europeo*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, p. 63 ss.

[47] Se la decisione non è compresa non può essere contesta e la possibilità di un intervento umano risulterebbe completamente frustrata. In questi termini R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione automatizzata*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 861 ss.

[48] *Ibidem.*

Sorgono, dunque, dubbi sull'efficacia di tale diritto, in quanto non sempre si ha la consapevolezza di interagire con gli algoritmi e l'art. 22 non pare statuire un vero e proprio obbligo a carico del titolare del trattamento.

Nella decisione della Corte di Cassazione che qui si commenta emerge questo concetto, in quanto la Suprema Corte afferma esplicitamente che il requisito della consapevolezza non può ritenersi soddisfatto qualora lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restano ignoti o non conoscibili per gli interessati. Perciò, il diritto alla spiegazione racchiude in sé un significato esplicativo delle particolarità che contraddistinguono la tutela dell'interessato rispetto all'impiego degli algoritmi.

Tale diritto, che emerge da una lettura combinata degli artt. 13, 14, 15 e 22 e del considerando 71 del GDPR – l'unico che lo enuncia espressamente – dimostra che la logica sottesa non è di *full disclosure*, ma di comprensione ai fini di tutela. La *ratio* può essere così rinvenuta nella necessità di garantire che l'intelligenza artificiale rimanga strumentale a quella umana [49], ma la strategia del Legislatore europeo per tutelare l'individuo rispetto ai trattamenti automatizzati non garantisce un concreto ed efficiente potere di controllo sui processi decisionali basati sugli algoritmi [50].

Il diritto alla spiegazione nel contesto del GDPR si sostanzierebbe, in realtà, non nel diritto di ottenere concretamente una spiegazione sulla decisione automatizzata, in ragione dei tecnicismi sottesi all'algoritmo, incomprensibili per la maggior parte degli interessati, ponendosi come limite cognitivo che rende impossibile un *right to an explanation* assoluto. Riguarderebbe, invece, la possibilità per l'interessato di essere informato in merito alla logica funzionale sottesa al sistema automatizzato, che deve essergli rappre-

---

[49] Parte della dottrina si riferisce al diritto di comprendere la macchina come uno strumento per aprire la "scatola nera" degli algoritmi e salvare l'uomo dal rischio di una schiavitù dell'intelligenza artificiale. In questi termini F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms that Control Money and Information*, in *Harvard University Press*, 2015; M. HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in *Digital Enlightment Yearbook*, 2012, a cura di Hildebrandt *et al*., Amsterdam, 2012.

[50] Alcuna dottrina ritiene che l'art. 15 del GDPR non sancisca un pieno diritto alla spiegazione, configurandolo propriamente come un *diritto all'informazione*. Così G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, cit., p. 1657 ss. secondo la quale "Non si tratta, infatti, di un diritto alla spiegazione ma di un diritto ad avere informazioni ai sensi dell'art. 15, 1° comma, lett. h), che limita il diritto dell'interessato ad accedere all'informazione concernente «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'art. 22, par. 1 e 4, e, almeno in tali casi, (ad ottenere) informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato». Qui si legge una mancata sintonia fra il considerando n. 71 e la norma appena citata, disponendo il primo «il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione».".

sentata prima dell'esecuzione del trattamento [51]. Nel caso in esame, quindi, la società non doveva fornire tutte i dettagli tecniche concernenti il funzionamento dell'algoritmo, ma neppure limitarsi ad informare i consociati dell'impiego dello stesso.

Questa prospettiva pare rafforzata dalla lettura dell'art. 13 del GDPR, il quale sancisce un diritto ad ottenere "*informazioni significative sulla logica utilizzata nel trattamento, sull'importanza e le conseguenze previste per la persona*".

La logica non è imporre un diritto alla spiegazione nella sua interezza, il concetto stesso di consapevolezza muta ineludibilmente e la prospettiva è di una partecipazione dell'interessato, che pone problemi per certi aspetti simili a quelli riscontrati già da tempo rispetto al diritto all'educazione e all'informazione.

Il considerando 71 del GDPR, d'altro canto, nello statuire l'opportunità di non procedere a trattamenti di dati personali mediante decisioni interamente automatizzate, stabilisce che "In ogni caso, tale trattamento dovrebbe essere subordinato a garanzie adeguate, che dovrebbero comprendere la specifica informazione all'interessato e il diritto di ottenere l'intervento umano, di esprimere la propria opinione, di ottenere una spiegazione della decisione conseguita dopo tale valutazione e di contestare la decisione.".

Il diritto alla spiegazione viene così espressamente sancito dalla disposizione e sebbene i considerando, come noto, non abbiano un'efficacia precettiva e non possano essere qualificati come vere e proprie norme giuridiche, ciò non toglie la possibilità che siano impiegati quali regole interpretative. Ne consegue che l'art. 22 e il considerando 71 possono essere ritenuti un valido punto di partenza per rafforzare la prospettiva del *right to an explanation*.

Se, dunque, un diritto alla spiegazione sembra ricavabile dal GDPR, alcuni dubbi sorgono relativamente al profilo temporale.

Come noto, gli artt. 13, 14 e 15 citati sanciscono il diritto dell'interessato all'informazione, che alla luce del *right to an explanation* comporterebbero il diritto di avere informazioni in merito alla logica funzionale sottesa alla decisione automatizzata che precede il trattamento dei dati personali e dunque prima dell'elaborazione degli *outputs* del processo decisionale: in altri termini, il diritto alla spiegazione – così come emerge dall'in-

---

[51] In questi termini S. WATCHER-B. MITTELSTADT-L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, p. 19. Gli Autori criticano, tuttavia, la prospettiva del GDPR, in quanto il diritto sancito dalla normativa europea sarebbe differente e più debole rispetto al diritto alla spiegazione: esso non riguarderebbe la decisione concretamente raggiunta quale *output* del processo, non fornendo indicazioni conclusive sulle ragioni della decisione e non consentendo di inferire la razionalità che spiega il risultato concreto della decisione.

terpretazione del GDPR – concerne esclusivamente la fase antecedente alla decisione, per cui una volta che tale decisione è stata adottata dalla macchina l'interessato non avrebbe più un diritto alla spiegazione, ma sarebbe sottoposto ad essa.

Un'effettiva tutela sembra così preclusa in virtù della conoscenza della sola logica funzionale generale del sistema automatizzato e, pertanto, ai fini di tutela dell'interessato, le norme richiamate dovrebbero essere interpretate estensivamente avendo riguardo anche alla fase successiva all'adozione della decisione rispetto ai c.d. dati derivati [52]. Così interpretando, la logica del Legislatore europeo rispetto al trattamento automatizzato dei dati pare essere la medesima che governa l'*accountability* [53], ossia di agire in termini di prevenzione del rischio attraverso un'allocazione dello stesso e in termini di riparazione solo in una fase successiva e subordinata [54]. In questo modo il principio di trasparenza e l'esercizio del diritto all'informazione accompagnerebbero ogni fase del processo automatizzato [55], garantendo una tutela diversificata e maggiormente completa.

Ne consegue che l'interessato ha diritto di conoscere la logica utilizzata nel processo decisionale automatizzato e tale diritto concerne sia una spiegazione *sulla fase antecedente alla decisione, concernente* le modalità di funzionamento del sistema, sia alla fase *successiva*, relativa al *come* e al *perché* del processo decisionale.

In questa logica, la società avrebbe dovuto rendere edotti i soggetti i cui dati personali vengono trattati non solo dell'impiego dell'algoritmo, ma altresì delle modalità con cui esso ha operato.

Anche il Comitato europeo per la protezione dei dati personali si è mosso in questa direzione, ritenendo sussistente un diritto alla spiegazione e sottolineando che il titolare del trattamento deve fornire all'interessato informazioni sufficientemente complete che facciano comprendere gli elementi presi in considerazione nell'ambito del processo decisionale affinché siano chiare le ragioni della decisione, ma senza che ciò implichi una spiegazione complessa degli algoritmi impiegati [56].

---

[52] Il WP29 ha rilevato la peculiare natura dei dati personali, non potendo essere ricondotti né alla categoria dei dati personali osservati sull'interessato, né a quella dei dati raccolti presso l'interessato, né a quelli comunicati da altri e diversi titolari del trattamento. Così ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on Automated decision-making and Profiling for the purposes of regulation 2016/679*, p. 8.

[53] Cfr. A. CERILLO I MARTINEZ, Accountability *delle decisioni algoritmiche*, in *L'amministrazione pubblica con i* big data*: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, cit., p. 61 ss.

[54] M. GAMBINI, *Algoritmi e sicurezza*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1° luglio 2019, p. 1657 ss.

[55] R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale*, cit.

[56] *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, p. 28, nelle quali si legge: "La complessità non è una scusa per non fornire informazioni all'in

Escludendo, dunque, le ipotesi in cui il processo decisionale automatizzato non possa essere conosciuto a causa dei c.d. algoritmi non lineari [57], diversa valutazione richiederà l'ipotesi in cui l'interessato non sia portato a conoscenza del processo decisionale da parte del titolare del trattamento nonostante fosse possibile ricostruire la logica della decisione automatizzata. In questa ipotesi il trattamento dei dati personali deve considerarsi illecito e la decisione automatizzata non può produrre effetti nella sfera giuridica dell'interessato [58].

A ciò si aggiunga che la *ratio* e la natura dei processi automatizzati rendono difficile tradurre in un linguaggio comprensibile per un "interessato medio" determinate strutture tecniche e, quindi, al fine di garantire la consapevolezza del soggetto interessato, si dovrebbe attuare quanto affermato dal Comitato europeo [59] e utilizzare un approccio preventivo in cui il titolare del trattamento impieghi metodi chiari ed esaustivi che non comprendano anche la spiegazione matematica sul funzionamento degli algoritmi [60], ma che contribuiscano a favorire il principio della trasparenza nel trattamento dei dati.

Si tratterebbe, in altre parole, dell'obbligo per il titolare del trattamento di fornire informazioni *significative*.

In conclusione, la sussistenza di limiti cognitivi e tecnici non può costituire un espe-

---

teressato. Il considerando 58 afferma che il principio di trasparenza è «particolarmente utile in situazioni in cui la molteplicità degli operatori coinvolti e la complessità tecnologica dell'operazione fanno sì che sia difficile per l'interessato comprendere se, da chi e per quali finalità sono raccolti dati personali che lo riguardano, quali la pubblicità online».".

[57] Sul tema si rinvia a T.H. CORMEN-C.E. LEISERSON-R.L. RIVEST-C. STEIN, *Introduction to Algorithms*, 3rd ed., Cambridge, MA, 2009.

[58] Così F. BRAVO, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, *Dir. inf.*, 2020, p. 693 ss., secondo il quale "La soluzione, si noti, è in sintonia con l'assetto delineato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che all'art. 17, par. 2, include tra i diritti fondamentali oggetto di protezione il diritto alla proprietà intellettuale e all'art 52, par. 1, delineando la «Portata dei diritti garantiti», statuisce espressamente che «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».".

[59] *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, cit., p. 35.

[60] Per il Comitato queste informazioni riguarderebbero, ad esempio, le categorie di dati che sono state o saranno utilizzate nella profilazione o nel processo decisionale; i motivi per i quali tali categorie sono considerate pertinenti; le modalità di creazione del profilo utilizzato nel processo decisionale automatizzato, ivi comprese le statistiche utilizzate nell'analisi; i motivi per i quali tale profilo è pertinente per il processo decisionale automatizzato; le modalità di utilizzo del profilo ai fini di una decisione riguardante l'interessato.

diente per ridimensionare l'apparato di tutela, ma anzi deve essere lo stimolo verso l'adozione di misure che rispecchino la logica sottesa al sistema, garantendo la realizzazione di uno sviluppo digitale affidabile che assicuri una partecipazione attiva dell'interessato, il quale deve capire rischi e opportunità delle decisioni automatizzate.

Per tali ragioni si comprende il giudizio della Suprema Corte in ordine all'illegittimità del trattamento dei dati personali effettuato da parte della società, in quanto la non conoscibilità dell'algoritmo ha impedito agli interessati di avere cognizione in merito alle modalità e ai criteri in base ai quali esso operava, tenendo conto del diritto alla spiegazione nei termini suindicati. Se, indubbiamente, la società non era gravata da un obbligo di *disclosure* completa in virtù degli inevitabili tecnicismi, era tuttavia necessario porre gli interessati nella condizione di comprendere e di conoscere il funzionamento dell'algoritmo; ciò altresì considerando che la libertà del consenso risultava pregiudicata dalla clausola relativa al rapporto contrattuale tra consociati e società.

La violazione del principio della trasparenza ha fatto sì che l'interessato non potesse realmente effettuare considerazioni in merito al proprio *rating* reputazionale, demandato esclusivamente ad una decisione automatizzata di cui non è stato spiegato il funzionamento, né dimostrata l'efficacia, venendo così lesi i principi che rendono lecito il trattamento dei dati, non assumendo alcuna rilevanza la valutazione circa l'affidabilità dell'algoritmo.

Ne consegue che un trattamento che condizioni l'autonomia anche negoziale del soggetto [61] e non garantisca il diritto alla spiegazione non può considerarsi lecito. La Suprema Corte ha così portato alla luce una questione fondamentale, ossia che la profilazione tramite algoritmi, potendo limitare i diritti dell'interessato, impone di riconsiderare il ruolo del consenso, il quale può dirsi liberamente prestato soltanto qualora il funzionamento del predetto algoritmo sia conoscibile e, pertanto, solo rispettando il principio della trasparenza e attraverso una concreta attuazione del diritto alla spiegazione è possibile limitare gli effetti negativi di un inevitabile processo di "algoritmizzazione".

[61] Tra l'altro, la revoca del consenso al trattamento era subordinata all'assolvimento di un onere economico rappresentato dal pagamento di una penale e dal risarcimento del maggior danno.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, GRANDE SEZ., SENTENZA 8 SETTEMBRE 2020, C-265/19

L'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, alla luce dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 15, paragrafo 1, del trattato dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi, deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro non può escludere, in sede di recepimento nella propria normativa dei termini «artisti interpreti o esecutori (...)» che hanno diritto a una parte della remunerazione equa e unica ivi prevista, gli artisti cittadini di Stati terzi allo Spazio economico europeo (SEE), con la sola eccezione di quelli che hanno il proprio domicilio o la propria residenza nel SEE e di quelli il cui contributo al fonogramma è stato realizzato nel SEE.

…Omissis…

Nella causa C-265/19,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla High Court (Alta Corte, Irlanda), con decisione dell'11 gennaio 2019, pervenuta in cancelleria il 29 marzo 2019, nel procedimento

Omissis

contro

Omissis,

LA CORTE (GRANDE SEZIONE),

Omissis,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 8 della direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al di-

ritto di autore in materia di proprietà intellettuale (GU 2006, L 376, pag. 28), letto alla luce, in particolare, del trattato dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI) sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi, adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996 e approvato in nome della Comunità europea con la decisione 2000/278/CE del Consiglio, del 16 marzo 2000 (GU 2000, L 89, pag. 6, in prosieguo: il «WPPT»).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, la *Omissis* e, dall'altro, la *Omissis*, in merito al diritto di cittadini di Stati terzi a una remunerazione equa e unica qualora abbiano contribuito a un fonogramma che è utilizzato in Irlanda.

CONTESTO NORMATIVO

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati

3. L'articolo 19 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, del 23 maggio 1969 (*Raccolta dei trattati delle Nazioni Unite*, vol. 1155, pag. 331), così recita:

«Uno Stato, nel momento di sottoscrivere, ratificare, accettare, approvare un trattato o di aderirvi, può formulare una riserva (...)».

4. L'articolo 21 di tale Convenzione così dispone:

«1. Una riserva formulata nei confronti di un'altra parte in conformità agli articoli 19, 20, e 23:

a) modifica per lo Stato autore della riserva nei suoi rapporti con quell'altra parte le disposizioni del trattato a cui la riserva si riferisce, nella misura prevista dalla riserva medesima; e

b) modifica nella stessa misura queste disposizioni per quell'altra parte nei suoi rapporti con lo Stato autore della riserva.

2. La riserva non modifica le disposizioni del trattato per le altre parti nei loro rapporti inter se.

(...)».

Convenzione di Roma

5. La Convenzione internazionale relativa alla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione è stata firmata a Roma il 26 ottobre 1961 (in prosieguo: la «Convenzione di Roma»).

6. L'Unione europea non è parte di tale Convenzione. Tutti gli Stati membri, invece, fatta eccezione per la Repubblica di Malta, ne sono parte.

7. L'articolo 2 di detta Convenzione così dispone:

«1. Ai fini della presente Convenzione, si intende per trattamento nazionale il trattamento che lo Stato contraente, nel territorio del quale la protezione è richiesta, accorda, a norma della legislazione nazionale:

a) agli artisti interpreti o esecutori, che siano suoi cittadini, per le esecuzioni realizzate, fissate per la prima volta o radiodiffuse nel suo territorio;

b) ai produttori di fonogrammi, che siano suoi cittadini, per i fonogrammi per la prima volta pubblicati o fissati nel suo territorio;

(...)

2. Il trattamento nazionale sarà accordato tenuto conto della protezione espressamente assicurata e delle limitazioni espressamente previste nella presente Convenzione».

8. Ai sensi dell'articolo 4 della medesima Convenzione:

«Ciascuno Stato contraente accorderà il trattamento nazionale agli artisti interpreti o esecutori ogni qualvolta si verifichi una delle seguenti condizioni:

a) l'esecuzione abbia luogo in un altro Stato contraente;

b) l'esecuzione sia registrata su di un fonogramma protetto a norma del successivo articolo 5;

(...)».

9. L'articolo 5 della Convenzione di Roma così dispone:

«1. Ciascuno Stato contraente accorderà il trattamento nazionale ai produttori di fonogrammi ogni qualvolta si verifichi una delle seguenti condizioni:

a) il produttore di fonogrammi sia cittadino di un altro Stato contraente (criterio della nazionalità);

b) la prima fissazione del suono sia stata realizzata in un altro Stato contraente (criterio della fissazione);

c) il fonogramma sia stato pubblicato per la prima volta in un altro Stato contraente (criterio della pubblicazione).

2. Quando la prima pubblicazione abbia avuto luogo in uno Stato non contraente ma il fonogramma sia stato egualmente pubblicato, entro trenta giorni dalla prima pubblicazione, in uno Stato contraente (pubblicazione simultanea), il predetto fonogramma sarà considerato come se fosse stato pubblicato per la prima volta nello Stato contraente.

3. Ogni Stato contraente può, con una notifica depositata presso il Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, dichiarare che non applicherà né il criterio della pubblicazione, né il criterio della fissazione. Tale notificazione può essere depositata al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'adesione, ovvero in qualunque altro momento; in quest'ultimo caso essa prenderà effetto sei mesi dopo il deposito».

10. L'articolo 17 di tale Convenzione prevede quanto segue:

«Ogni Stato la cui legislazione nazionale, in vigore alla data del 26 ottobre 1961, accordi ai produttori di fonogrammi una protezione stabilita in funzione del solo criterio della fissazione potrà, mediante una notifica depositata presso il Segretario generale delle Nazioni Unite contemporaneamente allo strumento di ratifica, di accettazione o di adesione, dichiarare che applicherà soltanto il criterio della fissazione ai fini dell'articolo 5 (...)».

WPPT

11. L'Unione e i suoi Stati membri sono parti del WPPT. Tale accordo internazionale è entrato in vigore per l'Unione nonché per taluni Stati membri, tra cui l'Irlanda, il 14 marzo 2010. Per gli altri Stati membri, è entrato in vigore a una data anteriore. In totale, sono parti del WPPT circa cento Stati.

12. L'articolo 1, paragrafo 1, del WPPT è così formulato:

«Nessuna disposizione del presente trattato pregiudica gli obblighi reciproci incombenti alle Parti contraenti in forza della [Convenzione di Roma]».

13. L'articolo 2 del WPPT così dispone:

«Ai sensi del presente trattato, si intende per:

a) "artisti interpreti o esecutori", gli attori, i cantanti, i musicisti, i ballerini e le altre persone che rappresentano, cantano, recitano, declamano, interpretano o eseguono in qualunque altro modo opere letterarie o artistiche o espressioni di folclore;

b) "fonogramma", qualunque fissazione dei suoni di una esecuzione o di altri suoni o di una rappresentazione di suoni, che non sia una fissazione incorporata in un'opera cinematografica o in altra opera audiovisiva».

c) "fissazione", l'incorporazione di suoni o di loro rappresentazioni, che ne consenta la percezione, riproduzione o comunicazione mediante apposito dispositivo;

d) "produttore di fonogrammi", la persona fisica o giuridica che prende l'iniziativa e si assume la responsabilità di fissare, per prima, i suoni di una esecuzione o altri suoni o la rappresentazione di suoni;

(...)».

14. Ai sensi dell'articolo 3 del WPPT, intitolato «Beneficiari della protezione»:

«1. Le Parti contraenti accordano la protezione contemplata dal presente trattato agli artisti interpreti o esecutori e ai produttori di fonogrammi che siano cittadini di altre Parti contraenti.

2. Per cittadini di altre Parti contraenti si intendono gli artisti interpreti o esecutori e i produttori di fonogrammi che soddisfano i requisiti per la tutela istituita dalla Conven-

zione di Roma, ove tutte le Parti contraenti del presente trattato siano Stati contraenti della Convenzione stessa. Ai fini della determinazione dei suddetti requisiti, le Parti contraenti si attengono alle definizioni di cui all'articolo 2 del presente trattato.

3. Le Parti contraenti che si avvalgono delle facoltà di cui all'articolo 5, paragrafo 3, della Convenzione di Roma o che si avvalgono, ai sensi del suo articolo 5, dell'articolo 17 della Convenzione stessa, possono depositare la notifica ivi prevista presso il direttore generale dell'[OMPI]».

15. L'articolo 4 del WPPT, intitolato «Trattamento nazionale», prevede quanto segue:

«1. Ciascuna Parte contraente accorda ai cittadini di altre Part[i] contraenti, secondo la definizione di cui all'articolo 3, paragrafo 2, [del presente trattato] lo stesso trattamento da essa accordato ai propri cittadini in relazione ai diritti esclusivi specificamente riconosciuti dal trattato e al diritto a un'equa remunerazione di cui all'articolo 15.

2. L'obbligo di cui al paragrafo 1 [del presente articolo] non si applica laddove un'altra Parte contraente si avvalga delle riserve ammesse dall'articolo 15, paragrafo 3».

16. L'articolo 15 del WPPT, intitolato «Diritto a un equo compenso per la radiodiffusione e la comunicazione al pubblico», è così formulato:

«1. Quando un fonogramma pubblicato a fini di commercio è utilizzato direttamente o indirettamente per la radiodiffusione o per una qualunque comunicazione al pubblico, gli artisti interpreti o esecutori e i produttori di fonogrammi hanno diritto a un compenso equo e unico.

2. Le Parti contraenti hanno la facoltà di stabilire, con la propria legislazione nazionale, se il diritto a un compenso equo e unico da parte dell'utilizzatore spetti agli artisti interpreti o esecutori o ai produttori di fonogrammi, ovvero a entrambi. La legislazione nazionale può determinare, in difetto di accordo tra gli interessati, le condizioni di ripartizione del predetto compenso.

3. Ciascuna Parte contraente può, mediante notifica depositata presso il direttore generale dell'OMPI, dichiarare che applicherà le disposizioni del paragrafo 1 [del presente articolo] solo in rapporto a determinate utilizzazioni, o che ne limiterà l'applicazione in altri modi, oppure che non ne applicherà alcuna.

4. Ai fini del presente articolo si reputano pubblicati a fini di commercio i fonogrammi messi a disposizione del pubblico, su filo o via etere, in modo tale che ciascun individuo possa liberamente accedervi da un luogo o in un momento di sua scelta».

17. L'articolo 23, paragrafo 1, del WPPT così dispone:

«Le Parti contraenti si impegnano ad adottare, conformemente alla propria legislazione, i provvedimenti necessari per l'applicazione del trattato stesso».

18. Ai sensi dell'articolo 33 del WPPT:

«Depositario del presente trattato è il direttore generale dell'OMPI».

19. Mentre le ratifiche del WPPT degli Stati membri dell'Unione, dell'Unione stessa e di numerosi Stati terzi non sono state accompagnate da riserve ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, di tale accordo internazionale, taluni Stati terzi, tra i quali gli Stati Uniti d'America, la Repubblica del Cile, la Repubblica di Singapore, la Repubblica popolare cinese, il Commonwealth dell'Australia, la Federazione russa, la Repubblica di Corea, il Canada, la Repubblica dell'India e la Nuova Zelanda, hanno invece formulato tali riserve.

20. Così, segnatamente, le notifiche nn. 8, 66 e 92 relative al WPPT includono le seguenti dichiarazioni:

«Conformemente all'[articolo 15, paragrafo 3, del WPPT], gli Stati Uniti d'America applicheranno [l'articolo 15, paragrafo 1, di tale trattato] solo rispetto a taluni atti di radiodiffusione e di comunicazione al pubblico mediante mezzi digitali per i quali è riscosso un onere diretto o indiretto a titolo della ricezione o per altre ritrasmissioni e comunicazioni su fonogramma digitale, come previsto dalla legislazione degli Stati Uniti d'America».

«(...) La Repubblica popolare cinese non si considera vincolata dal paragrafo 1 dell'articolo 15 del [WPPT]. (...)».

«(...) Conformemente all'[articolo 15, paragrafo 3, del WPPT], (...) la Repubblica dell'India dichiara che la disposizione dell'[articolo 15, paragrafo 1, di tale trattato] relativa al compenso equo e unico agli artisti interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi non si applicherà in India».

Direttiva 2006/115

21. I considerando da 5 a 7, 12 e 13 della direttiva 2006/115 così recitano:

«(5) Le opere creative e artistiche degli autori e degli artisti interpreti o esecutori richiedono la percezione di un reddito adeguato quale base per l'ulteriore attività creativa e artistica, e gli investimenti occorrenti, segnatamente per la produzione di fonogrammi e pellicole, sono particolarmente rischiosi ed elevati. Per garantire livelli di reddito adeguati e per recuperare l'investimento l'unico mezzo efficace è un'adeguata tutela giuridica dei titolari dei diritti.

(6) Queste attività creative, artistiche e imprenditoriali sono in larga misura espletate da lavoratori autonomi. La prestazione di queste attività dovrebbe essere agevolata dall'emanazione di una tutela giuridica armonizzata [nell'Unione]. (...)

(7) Occorre ravvicinare la legislazione degli Stati membri in modo che le disposizioni nazionali non entrino in conflitto con quelle contenute nelle convenzioni internazionali,

sulle quali in molti Stati membri si basa la legislazione relativa al diritto d'autore e ai diritti connessi.

(...)

(12) È necessario introdurre un regime che assicuri agli autori e agli artisti interpreti o esecutori una remunerazione equa ed irrinunciabile, nonché la possibilità di affidare l'amministrazione di questo diritto a società di gestione collettiva che li rappresentano.

(13) L'equa remunerazione può essere versata sulla base di uno o più pagamenti da effettuarsi in qualsiasi momento, all'atto della stipulazione del contratto o successivamente. Essa dovrebbe tener conto dell'importanza del contributo apportato dagli autori e dagli artisti interpreti o esecutori al fonogramma o alla pellicola».

22. L'articolo 8 di tale direttiva, che rientra nel capo II di quest'ultima, intitolato «Tutela dei diritti connessi al diritto di autore», al suo paragrafo 2, prevede quanto segue:

«Gli Stati membri prevedono un diritto per garantire che una remunerazione equa e unica sia versata dall'utente allorché un fonogramma pubblicato a scopi commerciali, o una riproduzione del medesimo, è utilizzato per una radiodiffusione via etere o per una qualsiasi comunicazione al pubblico, e che detta remunerazione sia suddivisa tra gli artisti interpreti o esecutori e i produttori del fonogramma in questione. In caso di mancato accordo tra artisti interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi, gli Stati membri possono stabilire i criteri per ripartire tra i medesimi questa remunerazione».

23. L'articolo 11 di detta direttiva, rubricato «Efficacia temporale», così recita:

«1. La presente direttiva si applica a qualsiasi opera protetta dal diritto d'autore, prestazione artistica, fonogramma, emissione e prima fissazione di pellicole contemplati nella presente direttiva che al 1° luglio 1994 fosse ancora tutelata dalle normative degli Stati membri in materia di diritto d'autore e di diritti connessi o che, a tale data, fosse conforme ai requisiti di tutela previsti dalla presente direttiva.

2. Il disposto della presente direttiva si applica fatta salva l'utilizzazione, in qualsiasi forma, effettuata anteriormente al 1° luglio 1994.

(...)».

24. La direttiva 2006/115 ha codificato e abrogato la direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale (GU 1992, L 346, pag. 61). Essa non fissa un termine di attuazione, ma fa riferimento, al suo articolo 14 e al suo allegato I, parte B, ai termini di attuazione della direttiva 92/100 e delle direttive che hanno modificato quest'ultima. Tali termini sono scaduti, rispettivamente, il 1° luglio 1994, il 30 giugno 1995 e il 21 dicembre 2002.

25. Il testo dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 è identico a quello dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 92/100.

Diritto irlandese

26. Il Copyright and Related Rights Act 2000 (legge irlandese del 2000 sul diritto di autore e i diritti connessi), nella sua versione applicabile alla controversia di cui al procedimento principale (in prosieguo: il «CRR Act»), prevede, all'articolo 38, paragrafo 1:

«[C]hiunque intenda:

a) riprodurre in pubblico una registrazione sonora, o

b) inserire una registrazione sonora in una trasmissione radiotelevisiva o in un servizio di programmi via cavo,

può farlo ipso iure a condizione che:

i) accetti di effettuare pagamenti a una società di gestione collettiva relativamente a detta riproduzione o inserimento in una trasmissione radiotelevisiva o in un servizio di programmi via cavo;

ii) soddisfi i requisiti del presente articolo».

27. L'articolo 184 del CRR Act, contenuto nella parte II di quest'ultimo, così dispone:

«1. Un'opera letteraria, teatrale, musicale o artistica, una registrazione sonora, una pellicola, una composizione tipografica di un'edizione pubblicata o una banca dati originale possono beneficiare della tutela del diritto d'autore quando sono messe a disposizione del pubblico per la prima volta:

a) nello Stato; o

b) in qualsiasi paese, territorio, Stato o zona ai quali si estende la pertinente disposizione della presente parte.

2. Ai fini del presente articolo, la legittima messa a disposizione del pubblico di un'opera in un paese, territorio, Stato o zona è considerata la prima legittima messa a disposizione del pubblico dell'opera, anche se detta opera è contemporaneamente messa legittimamente a disposizione del pubblico in un altro luogo; a tal fine, inoltre, la legittima messa a disposizione del pubblico di un'opera in un altro luogo entro i 30 giorni precedenti è considerata contemporanea».

28. L'articolo 208, paragrafo 1, di detta legge, contenuto nella parte III di quest'ultima, così dispone:

«Un artista ha diritto di percepire, da parte del titolare del diritto d'autore su una registrazione sonora, un'equa remunerazione quando la registrazione sonora dell'integralità o di una parte sostanziale di un'interpretazione o di un'esecuzione che soddisfa le condizioni e che è stata messa a disposizione del pubblico a fini commerciali è:

a) riprodotta in pubblico; o

b) inclusa in una trasmissione radiotelevisiva o in un servizio di programmi via cavo».

29. L'articolo 287 di detta legge, che rientra anch'esso in tale parte III, così dispone:

«Nella presente parte e nella parte IV per "paese idoneo" si intende

a) l'Irlanda,

b) un altro Stato membro dello [Spazio economico europeo (SEE)], oppure

c) nella misura in cui lo preveda un decreto emesso ai sensi dell'articolo 289, un paese designato a termini di detto articolo;

per "soggetto idoneo" si intende: un cittadino o un soggetto di diritto di un paese idoneo, oppure un soggetto domiciliato o abitualmente residente in un paese idoneo; e

per "cittadino idoneo" si intende: un cittadino irlandese o un soggetto domiciliato o abitualmente residente in Irlanda».

30. L'articolo 288 della medesima legge precisa quanto segue:

«Un'interpretazione o un'esecuzione è considerata tutelabile ai fini delle disposizioni della presente parte [III] e della parte IV se è resa da un soggetto idoneo o da un cittadino idoneo, o se ha luogo in un paese, territorio, Stato o zona idoneo, conformemente al presente capo».

31. L'articolo 289, paragrafo 1, del CRR Act così recita:

«Il governo può designare con decreto come paese che può accedere al beneficio della tutela ai sensi della presente parte [III] e della parte IV qualsiasi paese, territorio, Stato o zona relativamente a cui il governo abbia accertato che, in base alla sua normativa, è stata o sarà disposta un'adeguata tutela delle interpretazioni o esecuzioni irlandesi».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

32. La ricorrente nel procedimento principale, la *Omissis*, società di diritto irlandese, è una società di gestione collettiva dei diritti di artisti interpreti o esecutori.

33. La prima resistente nel procedimento principale, la *Omissis*, anch'essa società di diritto irlandese, è una società di gestione collettiva dei diritti di produttori di fonogrammi.

34. La *Omissis* e la *Omissis* hanno stipulato un contratto che stabilisce le modalità in base alle quali i diritti esigibili, in Irlanda, per la diffusione in pubblico, nei bar e in altri luoghi accessibili al pubblico, o per la radiodiffusione di musica registrata devono essere suddivisi, dopo essere stati versati alla *Omissis* dagli utilizzatori, con gli artisti interpreti o esecutori e, a tal fine, devono essere parzialmente trasferiti dalla *Omissis* alla *Omissis*. Esse non concordano, tuttavia, sulla portata di tale contratto per quanto attiene ai diritti

versati alla *Omissis* nel caso in cui la musica diffusa sia stata interpretata o eseguita da un artista che non è né cittadino né residente di uno Stato membro del SEE.

35. A tal riguardo, la *Omissis* ritiene che tutti i diritti esigibili debbano essere suddivisi, conformemente all'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 e agli accordi internazionali ai quali tale direttiva fa riferimento, tra il produttore del fonogramma e l'artista interprete o esecutore. La cittadinanza e il luogo di residenza dell'artista sono, a suo avviso, irrilevanti in proposito.

36. Secondo la *Omissis*, invece, il regime istituito dal CRR Act – secondo cui gli artisti interpreti o esecutori che non sono né cittadini né residenti di uno Stato membro del SEE, e dei quali neppure le interpretazioni o esecuzioni provengono da una registrazione sonora realizzata nel SEE, non hanno diritto di ricevere una quota dei diritti che diventano esigibili quando tali interpretazioni o esecuzioni sono diffuse in Irlanda – è compatibile tanto con la direttiva 2006/115 quanto con gli accordi internazionali ai quali tale direttiva fa riferimento. Remunerare tali artisti per lo sfruttamento in Irlanda dei fonogrammi ai quali hanno contribuito disattenderebbe l'approccio di reciprocità internazionale legittimamente adottato dall'Irlanda. In particolare, se si seguisse la posizione della *Omissis*, gli artisti interpreti o esecutori degli Stati Uniti sarebbero remunerati in Irlanda, mentre, secondo la *Omissis*, tale Stato terzo concede solamente in misura assai parziale il diritto a una remunerazione equa agli artisti interpreti o esecutori irlandesi.

37. A motivo di tale disaccordo, la *Omissis* ritiene che le somme che la *Omissis* le versa siano insufficienti, e ha presentato un ricorso contro quest'ultima dinanzi alla High Court (Alta Corte, Irlanda), giudice del rinvio.

38. Tale giudice osserva che, per l'effetto combinato dei suoi articoli 38, 184, 208, 287 e 288, il CRR Act esclude – tranne nella situazione, non ancora realizzatasi, dell'adozione di un decreto in forza del suo articolo 289 – che gli artisti interpreti o esecutori, cittadini di Stati terzi al SEE o non domiciliati o residenti nel SEE, possano ricevere una quota dei diritti che sono esigibili al momento dalla diffusione in Irlanda di loro interpretazioni o esecuzioni registrate al di fuori del SEE, con la conseguenza che i produttori di fonogrammi, inclusi quelli stabiliti al di fuori del SEE, beneficiano dell'integralità di tali diritti.

39. Pertanto, nel caso di registrazioni sonore che coinvolgono produttori di fonogrammi e artisti interpreti o esecutori degli Stati Uniti, tali produttori potrebbero beneficiare dell'integralità dei diritti che devono essere versati in Irlanda dagli utilizzatori.

40. Detto giudice rileva che tale situazione è dovuta al fatto che i criteri di ammissibilità a una remunerazione, contenuti nel CRR Act, sono diversi per i produttori di fono-

grammi e per gli artisti interpreti o esecutori. Orbene, appare dubbio che una siffatta legislazione nazionale sia compatibile con l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115, dal momento che tale disposizione esige che gli Stati membri prevedano una remunerazione equa e unica versata dall'utente che deve essere suddivisa tra il produttore del fonogramma e l'artista interprete o esecutore.

41. Il giudice del rinvio rileva al riguardo che il CRR Act, che tratta in modo uguale tutti gli artisti interpreti o esecutori che sono cittadini o residenti di uno Stato membro dell'Unione, o anche del SEE, rispetta le norme del Trattato FUE che vietano qualsiasi discriminazione. Rimarrebbe cionondimeno il fatto che il CRR Act deve altresì essere compatibile con l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115, che enuncia in termini generali che ciascuno Stato membro deve garantire che una remunerazione equa sia suddivisa «tra gli artisti interpreti o esecutori e i produttori del fonogramma in questione». Si dovrebbe stabilire in quale misura e in che modo tale direttiva dovrebbe essere interpretata tenuto conto della Convenzione di Roma, di cui l'Irlanda è parte, e del WPPT, di cui sia l'Irlanda sia l'Unione sono parti.

42. Sarebbe importante, inoltre, precisare quali sono le conseguenze delle riserve formulate da determinati Stati terzi, quali gli Stati Uniti d'America, in forza del WPPT. Tale problematica solleverebbe segnatamente la questione dell'esistenza, in capo a uno Stato membro dell'Unione, di un potere discrezionale al fine di reagire a tali riserve.

43. Tenuto conto della rilevanza della controversia di cui al procedimento principale, il Ministro del Lavoro, dell'Imprenditoria e dell'Innovazione, nonché l'Irlanda e l'Attorney General sono stati chiamati in causa nel procedimento principale come seconda, terza e quarta parte resistente.

44. Stante quanto precede, la High Court (Alta Corte) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'obbligo incombente al giudice nazionale di interpretare la direttiva [2006/115] alla luce dell'oggetto e dello scopo della convenzione di Roma e/o del WPPT si limiti alle nozioni cui la direttiva fa espressamente riferimento o se, invece, detto obbligo si estenda anche alle nozioni presenti esclusivamente nei due accordi internazionali. In particolare, in quale misura l'articolo 8 della direttiva [2006/115] debba essere interpretato alla luce del requisito del "trattamento nazionale" di cui all'articolo 4 del WPPT.

2) Se uno Stato membro abbia la facoltà di prescrivere i criteri per determinare quali artisti interpreti o esecutori siano qualificabili come "artisti interpreti o esecutori (...) in questione" ai sensi dell'articolo 8 della direttiva [2006/115]. In particolare, se uno Stato

membro possa limitare il diritto a una quota dell'equa remunerazione ai casi in cui: i) l'esecuzione ha luogo in un paese del [SEE]; oppure ii) gli artisti interpreti o esecutori hanno il domicilio o la residenza in un paese del SEE.

3) Quale sia la discrezionalità di cui gode uno Stato membro nel rispondere a una riserva formulata da un'altra parte contraente ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT. In particolare, se lo Stato membro sia tenuto a rispecchiare esattamente le condizioni della riserva formulata dall'altra parte contraente. Se una parte contraente abbia l'obbligo di non applicare la regola dei 30 giorni di cui all'articolo 5 della Convenzione di Roma qualora da detta regola possa conseguire che un produttore della parte contraente che si avvale della riserva riceva il compenso di cui all'articolo 15, paragrafo 1, ma gli artisti interpreti o esecutori della medesima registrazione non lo ricevano. In subordine, se la parte contraente che risponde alla riserva abbia la facoltà di garantire ai cittadini della parte contraente che si avvale della riserva diritti più ampi di quelli riconosciuti da quest'ultima parte contraente; in altri termini, se la parte che risponde alla riserva possa garantire diritti che non sono concessi su base di reciprocità dalla parte che si avvale della riserva.

4) Se sia comunque consentito limitare il diritto a un'equa remunerazione ai soli produttori di una registrazione sonora, vale a dire negare il diritto agli artisti interpreti o esecutori le cui prestazioni sono state fissate in detta registrazione sonora».

SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

Sulle questioni prima e seconda

45. Con la prima e la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice nazionale chiede in sostanza se l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 debba, alla luce della Convenzione di Roma e/o del WPPT, essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro escluda, nell'ambito del recepimento nella propria normativa dei termini «artisti interpreti o esecutori (...) in questione» contenuti in tale disposizione e che designano gli artisti che hanno diritto a una parte della remunerazione equa e unica ivi prevista, gli artisti cittadini di Stati terzi al SEE, con la sola eccezione di quelli che hanno il proprio domicilio o la propria residenza nel SEE e di quelli il cui contributo al fonogramma è stato realizzato nel SEE.

46. A tal riguardo, si deve rammentare in via preliminare che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione la quale non contenga alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri al fine di determinare il suo senso e la sua portata devono normalmente essere oggetto, in tutta l'Unione, di un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi

tenendo conto della formulazione di tale disposizione, del contesto in cui essa si inserisce e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v., in tal senso, sentenze del 19 settembre 2000, Linster, C-287/98, EU:C:2000:468, punto 43; del 22 settembre 2011, Budějovický Budvar, C-482/09, EU:C:2011:605, punto 29, nonché del 1° ottobre 2019, Planet49, C-673/17, EU:C:2019:801, punto 47).

47. In applicazione di tale giurisprudenza, la Corte ha sottolineato che non spetta agli Stati membri definire le nozioni che non contengono un rinvio espresso al diritto degli Stati membri nelle direttive in materia di diritto d'autore e diritti connessi, quali le nozioni di «pubblico» e di «remunerazione equa» (sentenze del 6 febbraio 2003, SENA, C-245/00, EU:C:2003:68, punto 24; del 7 dicembre 2006, SGAE, C-306/05, EU:C:2006:764, punto 31, e del 30 giugno 2011, VEWA, C-271/10, EU:C:2011:442, punti 25 e 26).

48. Lo stesso vale per i termini «artisti interpreti o esecutori (...) in questione» contenuti all'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115. Poiché tale direttiva non effettua alcun rinvio ai diritti nazionali per quanto riguarda la portata di tali termini, questi ultimi devono essere interpretati in modo uniforme in tutta l'Unione, tenendo conto della formulazione di detta disposizione, del suo contesto e degli obiettivi perseguiti da tale direttiva.

49. Per quanto riguarda la formulazione dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115, si deve rilevare che tale disposizione non precisa espressamente se i termini «artisti interpreti o esecutori (...) in questione» facciano riferimento ai soli artisti interpreti o esecutori che hanno la cittadinanza di uno Stato nel cui territorio tale direttiva si applica, o se si riferiscano parimenti agli artisti interpreti o esecutori che hanno la cittadinanza di un altro Stato.

50. Per quanto attiene al contesto in cui tale disposizione si inserisce e agli obiettivi della direttiva 2006/115, si deve rilevare che dai suoi considerando da 5 a 7 emerge che quest'ultima mira a garantire la continuità delle opere creative e artistiche degli autori e degli artisti interpreti o esecutori, prevedendo una tutela giuridica armonizzata che garantisca livelli di reddito adeguati e il recupero dell'investimento, «in modo che le disposizioni nazionali non entrino in conflitto con quelle contenute nelle convenzioni internazionali, sulle quali in molti Stati membri si basa la legislazione relativa al diritto d'autore e ai diritti connessi».

51. Ne consegue che le nozioni contenute in tale direttiva devono essere interpretate in modo conforme alle nozioni equivalenti contenute in tali convenzioni (v., in tal senso, sentenze del 15 marzo 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punto 55; del 10 novembre 2016, Vereniging Openbare Bibliotheken, C-174/15, EU:C:2016:856, punto 33, nonché del 29 luglio 2019, Pelham e a., C-476/17, EU:C:2019:624, punto 53).

52. Tra dette convenzioni figura il WPPT, del quale l'Unione e tutti gli Stati membri sono parti contraenti.

53. Ai sensi dell'articolo 2, lettera a), del WPPT, la nozione di «artisti interpreti o esecutori» si riferisce all'insieme delle persone «che rappresentano, cantano, recitano, declamano, interpretano o eseguono in qualunque altro modo opere letterarie o artistiche o espressioni di folclore». Dall'articolo 2, lettera b), di tale accordo internazionale emerge, peraltro, che un fonogramma consiste segnatamente nella fissazione dei suoni di una siffatta esecuzione o rappresentazione.

54. L'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 conferisce a tali persone un diritto di natura compensativa, il cui fattore causale è la comunicazione al pubblico dell'interpretazione o dell'esecuzione dell'opera fissata su un fonogramma pubblicato a fini commerciali (v., in tal senso, sentenza del 31 maggio 2016, Reha Training, C-117/15, EU:C:2016:379, punti 30 e 32).

55. Da tale disposizione, risulta, più precisamente, che la legislazione di ogni Stato membro deve garantire, da un lato, che una remunerazione equa e unica sia versata dall'utente allorché un fonogramma pubblicato a scopi commerciali, o una riproduzione del medesimo, è utilizzato per una radiodiffusione via etere o per una qualsiasi comunicazione al pubblico e, dall'altro, che detta remunerazione sia suddivisa tra l'artista interprete o esecutore e il produttore del fonogramma.

56. Pur lasciando a ciascuno Stato membro la possibilità di determinare, in caso di mancato accordo tra gli artisti interpreti o esecutori e i produttori di fonogrammi, le modalità di ripartizione di detta remunerazione, l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 comporta tuttavia l'obbligo chiaro e incondizionato di concedere a tali artisti e produttori il diritto a una remunerazione equa, che deve essere suddivisa tra i medesimi. Come discende dai considerando 5, 12 e 13 di tale direttiva, la quota della remunerazione versata all'artista interprete o esecutore deve essere adeguata riflettendo l'importanza del contributo di quest'ultimo al fonogramma.

57. Tale diritto di natura compensativa costituisce, come testimonia la rubrica del capo II della direttiva 2006/115, in cui rientra l'articolo 8, un diritto connesso al diritto d'autore.

58. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 80 delle sue conclusioni, l'obbligo previsto dall'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 di garantire una remunerazione che sia equa e suddivisa tra il produttore del fonogramma e l'artista interprete o esecutore si applica quando l'utilizzo del fonogramma o di una riproduzione di quest'ultimo avviene nell'Unione.

59. Ciò si verifica quando la comunicazione del fonogramma, quale fattore causale del diritto connesso summenzionato, si rivolge a un pubblico situato in uno o più Stati membri. Infatti, in mancanza di precisazioni in tale direttiva quanto al suo ambito di applicazione territoriale, quest'ultimo corrisponde a quello dei trattati, previsto dall'articolo 52 TUE (sentenza del 4 maggio 2017, El Dakkak e Intercontinental, C-17/16, EU:C:2017:341, punti 22 e 23 nonché giurisprudenza ivi citata). Fatto salvo l'articolo 355 TFUE, tale ambito di applicazione è costituito dai territori degli Stati membri.

60. Inoltre, affinché tale obbligo previsto dall'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 si applichi, il fonogramma deve soddisfare i criteri di applicazione ratione temporis enunciati dall'articolo 11 di tale direttiva.

61. Invece, detta direttiva, che fa riferimento senza ulteriori precisazioni agli «artisti interpreti o esecutori» e ai «produttori di fonogrammi», non stabilisce alcun requisito in base al quale l'artista interprete o esecutore o il produttore del fonogramma dovrebbe avere la cittadinanza di uno Stato membro del SEE, o il proprio domicilio o luogo di residenza in un siffatto Stato, e nemmeno un requisito secondo cui il luogo di realizzazione delle opere creative o artistiche dovrebbe collegarsi al territorio di uno Stato membro del SEE.

62. Al contrario, il contesto in cui si inserisce l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 e gli obiettivi di tale direttiva, rammentati al punto 50 della presente sentenza, nonché la prevalenza degli accordi internazionali conclusi dall'Unione sulle altre categorie di atti di diritto derivato, che discende dall'articolo 216, paragrafo 2, TFUE (sentenza del 21 dicembre 2011, Air Transport Association of America e a., C-366/10, EU:C:2011:864, punto 50), impongono d'interpretare detto articolo 8, paragrafo 2, nei limiti del possibile, in modo conforme al WPPT (v., per analogia, sentenza del 18 marzo 2014, Z, C-363/12, EU:C:2014:159, punto 72). Orbene, tale accordo internazionale, che è parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v., segnatamente, sentenze del 30 aprile 1974, Haegeman, 181/73, EU:C:1974:41, punto 5, e dell'11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, EU:C:2013:222, punti da 28 a 30), obbliga, in linea di principio, l'Unione e i suoi Stati membri a concedere il diritto a una remunerazione equa e unica sia agli artisti interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi che sono cittadini di Stat membri dell'Unione sia a quelli che sono cittadini di altre parti contraenti del WPPT.

63. Infatti, da un lato, in forza dell'articolo 15, paragrafo 1, del WPPT, le parti contraenti di quest'ultimo devono conferire agli artisti interpreti o esecutori e ai produttori di fonogrammi il diritto a un compenso equo e unico quando un fonogramma pubblicato a

fini di commercio è utilizzato per la radiodiffusione o per una qualunque comunicazione al pubblico. Come osservato, in sostanza, dall'avvocato generale ai paragrafi 72 e 73 delle sue conclusioni, il recepimento di tale obbligo nel diritto dell'Unione era già garantito, al momento dell'entrata in vigore del WPPT per l'Unione, ossia il 14 marzo 2010, dall'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115, che ha sostituito senza modifiche l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 92/100.

64. Dall'altro lato, l'articolo 4, paragrafo 1, del WPPT precisa che ciascuna parte contraente deve accordare tale diritto indistintamente ai propri cittadini e ai «cittadini di altre Part[i] contraenti», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del medesimo.

65. Quest'ultima disposizione stabilisce che l'espressione «cittadini di altre Part[i] contraenti» si riferisce agli artisti e produttori che soddisfano i requisiti richiesti per la tutela istituita dalla Convenzione di Roma, ove tutte le Parti contraenti del WPPT siano Stati contraenti di tale Convenzione; i termini che figurano in tali requisiti hanno la portata definita dall'articolo 2 del WPPT.

66. Dal momento che il WPPT riprende così, attraverso l'effetto combinato del suo articolo 3, paragrafo 2, e del suo articolo 4, paragrafo 1, i requisiti che figurano nella Convenzione di Roma, tali requisiti sono rilevanti per determinare la portata dell'articolo 15 del WPPT, al quale tale articolo 4, paragrafo 1, è espressamente connesso.

67. A tal riguardo, si deve rilevare che, in forza dell'articolo 4 della Convenzione di Roma, ogni artista interprete o esecutore cittadino di uno Stato contraente di tale Convenzione deve beneficiare del trattamento nazionale accordato dagli altri Stati contraenti ai propri cittadini qualora, segnatamente, l'esecuzione sia registrata su di un fonogramma protetto a norma dell'articolo 5 di detta Convenzione. Ciò avviene segnatamente, come emerge dal paragrafo 1, lettera a), di tale articolo 5, quando il produttore del fonogramma è un cittadino di uno Stato contraente della Convenzione di Roma diverso da quello nel cui territorio è utilizzato il fonogramma.

68. Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che il diritto a una remunerazione equa e unica, riconosciuto dall'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115, che garantisce, nel diritto dell'Unione, l'applicazione dell'articolo 15, paragrafo 1, del WPPT, non può essere riservato, dal legislatore nazionale, ai soli cittadini degli Stati membri del SEE.

69. Certamente, dall'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT, emerge che ciascuna parte di tale accordo internazionale può, notificando una riserva al direttore generale dell'OMPI, dichiarare di non riconoscere il diritto a un compenso equo previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, di detto accordo o che, pur riconoscendo tale diritto, essa ne limi-

terà l'applicazione sul proprio territorio. Come enunciato dall'articolo 4, paragrafo 2, del WPPT, l'obbligo previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, di tale accordo internazionale non si applica laddove siffatte riserve siano state notificate.

70. Tuttavia, come risulta dal registro delle notifiche dell'OMPI, l'Unione, i suoi Stati membri e numerosi Stati terzi parti contraenti del WPPT non hanno notificato riserve in forza dell'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT e sono, di conseguenza, reciprocamente vincolati dall'articolo 4, paragrafo 1, e dall'articolo 15, paragrafo 1, di tale accordo internazionale.

71. In tali circostanze, l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 non può affatto, pena la violazione di detto accordo, essere attuato da uno Stato membro in modo da escludere dal diritto a una remunerazione equa tutti gli artisti interpreti o esecutori che sono cittadini di Stati terzi al SEE, con la sola eccezione di quelli che hanno il proprio domicilio o la propria residenza nel SEE o il cui contributo al fonogramma è stato realizzato nel SEE.

72. Tale conclusione non è inficiata dal fatto che taluni Stati membri abbiano notificato una riserva in forza dell'articolo 5, paragrafo 3, o dell'articolo 17 della Convenzione di Roma e tramesso quest'ultima al direttore generale dell'OMPI in forza dell'articolo 3, paragrafo 3, del WPPT. Infatti, se è vero che dall'articolo 1 di tale accordo internazionale discende che nessuna delle sue disposizioni può esentare gli Stati membri dai loro obblighi derivanti dalla Convenzione di Roma (v., in tal senso, sentenza del 15 marzo 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punto 50), ciò non toglie che, per sua natura, una siffatta riserva consente unicamente di limitare gli impegni assunti da uno Stato membro a titolo di tale Convenzione, ma non crea alcun obbligo per quest'ultimo. Ne consegue che essa non può in alcun caso essere considerata un obbligo di detto Stato che possa essere ostacolato dall'interpretazione dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 illustrata al punto 68 della presente sentenza.

73. La conclusione formulata al punto 71 della presente sentenza non è neppure inficiata dalla circostanza, invocata dall'Irlanda nelle sue osservazioni presentate dinanzi alla Corte, che i singoli, quali gli artisti interpreti o esecutori o la società di gestione collettiva di loro diritti, non possono invocare direttamente gli articoli 4 e 15 del WPPT dinanzi ai giudici irlandesi a motivo dell'assenza, rilevata dalla Corte (v., in tal senso, sentenza del 15 marzo 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punto 48), di effetto diretto di tali disposizioni.

74. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 127 delle sue conclusioni, tale circostanza non attenua affatto la necessità d'interpretare l'articolo 8, paragrafo 2,

della direttiva 2006/115 in modo conforme a tale accordo internazionale (v., per analogia, sentenza del 15 marzo 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punti 48, 51 e 52). Qualsiasi singolo interessato può invocare l'articolo 8, paragrafo 2, di tale direttiva dinanzi ai giudici irlandesi per mettere in discussione, nell'ambito di una controversia come quella di cui al procedimento principale, nella quale l'Irlanda è del resto stata chiamata in causa quale resistente, la compatibilità della legislazione irlandese con tale disposizione. Nell'ambito di una siffatta controversia, i giudici irlandesi hanno l'obbligo d'interpretare detta disposizione in modo conforme al WPPT.

75. Alla luce di tutto quanto precede, si deve rispondere alla prima e alla seconda questione sollevata dichiarando che l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115, alla luce dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 15, paragrafo 1, del WPPT, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro escluda, in sede di recepimento nella propria normativa dei termini «artisti interpreti o esecutori (...) in questione» contenuti in tale articolo 8, paragrafo 2, e che designano gli artisti che hanno diritto a una parte della remunerazione equa e unica ivi prevista, gli artisti cittadini di Stati terzi al SEE, con la sola eccezione di quelli che hanno il proprio domicilio o la propria residenza nel SEE e di quelli il cui contributo al fonogramma è stato realizzato nel SEE.

Sulla terza questione

76. Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT e l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 debbano essere interpretati nel senso che le riserve notificate da Stati terzi in forza di tale articolo 15, paragrafo 3, che hanno come effetto di limitare, sui rispettivi territori, il diritto a un compenso equo e unico previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, del WPPT conducono, nell'Unione, a limitazioni, che possono essere fissate da ciascuno Stato membro, del diritto previsto da tale articolo 8, paragrafo 2, nei confronti dei cittadini di tali Stati terzi.

77. Come esposto nella decisione di rinvio, la rilevanza di tale questione ai fini della risoluzione della controversia di cui al procedimento principale risiede nella circostanza che le riserve notificate conformemente all'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT da parte di taluni Stati terzi, tra cui gli Stati Uniti d'America, potrebbero ridurre la portata degli obblighi dell'Irlanda e costituire quindi un elemento da prendere in considerazione per esaminare la compatibilità con il diritto dell'Unione della situazione, creata dal CRR Act, in cui l'utilizzo in Irlanda di fonogrammi che contengono registrazioni sonore di artisti cittadini di Stati terzi è idoneo a dare luogo a una remunerazione per il produttore che non è suddivisa con l'artista. Il CRR Act avrebbe segnatamente per effetto di limitare il diritto connesso al diritto d'autore degli artisti degli Stati Uniti sul territorio irlandese.

78. A tal riguardo, si deve rilevare in via preliminare che, come indicato ai punti 19 e 20 della presente sentenza, vari Stati terzi, mediante una riserva fondata sull'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT, hanno dichiarato di non considerarsi vincolati dall'articolo 15, paragrafo 1, di quest'ultimo. Altri Stati terzi, tra cui gli Stati Uniti d'America, hanno dichiarato che avrebbero applicato tale articolo 15, paragrafo 1, in modo limitato.

79. Ciascuna di tali riserve riduce nella stessa misura, per l'Unione e i suoi Stati membri, l'obbligo previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, del WPPT nei confronti dello Stato terzo che ha formulato la riserva. Tale conseguenza è enunciata all'articolo 4, paragrafo 2, del WPPT, che deve essere interpretato alla luce delle pertinenti norme di diritto internazionale applicabili nei rapporti tra le parti contraenti (v., in tal senso, sentenze del 25 febbraio 2010, Brita, C-386/08, EU:C:2010:91, punto 43, e del 27 febbraio 2018, Western Sahara Campaign, C-266/16, EU:C:2018:118, punto 58). Tra tali norme figura il principio di reciprocità codificato all'articolo 21, paragrafo 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. In forza di tale principio, una riserva formulata da una parte contraente nei confronti delle altre parti contraenti modifica la disposizione dell'accordo internazionale alla quale essa si riferisce per lo Stato autore della riserva nei suoi rapporti con dette altre parti di tale accordo e modifica nella stessa misura tale disposizione per tali parti nei loro rapporti con lo Stato autore della riserva.

80. Da tali elementi discende che, in forza delle norme pertinenti di diritto internazionale applicabili nelle relazioni tra le parti contraenti, l'Unione e i suoi Stati membri non sono tenuti a concedere, senza limiti, il diritto a un compenso equo e unico previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, del WPPT ai cittadini di uno Stato terzo che esclude o limita, per mezzo di una riserva notificata conformemente all'articolo 15, paragrafo 3, di tale accordo internazionale, la concessione di un siffatto diritto nel proprio territorio.

81. L'Unione e i suoi Stati membri non sono neppure tenuti a concedere senza limiti il diritto a un compenso equo e unico ai cittadini di uno Stato terzo che non è parte contraente del WPPT.

82. Occorre rilevare, a tal riguardo, che il diniego da parte di Stati terzi di concedere, per la totalità o per una parte degli utilizzi nei rispettivi territori di fonogrammi pubblicati a fini commerciali, il diritto a una remunerazione equa e unica ai produttori di fonogrammi e agli artisti interpreti o esecutori che hanno contribuito a questi ultimi può avere come conseguenza che i cittadini degli Stati membri attivi nel commercio, spesso internazionale, della musica registrata non percepiscano un reddito adeguato e recuperino più difficilmente i loro investimenti.

83. Un siffatto rifiuto può, inoltre, compromettere la possibilità per gli artisti interpre-

ti o esecutori e i produttori di fonogrammi degli Stati membri dell'Unione di partecipare a tale commercio su un piano di parità con gli artisti interpreti o esecutori e i produttori di fonogrammi dello Stato terzo che ha notificato una riserva conformemente all'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT, creando una situazione in cui questi ultimi artisti e produttori percepiscono redditi in tutti i casi in cui la loro musica registrata è diffusa nell'Unione, mentre tale Stato terzo si discosta, attraverso tale riserva notificata ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT, non solo dall'articolo 15, paragrafo 1, di tale accordo internazionale, ma anche dall'articolo 4, paragrafo 1, di quest'ultimo, che prevede l'obbligo di parità di trattamento per quanto riguarda il diritto a un equo compenso per l'utilizzo di fonogrammi pubblicati a fini commerciali.

84. Ne consegue che la necessità di mantenere condizioni eque di partecipazione al commercio della musica registrata costituisce un obiettivo d'interesse generale idoneo a giustificare una limitazione del diritto connesso al diritto d'autore previsto dall'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 nei confronti dei cittadini di uno Stato terzo che non concede o che concede solo parzialmente tale diritto.

85. Ciò premesso, tale diritto a una remunerazione equa e unica costituisce, nell'Unione, come emerge dal punto 57 della presente sentenza, un diritto connesso al diritto d'autore. Pertanto, esso fa parte integrante della tutela della proprietà intellettuale sancita dall'articolo 17, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») (v., per analogia, sentenze del 27 marzo 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12, EU:C:2014:192, punto 47; del 7 agosto 2018, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, punto 41, nonché del 29 luglio 2019, Pelham e a., C-476/17, EU:C:2019:624, punto 32).

86. Di conseguenza, in forza dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, eventuali limitazioni all'esercizio di tale diritto connesso al diritto d'autore devono essere previste dalla legge, il che implica che la base giuridica che consente l'ingerenza in detto diritto deve definire essa stessa, in modo chiaro e preciso, la portata della limitazione al suo esercizio [v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2015, WebMindLicenses, C-419/14, EU:C:2015:832, punto 81; parere 1/15 (Accordo PNR UE-Canada), del 26 luglio 2017, EU:C:2017:592, punto 139 e sentenza del 16 luglio 2020, Facebook Ireland e Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, punti 175 e 176].

87. La mera esistenza di una riserva debitamente notificata conformemente all'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT non soddisfa tale requisito, in quanto una siffatta riserva non consente ai cittadini dello Stato terzo di cui trattasi di venire a conoscenza del modo preciso in cui il loro diritto a una remunerazione equa e unica sarebbe, di conse-

guenza, limitato nell'Unione. A tal fine, è necessaria una norma chiara del diritto dell'Unione stesso.

88. Dal momento che l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 costituisce una norma armonizzata, spetta al solo legislatore dell'Unione e non ai legislatori nazionali determinare se si debba limitare la concessione, nell'Unione, di tale diritto connesso al diritto d'autore nei confronti dei cittadini di Stati terzi e, in caso affermativo, definire tale limitazione in modo chiaro e preciso. Orbene, come sottolineato dalla Commissione nelle sue osservazioni, né tale disposizione né alcun'altra disposizione di diritto dell'Unione contengono, allo stato attuale del diritto dell'Unione, una limitazione di tal genere.

89. Occorre aggiungere che l'Unione dispone della competenza esterna esclusiva di cui all'articolo 3, paragrafo 2, TFUE per negoziare con Stati terzi nuovi impegni reciproci, nell'ambito del WPPT o al di fuori di quest'ultimo, vertenti sul diritto a una remunerazione equa e unica per i produttori di fonogrammi pubblicati a fini commerciali e per gli artisti interpreti o esecutori che contribuiscono a tali fonogrammi.

90. Ogni accordo a tal riguardo potrebbe infatti alterare la portata dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115, che è una norma comune dell'Unione. Esisterebbe una concordanza completa tra la materia alla quale un siffatto accordo mirato si riferisce e quella, identica, di cui a tale articolo 8, paragrafo 2. L'esistenza di una siffatta concordanza completa costituisce una delle situazioni, tra le altre, in cui l'Unione ha competenza esterna esclusiva ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, TFUE [v., segnatamente, sentenze del 4 settembre 2014, Commissione/Consiglio, C-114/12, EU:C:2014:2151, punti da 68 a 70, e del 20 novembre 2018, Commissione/Consiglio (AMP Antarctique), C-626/15 e C-659/16, EU:C:2018:925, punto 113].

91. Tenuto conto di tutto quanto precede, si deve rispondere alla terza questione sollevata dichiarando che l'articolo 15, paragrafo 3, del WPPT e l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 devono, allo stato attuale del diritto dell'Unione, essere interpretati nel senso che le riserve notificate da Stati terzi ai sensi di tale articolo 15, paragrafo 3, aventi come effetto di limitare, nei loro territori, il diritto a un compenso equo e unico previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, del WPPT non comportano, nell'Unione, limitazioni del diritto previsto da detto articolo 8, paragrafo 2, nei confronti dei cittadini di tali Stati terzi; tali limitazioni possono tuttavia essere introdotte dal legislatore dell'Unione, purché siano conformi ai requisiti di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta. Detto articolo 8, paragrafo 2, osta pertanto a che uno Stato membro limiti il diritto a una remunerazione equa e unica nei confronti degli artisti interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi cittadini di detti Stati terzi.

Sulla quarta questione

92. Con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 debba essere interpretato nel senso che esso osta a che il diritto a una remunerazione equa e unica ivi previsto sia limitato in modo tale che solo il produttore del fonogramma percepisca una remunerazione, senza suddividerla con l'artista interprete o esecutore che ha contribuito al fonogramma.

93. A tal riguardo, dato che, come discende dalla formulazione stessa dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115, tanto gli artisti interpreti o esecutori quanto i produttori di fonogrammi hanno diritto a una remunerazione equa e unica, l'esclusione di talune categorie di artisti interpreti o esecutori dal beneficio di una qualsivoglia remunerazione per l'utilizzo di fonogrammi o di riproduzioni di questi ultimi ai quali tali artisti hanno contribuito pregiudica necessariamente il rispetto di tale diritto.

94. Poiché tale remunerazione ha come caratteristica essenziale di essere «suddivisa» tra il produttore del fonogramma e l'artista interprete o esecutore, essa deve dar luogo a una ripartizione tra gli stessi. Se è vero che, come affermato al punto 56 della presente sentenza, l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 lascia a ciascuno Stato membro la possibilità di determinare le condizioni di tale ripartizione, tale disposizione non consente, invece, a uno Stato membro di escludere la ripartizione della remunerazione nei confronti di determinate categorie di artisti interpreti o esecutori e di riconoscere quindi ai produttori di fonogrammi ai quali tali artisti hanno contribuito l'integralità della remunerazione generata dall'utilizzo di tali fonogrammi o di riproduzioni di questi ultimi.

95. Occorre peraltro rilevare che una siffatta esclusione comprometterebbe l'obiettivo della direttiva 2006/115, rammentato al punto 50 della presente sentenza, consistente nel garantire la continuità del lavoro creativo e artistico degli autori e artisti interpreti o esecutori, prevedendo una tutela giuridica armonizzata che garantisca la possibilità per questi ultimi di percepire un reddito adeguato e di recuperare i propri investimenti.

96. Si deve pertanto rispondere alla quarta questione sollevata dichiarando che l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che il diritto a una remunerazione equa e unica ivi previsto sia limitato in modo tale che solo il produttore del fonogramma interessato percepisca una remunerazione, senza suddividerla con l'artista interprete o esecutore che ha contribuito a tale fonogramma.

SULLE SPESE

97. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce

un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) L'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, alla luce dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 15, paragrafo 1, del trattato dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro escluda, in sede di recepimento nella propria normativa dei termini «artisti interpreti o esecutori (...) in questione» contenuti in tale articolo 8, paragrafo 2, e che designano gli artisti che hanno diritto a una parte della remunerazione equa e unica ivi prevista, gli artisti cittadini di Stati terzi allo Spazio economico europeo (SEE), con la sola eccezione di quelli che hanno il proprio domicilio o la propria residenza nel SEE e di quelli il cui contributo al fonogramma è stato realizzato nel SEE.

2) L'articolo 15, paragrafo 3, del trattato dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI) sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi e l'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 devono, allo stato attuale del diritto dell'Unione, essere interpretati nel senso che le riserve notificate da Stati terzi ai sensi di tale articolo 15, paragrafo 3, aventi come effetto di limitare, nei loro territori, il diritto a un compenso equo e unico previsto dall'articolo 15, paragrafo 1, del trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi, non comportano, nell'Unione europea, limitazioni del diritto previsto da detto articolo 8, paragrafo 2, nei confronti dei cittadini di tali Stati terzi; tali limitazioni possono tuttavia essere introdotte dal legislatore dell'Unione, purché siano conformi ai requisiti di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Detto articolo 8, paragrafo 2, osta pertanto a che uno Stato membro limiti il diritto a una remunerazione equa e unica nei confronti degli artisti interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi cittadini di detti Stati terzi.

3) L'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che il diritto a una remunerazione equa e unica ivi previsto sia limitato in modo tale che solo il produttore del fonogramma interessato percepisca una remunerazione, senza suddividerla con l'artista interprete o esecutore che ha contribuito a tale fonogramma.

JUS CIVILE

MARTINA GENOVESE

Dottoranda di ricerca – Università degli studi di Messina

IL DIRITTO DEGLI ARTISTI INTERPRETI O ESECUTORI EXTRA SEE AD UN'EQUA REMUNERAZIONE: UN DIRITTO SENZA CONFINI

SOMMARIO: *1. La tutela degli artisti interpreti o esecutori nel CRR Act irlandese. – 2. Il caso RAAP contro PPI ed il rinvio pregiudiziale. – 3. L'esclusione degli artisti interpreti o esecutori statunitensi dal diritto ad un'equa remunerazione: una irragionevole discriminazione? – 3.1. Il principio del trattamento nazionale tra regola ed eccezione. – 3.2. L'integrazione tra fonti ed il superamento del principio di reciprocità. – 4. L'"alleanza" tra artisti interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi. – 5. Conclusioni.*

1. – Alla creazione di un'opera dell'ingegno segue, di regola, l'impegno di coloro che, mediante il proprio lavoro professionale o organizzativo-imprenditoriale, la diffondono e la rendono fruibile al pubblico [1]. Si tratta, per un verso, degli "artisti interpreti o esecutori [2]" che Salvatore Pugliatti considerava veri e propri "creatori" che traducono in linguaggio vivo e attivo la pagina musicale, arricchendo l'idea del compositore di significati nuovi, propri, in via esclusiva, degli interpreti stessi [3]; per altro verso, dei produtto-

[1] Si noti come sull'opera dell'ingegno realizzata dall'autore, e concretamente resa fruibile al pubblico attraverso l'interpretazione degli artisti e la sua (eventuale) fissazione in una registrazione fonografica, si appuntino più interessi giuridicamente rilevanti e, quindi, più diritti: quelli del suo ideatore (l'autore) e, parallelamente, quelli di chi ha contribuito al processo creativo mediante la propria attività organizzativo-imprenditoriale (la casa discografica) o professionale (gli artisti interpreti o esecutori).

[2] Artista interprete è colui che interpreta opere teatrali o cinematografiche, artista esecutore è colui che rappresenta ed esegue opere musicali. Si tratta, tuttavia, di una distinzione rilevante soprattutto in ambito musicale, mentre non lo è sul piano giuridico. Sul punto v. VISCO P.-GALLI S., *Il diritto della musica – Diritto d'autore, diritti connessi e tutela della proprietà intellettuale*, Hoepli, Milano, 2009, 366; UBERTAZZI L.C.-MARCHETTI P., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di Ubertazzi L.C., Cedam, Padova, 2016, 1828.

[3] PUGLIATTI S., *L'interpretazione musicale*, Filarmonica Laudamo, Messina, 1991, 69 ss.; sulla natura "creativa" della prestazione degli artisti interpreti o esecutori v. anche MARCHESE F.P.F., *L'interpretazione musicale. Diritti degli artisti interpreti o esecutori. Profili internazionali e comparati*, in *Il diritto d'autore*,

ri di fonogrammi, ossia di coloro che assumono l'iniziativa e la responsabilità della prima fissazione dei suoni di una interpretazione o esecuzione o di altri suoni, o di rappresentazioni di suoni [4].

L'ordinamento giuridico attribuisce a tali soggetti vari diritti, cosiddetti diritti "connessi" al diritto d'autore, tra cui quello ad una remunerazione equa ed unica in caso di radiodiffusione o comunicazione al pubblico di un fonogramma pubblicato a fini commerciali (o di una sua riproduzione), contenente l'interpretazione o esecuzione dell'artista [5]. Si tratta di un diritto a compenso che sorge in relazione alle utilizzazioni cosiddette "secondarie" del fonogramma [6] e la cui raccolta è in genere affidata a società di gestione collettiva, le *collecting societies*.

Ai sensi dell'art. 8, par. 2 della direttiva 2006/115/CE [7] tale compenso dev'essere ripartito tra gli artisti interpreti o esecutori ed i produttori discografici secondo criteri concordati tra loro o, in mancanza di accordo, secondo quanto stabilito dagli Stati membri, tenendo conto dell'importanza del contributo degli artisti al fonogramma [8].

Se le modalità di ripartizione del compenso appaiono chiaramente delineate dal legislatore europeo, non così risultano i destinatari effettivi del diritto in questione. Potrebbe, infatti, trattarsi di tutti gli artisti e i produttori, a prescindere dalla loro nazionalità, oppure di quelli che hanno la residenza o il domicilio in uno Stato membro dello Spazio economico europeo (SEE) o che, pur non essendo cittadini del SEE, presentano un collega-

---

www.iusexplorer.it, 2003, 113 ss.; MONTANARI A., *Arte e diritto in dialogo: la* performance *artistica*, in *Europa dir. priv*., 2019, 785 ss.; JACQUET K., *L'artiste a-t-il le droit de se soustraire à la réalité économique ?* in *Culture, le Magazine Culturel de l'Université de Liège*, 2012, in cui l'Autore, riportando il pensiero di Marc Ruysters, afferma che: "*L'artiste est celui qui réalise ce qui n'est pas censé l'être, il esquisse un concept que personne n'a demandé, affirme une proposition qui n'est encore venue à l'esprit de personne. L'artiste ne commence pas à se demander ce que ses contemporains veulent avoir, entendre, voir, expérimenter. Voilà une différence essentielle avec l'entrepreneur (...)*".

[4] V. art. 2, lett. d), WPPT – *WIPO Performances and Phonograms Treaty.*

[5] Per un'analisi dettagliata degli elementi costitutivi del diritto in parola, v. le Conclusioni dell'avvocato generale Verica Trstenjak, 29 giugno 2011, C-135/10, punti 77 ss.

[6] Sulla distinzione tra utilizzazioni primarie e utilizzazioni secondarie del fonogramma v. AUTERI P. in AUTERI P.-FLORIDIA G.-MANGINI V.-OLIVIERI G.-RICOLFI M.-SPADA P., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009, 625. Si consideri, tuttavia, che la distinzione tra utilizzazioni primarie e utilizzazioni secondarie del fonogramma risulta assente nelle fonti internazionali ed europee; sul punto, v. UBERTAZZI L.C.-MARCHETTI P., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di UBERTAZZI L.C., cit., 1780.

[7] Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, *concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuali.*

[8] V. *Considerando* 5, 12 e 13 della direttiva 2006/115/CE.

mento con quest'ultimo (ad esempio perché l'esecuzione o la prima fissazione dei suoni è avvenuta in uno Stato del SEE).

È quest'ultima la soluzione accolta nel *Copyright and Related Rights Act* irlandese del 2000 (*CRR Act*) in cui il legislatore, tramite il combinato disposto degli artt. 38, 184, 208, 287 e 288, ha dettato una disciplina più restrittiva di quella europea, limitando il diritto all'equa remunerazione di cui all'art.8 della direttiva ai soli artisti interpreti o esecutori domiciliati o residenti in Irlanda o in un altro Stato membro del SEE e a quelli le cui interpretazioni o esecuzioni provengono da una registrazione sonora realizzata nel SEE [9].

2. – La regolamentazione restrittiva presente nel *CRR Act* – che, come si è detto, finisce per escludere taluni artisti interpreti o esecutori dal diritto all'equa remunerazione – viene in rilievo nella controversia tra due *collecting societies* irlandesi, la *Recorded Artists Actors Performers Ltd* (RAAP) e la *Phonographic Performance Ireland Ltd* (PPI), rispettivamente rappresentative dei diritti degli artisti interpreti o esecutori e di quelli dei produttori discografici.

Le due *collecting* avevano contrattualmente stabilito che, in caso di comunicazione al pubblico o radiodiffusione di musica registrata, a riscuotere il compenso versato dagli utilizzatori del fonogramma sarebbe stata la PPI e la stessa lo avrebbe poi suddiviso con la RAAP. Mancava, tuttavia, un accordo circa la spettanza di tale compenso nel caso in cui la registrazione sonora avesse coinvolto, come nel caso in esame, artisti interpreti o esecutori extra SEE, quali quelli statunitensi.

Da qui il rifiuto della PPI di ripartire il compenso con la RAAP, adducendo a motivo di tale diniego da un lato le norme del *CRR Act* che consentono di subordinare il diritto all'equa remunerazione alla cittadinanza dell'artista nonché al luogo in cui è stata effettuata la registrazione; dall'altro il principio di reciprocità in virtù del quale, così come la legislazione statunitense non riconosce agli artisti irlandesi il pieno diritto all'equa remunerazione – per via della riserva [10] apposta ad un trattato internazionale, il *WIPO Per-*

[9] In verità, l'art. 289 del *CRR Act* consente, mediante l'emanazione di un decreto governativo, di ampliare il novero degli Stati che possono accedere alla tutela in questione ma tale possibilità, sinora, non risulta essersi verificata.

[10] Il contenuto della riserva è il seguente: "Conformemente all'[articolo 15, paragrafo 3, del WPPT], gli Stati Uniti d'America applicheranno [l'articolo 15, paragrafo 1, di tale trattato] solo rispetto a taluni atti di radiodiffusione e di comunicazione al pubblico mediante mezzi digitali per i quali è riscosso un onere diretto o indiretto a titolo della ricezione o per altre ritrasmissioni e comunicazioni su fonogramma digitale, come previsto dalla legislazione degli Stati Uniti d'America".

formances and Phonograms Treaty (WPPT) [11], che consente di riconoscere il diritto ad un compenso equo ed unico in maniera limitata e, dunque, solo in rapporto a determinate utilizzazioni del fonogramma – allo stesso modo l'Irlanda è legittimata a non remunerare gli artisti statunitensi [12].

Proprio le incertezze che gravitano attorno alle disposizioni del *CRR Act* e la loro dubbia compatibilità con l'art. 8, par. 2 della direttiva 2006/115/CE hanno spinto l'*High Court* irlandese, giudice del rinvio nel caso in esame, a sospendere il procedimento principale e adire la Corte di Giustizia principalmente per chiarire qual è la corretta interpretazione della citata disposizione europea, anche alla luce delle fonti internazionali in materia.

3. – La materia del diritto d'autore e dei diritti connessi è retta dal principio di territorialità, in base al quale la tutela che uno Stato accorda ai titolari dei diritti protetti si estende solo entro i confini nazionali di quello Stato. Tuttavia, oggi, esigenze di uniformità ed armonizzazione degli ordinamenti nazionali, legate alla vocazione internazionale di qualsiasi prodotto intellettuale, impongono una considerazione più ampia della materia, sia a livello europeo che internazionale [13].

Da un lato, infatti, il legislatore europeo ha emanato tutta una serie di direttive volte a ravvicinare le legislazioni nazionali in materia di proprietà intellettuale e a consentire che la circolazione delle opere dell'ingegno possa avvenire nel mercato unico senza discriminazioni; dall'altro, molti Stati hanno stipulato tra loro delle convenzioni internazionali per regolare i loro reciproci rapporti e tentare di dar vita ad un regime internazionale del diritto d'autore e dei diritti connessi [14].

---

[11] Trattato dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI) sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi, concluso a Ginevra il 20 dicembre 1996 e approvato in nome della Comunità europea con la decisione 2000/278/CE del Consiglio del 16 marzo 2000, di cui sono parte, tra gli altri, l'Unione europea, l'Irlanda e gli Stati Uniti.

[12] L'approccio di reciprocità adottato dall'Irlanda è testimoniato anche dalla previsione di cui all'art. 289, par. 3 del *CRR Act* secondo cui "*Where the law of that country, territory, state or area provides adequate protection only for certain descriptions of performance, an order under subsection designating that country, territory, state or area may contain provision limiting to a corresponding extent the protection afforded by this Part or Part IV in relation to performances connected with the country, territory, state or area*".

[13] ASSUMMA G. in VISCO P.-GALLI S., *op. cit.*, *Prefazione*.

[14] AUTERI P. in AUTERI P.-FLORIDIA G.-MANGINI V.-OLIVIERI G.-RICOLFI M.-SPADA P., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 523; ma v. anche DE SANCTIS V., *Autore (diritti connes-*

La compresenza di una pluralità di fonti che, a vario livello, predispongono una tutela a favore dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi pone la delicata questione del coordinamento tra fonti nazionali, europee ed internazionali. Prima, però, di indagare il complesso rapporto intercorrente tra di esse, rispetto al quale le indicazioni della Corte di Giustizia contribuiscono a fare chiarezza, è necessario verificare se il trattamento differenziato che il *CRR Act* accorda agli artisti interpreti o esecutori extra SEE, rispetto a quelli residenti o domiciliati nel SEE, configuri una discriminazione ai sensi del diritto dell'Unione.

Il divieto di discriminazione è l'espressione, in negativo, del principio di parità e uguaglianza [15] e consiste nel trattare in modo diverso situazioni identiche, senza che ricorra una giustificazione oggettiva e ragionevole.

In ambito europeo, il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità [16], sancito dall'art. 18, par. 1 TFUE, è circoscritto, dal punto di vista oggettivo, alle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione [17] e trova applicazione solo in assenza di specifici divieti di discriminazione previsti dai Trattati [18]. Anche l'art. 21, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vieta qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità ma soltanto "nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea".

Mancherebbe, invece, secondo parte della dottrina [19], una delimitazione del divieto

---

si), in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, 440 ss.; SIROTTI GAUDENZI A., *Proprietà intellettuale e diritto della concorrenza* in *Trattato breve di Proprietà intellettuale e Diritto della Concorrenza*, I, Utet giuridica, Torino, 2008, 45 ss.

[15] BETTETINI A., *I diritti fondamentali nell'Unione Europea – La carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona* a cura di Gianniti P., cit., 636; TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, 119.

[16] La Corte di Giustizia, in realtà, ha spesso interpretato i termini "cittadinanza" e "nazionalità" come fossero sinonimi, nonostante si tratti di due concetti distinti. Sul punto v. V. FAVILLI C.-LAZZERINI N., *Discrimination(s) as emerging from petitions received*, EU Bookshop, 2017, 9; BETTETINI A., *I diritti fondamentali nell'Unione Europea – La carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona* a cura di Gianniti P., cit., 660; CELOTTO A., *L'Europa dei diritti – Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di Bifulco R.-Cartabia M.-Celotto A., Il Mulino, Bologna, 2001, 171.

[17] *FD* c. *Staatliches Amt für Landwirtschaft und Umwelt Mittleres Mecklenburg*, C-365/19, 18 marzo 2021, punto 20 in *DeJure*; *Hollmann* c. *Fazenda Pública*, C-443/06, 11 ottobre 2007, punto 28 in *One Legale*.

[18] Si tratta di specifici divieti previsti nella Parte terza del TFUE tra cui il divieto di discriminazione sulla nazionalità tra lavorati degli Stati membri per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro (art. 45) o il divieto di controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne (art. 77).

[19] CELOTTO A., *L'Europa dei diritti – Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea,* a cura di Bifulco R.-Cartabia M.-Celotto A., cit., 176.

dal punto di vista soggettivo con la conseguenza che titolari della tutela apprestata dal legislatore europeo sarebbero in astratto tutti gli individui, a prescindere dalla qualifica di cittadini dell'Unione.

Tuttavia, sul punto si deve constatare l'esistenza di una copiosa e consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia che, in più occasioni [20], ha interpretato restrittivamente l'art. 18, par. 1 TFUE, escludendone l'operatività nel caso di un'eventuale disparità di trattamento tra cittadini degli Stati membri dell'Unione e cittadini di Stati terzi. Tale interpretazione è pienamente condivisibile quantomeno laddove vengano in gioco diritti di natura patrimoniale [21].

In dottrina si è pervenuti alla medesima conclusione – quella, cioè, dell'impossibilità di estendere il divieto di cui all'art. 18, par. 1 TFUE ai casi in cui ad essere coinvolti siano cittadini di Stati terzi all'Unione – anche rispetto all'analoga previsione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si è, infatti, constatato che, sebbene l'art. 21, par. 2 della Carta utilizzi l'espressione neutra di "nazionalità" – che, di per sé, sarebbe idonea a ricomprendere anche cittadini di paesi terzi – la stessa va letta in combinato disposto con l'art. 52, par. 2, secondo cui i diritti in essa riconosciuti, che trovano fondamento nei trattati comunitari o nel TUE, "si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi" [22].

Aderendo a tale orientamento, la previsione da parte del legislatore irlandese di requisiti ulteriori rispetto a quelli che gli artisti del SEE devono possedere per divenire titolari del diritto all'equa remunerazione non può costituire una discriminazione in base alla nazionalità ai sensi del diritto dell'Unione.

Tuttavia, la stessa dà indubbiamente vita ad un trattamento diseguale che appare irragionevole ed ingiustificato sotto due distinti profili.

Innanzitutto, perché l'ambito di applicazione della direttiva è *ratione materiae* e non *ratione personae*: il fattore causale del diritto ad un'equa remunerazione è l'utilizzo del fonogramma (o di una sua riproduzione) nel territorio dell'Unione, a prescindere dalla cittadinanza degli artisti che vi hanno contribuito o dal luogo della prima fissazione.

---

[20] V., ad esempio, *Vatsouras* e *Koupatantze*, C-22/08 e C-23/08, 4 giugno 2009, punti 51 e 52; Francesco Guarnieri & Cie, C-291/09, 7 aprile 2011, punto 20; *Udo Voigt* c. Parlamento europeo, T-618/15, 20 novembre 2017, punto 81, tutte in *DeJure*.

[21] Diverso, invece, è il discorso in relazione a quelle direttive in materia di asilo o immigrazione che, poiché coinvolgono diritti umani, comportano l'obbligo di parità di trattamento anche nei confronti di cittadini di Stati terzi.

[22] FAVILLI C.-LAZZERINI N., *Discrimination(s) as emerging from petitions received*, cit., 24; v. anche *Udo Voigt* c. Parlamento europeo, cit., punti 79 e 80.

In secondo luogo, perché, come ha rilevato l'avvocato generale della Corte di Giustizia nelle sue conclusioni [23], se il legislatore europeo avesse voluto limitare i diritti dei cittadini di Stati terzi al SEE, lo avrebbe fatto in maniera espressa così come ha fatto in numerose altre occasioni in cui ha dichiaratamente escluso i cittadini di Stati terzi dall'ambito applicativo di una determinata direttiva o, viceversa, ne ha disposto la loro inclusione ma solo a determinate condizioni.

Ecco, dunque, che, non potendosi invocare la violazione delle norme europee che vietano la discriminazione in base alla nazionalità in quanto riservate ai soli cittadini dell'Unione, per far valere l'asimmetrico trattamento riservato agli artisti statunitensi, nel caso in esame viene piuttosto richiamato un principio di rango internazionale: il principio del "trattamento nazionale", noto anche come principio di assimilazione.

3.1. – La regola del trattamento nazionale, sancita dal WPPT (trattato internazionale di cui, come si è detto, è parte anche l'UE) e dalla Convenzione di Roma [24] (trattato di cui sono parte l'Irlanda e gli Stati Uniti ma non anche l'UE) [25], si sostanzia nell'obbligo, per ciascuna Parte contraente, di riservare ai cittadini di altre Parti contraenti lo stesso trattamento accordato ai propri cittadini per i diritti previsti dal trattato e, in particolare, per il diritto ad un'equa remunerazione. In tal senso dispone l'art.4 del WPPT [26], facendo, tuttavia, salva, rispetto a tale ultimo diritto, la possibilità per le Parti di limitarlo o di non prevederlo affatto, in conformità all'art. 15, par. 3 del WPPT.

Si tratta di una previsione – quest'ultima – eccezionale sia perché consente, mediante l'apposizione di una riserva, di derogare (in relazione al diritto ad un'equa remunerazione) alla regola che impone l'obbligo di trattamento nazionale nei confronti dei cittadini

---

[23] Conclusioni dell'avvocato generale Evgeni Tanchev, C-265/19, 2 luglio 2020, punti 143 ss., ma v. anche l'art. 8, par. 7 della direttiva sul *Digital Copyright* (direttiva 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 *sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE*).

[24] Convenzione internazionale per la protezione degli artisti interpreti ed esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione firmata a Roma il 26 ottobre 1961.

[25] Al riguardo appaiono condivisibili le considerazioni svolte dall'avvocato generale Verica Trstenjak nella causa SCF Consorzio Fonografici c. Marco Del Corso (C-135/10, 29 giugno 2011, punto 83) in *DeJure*, secondo cui, anche se l'Unione non è parte contraente della Convenzione di Roma, di tale Convenzione occorre comunque tener conto in virtù del *Considerando* 7 della direttiva 2006/115/CE che, nell'auspicare un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, fa salvo il rispetto delle disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali.

[26] Ma v. anche gli artt. 2, 4 e 5 della Convenzione di Roma.

delle altre Parti contraenti, sia perché, ai sensi dell'art. 21 WPPT, non sono ammesse riserve al trattato se non quella menzionata.

Ora, l'interpretazione della direttiva europea alla luce del principio del trattamento nazionale consentirebbe, in linea di principio, di affermare l'obbligo per tutti gli Stati membri dell'Unione di trattare gli artisti extra SEE alla stregua dei propri, riconoscendo loro il diritto connesso in questione, a meno che – si badi bene – l'Unione europea, in quanto Parte contraente del WPPT, abbia formulato una riserva limitativa o esclusiva di tale diritto [27].

Ma può utilizzarsi un principio previsto a livello internazionale per interpretare una norma contenuta in una direttiva europea che ad esso non fa alcun riferimento?

3.2. – All'interrogativo sopra formulato la Corte di Giustizia risponde positivamente, richiamando da un lato il contesto in cui è stata emanata la direttiva e gli obiettivi che la stessa persegue, dall'altro l'art. 216, par. 2, TFUE.

Tale disposizione costituisce il principale punto di raccordo tra la disciplina europea e quella internazionale in quanto sancisce il principio della prevalenza degli accordi internazionali conclusi dall'Unione sulle norme di diritto derivato europeo [28], nonché l'obbligo di interpretare queste ultime in maniera per quanto possibile conforme alle corrispondenti previsioni contenute nelle convenzioni internazionali di cui l'Unione è parte [29].

---

[27] Un discorso analogo non può estendersi agli Stati membri dell'Unione, i quali non possono da sé, in assenza di un intervento dell'Unione, limitare il diritto all'equa remunerazione nei confronti degli artisti stranieri, costituendo l'art.8 della direttiva 2006/115/CE una norma armonizzata.

[28] V. *Région de Bruxelles-Capitale* c. Commissione europea, C-352/19, 3 dicembre 2020, punto 25 in *DeJure* e *Yassin Abdullah Kadi* e *Al Barakaat International Foundation* c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, C-402/05 P e C-415/05, 3 settembre 2008, punti 307 e 308 in *DeJure*, che affermano la prevalenza degli accordi internazionali conclusi dall'Unione sugli atti di diritto europeo derivato, precisando che tale prevalenza non si estende al diritto primario dell'Unione; *Intertanko* e altri c. *Secretary of State for Transport*, C-308/06, 3 giugno 2008, punto 42, in *OneLegale*.

[29] V. Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania, C-61/94, 10 settembre 1996, punto 52; *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht BV* c. *Inspecteur der Belastingdienst – Douanedistrict Rotterdam*, C-311/04, 12 gennaio 2006, punto 25; Gianni Bettati c. *Safety Hi-Tech Srl*, C-341/95, punto 20, 14 luglio 1998; *Sociedad General de Autores y Editores de España* c. *Rafael Hoteles SA*, C-306/05, 7 dicembre 2006, punto 35, tutte in *DeJure*. Tale obbligo è ribadito anche in molte delle numerose direttive in materia: v., ad esempio, il *Considerando* 44 della direttiva 2001/29/CE ed il *Considerando* 46 della direttiva 2019/790/UE.

In proposito occorre ricordare, sulla scorta della sentenza *Hermès International* c. *FHT Marketing Choice BV*[30], che, quando l'Unione europea aderisce ad un trattato internazionale, si produce un doppio vincolo interpretativo, nel senso che sulla base dei trattati internazionali conclusi dall'Unione vanno interpretati sia i provvedimenti dell'Unione che ad essi danno attuazione, sia le norme nazionali che recepiscono i provvedimenti dell'Unione.

Così, nel caso di specie, non soltanto l'art.8 della direttiva 2006/115/CE – che riconosce il diritto ad un'equa remunerazione genericamente agli "artisti interpreti o esecutori", senza ulteriori precisazioni per la loro individuazione – dev'essere interpretato in maniera conforme al WPPT[31] ma anche le singole legislazioni nazionali che a tale direttiva danno attuazione, e tra queste il *CRR Act*, vanno interpretate alla luce della lettera e delle finalità del WPPT. Ne consegue che gli Stati membri dell'Unione, in sede di attuazione di una direttiva europea non possono stabilire requisiti di accesso alla tutela non previsti dal legislatore sovranazionale.

Si noti come, mediante un processo di integrazione tra fonti ed una loro considerazione unitaria, la Corte sia giunta a ricostruire il significato di una previsione scarna quale quella dettata dal legislatore europeo, tenuto conto che, più che restringere la tutela degli artisti interpreti o esecutori, la legislazione dell'Unione mira ad implementarla, ponendosi come strumento di attuazione della protezione offerta a livello internazionale agli autori e ai titolari dei diritti connessi[32].

La regola del trattamento nazionale risulterebbe, quindi, decisiva nell'interpretazione della direttiva, consentendo, altresì, il superamento del tradizionale principio di reciprocità in virtù del quale uno Stato accorda protezione agli autori o artisti stranieri (e alle relative opere o interpretazioni) solo a condizione che la stessa protezione venga concessa dallo Stato straniero ai propri cittadini.

Il principio di reciprocità sembrerebbe, allora, non godere di alcuno spazio in materia se non – si potrebbe ritenere – limitatamente alle ipotesi in cui sia stata formulata una ri-

---

[30] *Hermès International* c. *FHT Marketing Choice BV*, 16 giugno 1998, C-53/96, punto 28 in *DeJure*.

[31] Il riferimento è all'art. 2, lett. a) del WPPT secondo cui sono artisti interpreti o esecutori "*gli attori, i cantanti, i musicisti, i ballerini e le altre persone che rappresentano, cantano, recitano, declamano, interpretano o eseguono in qualunque altro modo opere letterarie o artistiche o espressioni di folclore*".

[32] V. *Considerando* 15 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 *sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione*.

serva al WPPT limitativa o esclusiva del diritto al compenso per le utilizzazioni secondarie del fonogramma.

Tuttavia, la Corte di giustizia, in uno dei passaggi più interessanti della sentenza, ha chiarito che, poiché il diritto all'equa remunerazione costituisce un diritto connesso al diritto d'autore, esso rientra nella tutela della proprietà intellettuale che è protetta ai sensi dell'art. 17, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Pertanto, il legislatore dell'Unione potrebbe sì introdurre delle limitazioni a tale diritto ma occorre che lo faccia in maniera espressa, chiara e precisa, secondo quanto previsto dall'art. 52, par. 1 della Carta ed in ottemperanza al principio di certezza del diritto.

Una tale evenienza non si è allo stato verificata per cui, se anche gli Stati Uniti hanno riconosciuto il suddetto diritto solo in maniera parziale, l'Unione europea non può, "reciprocamente" ed in assenza di una riserva *ad hoc*, limitarlo nei confronti dei cittadini statunitensi.

4. – Il problema della disparità di trattamento assume una connotazione soggettiva diversa nell'ambito dell'ultima questione sottoposta all'attenzione della Corte.

Il rapporto che adesso viene in rilievo non è più quello tra artisti di diversa nazionalità ma tra artisti interpreti o esecutori da un lato e produttori di fonogrammi dall'altro, rispetto ai quali il *CRR Act* sancisce criteri differenti per accedere al beneficio della tutela. Mentre gli artisti interpreti o esecutori hanno diritto ad una quota del compenso versato dagli utilizzatori solo se cittadini del SEE o se la registrazione sonora è avvenuta in uno degli Stati del SEE, per i produttori di fonogrammi la remunerazione spetta a prescindere da tali circostanze, cosicché questi ultimi, in base alla legislazione irlandese, finiscono, nel caso di specie, per beneficiare dell'integralità del compenso.

In realtà, una simile soluzione non può considerarsi contrastante con le disposizioni contenute nei trattati internazionali: sia nel WPPT che nella Convenzione di Roma si consente alle Parti contraenti di stabilire, mediante la propria legislazione nazionale, se riservare il diritto all'equo compenso ad entrambe le categorie di soggetti sopra indicate o, piuttosto, ad una sola di esse [33].

Tuttavia, la scelta operata dal legislatore europeo non lascia margini di dubbio: l'art. 8, par. 2 della direttiva 2006/115/CE, nel prescrivere che la remunerazione per le utiliz-

[33] Il riferimento è agli artt.15, par.2 del WPPT e 12 della Convenzione di Roma.

zazioni secondarie del fonogramma debba essere suddivisa "tra gli artisti interpreti o esecutori e i produttori del fonogramma in questione", esclude in maniera categorica la possibilità per gli Stati membri di prevedere il diritto al compenso a favore dei soli artisti o dei soli produttori [34]. Peraltro, una previsione in senso contrario non sarebbe stata in linea con l'ormai indiscusso riconoscimento, in sede europea, dell'importanza, a livello sociale, dell'apporto creativo degli artisti [35].

Da qui la necessità di far percepire agli artisti un reddito adeguato quale base per l'ulteriore attività creativa ed artistica e, al tempo stesso, di ricompensare i produttori per l'ingente investimento (ed il connesso rischio imprenditoriale) relativo alla prima fissazione [36].

Quello che, in definitiva, si è inteso tutelare è il frutto di un lavoro congiunto che consiste in un'alleanza [37] tra artisti e produttori, i quali, in maniera diversa ma complementare, permettono la fruizione delle opere degli autori ad un pubblico tendenzialmente indefinito, contribuendo al potenziamento della creatività e della diversità delle culture, nell'interesse di tutta la società complessivamente considerata [38].

5. – In conclusione, con la sua pronuncia la Corte di Giustizia, pur rispettando a pieno il suo ruolo di interprete qualificata del diritto dell'Unione, sembra essere andata oltre le questioni sottoposte alla sua attenzione. Non soltanto ha chiarito la portata di una norma europea di diritto derivato, interpretandola nel quadro delle norme internazionali vigenti (un *acte* non *clair*, come lo ha definito il giudice del rinvio) ma ha, altresì, affermato un principio fondamentale: l'irrilevanza di qualsiasi barriera geografica quando si tratta di riconoscere un diritto in capo a soggetti che, indipendentemente dalla loro nazionalità, hanno pur sempre contribuito, con le loro interpretazioni o esecuzioni, ad un fonogramma utilizzato nel territorio dell'Unione.

Si tratta certamente di una sentenza particolarmente incisiva, destinata ad avere note-

---

[34] Tra l'altro, per gli artisti interpreti o esecutori il suddetto diritto è irrinunciabile: v. *Considerando* 12 della direttiva 2006/115/CE.

[35] V. *Considerando* 4 della direttiva 2011/77/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2011.

[36] V. *Considerando* 5 della direttiva 2006/115/CE.

[37] SPADA P. in AUTERI P.-FLORIDIA G.-MANGINI V.-OLIVIERI G.-RICOLFI M.-SPADA P., *Diritto industriale – Proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 33.

[38] VISCO P.-GALLI S., *Il diritto della musica*, cit., 41.

voli ripercussioni nel cammino verso il pieno ed effettivo riconoscimento dei diritti degli artisti musicali nella loro metamorfosi da "umili servi del genio creatore" [39] a protagonisti, ormai non più secondari, del progresso sociale, culturale ed artistico dell'intera collettività.

[39] DE SANCTIS V., *Autore (diritto di) (disciplina e diritti connessi)* [agg. II], in *Enc. dir*., 1998, 106, che utilizza, riferendola all'artista interprete o esecutore, l'espressione "umile ancella del genio creatore" (tratta dall'opera lirica *Adriana Lecouvreur* di Francesco Cilea su libretto di Arturo Colautti) per descrivere il lungo periodo in cui l'apporto degli artisti è stato considerato secondario rispetto a quello degli autori e, in quanto tale, non meritevole di adeguata protezione.

CASS. CIV., SEZ. II, ORDINANZA 24 MAGGIO 2021, N. 14143

In tema di frazionamento del credito, il principio in base al quale i diritti di credito che, oltre a fare capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche in proiezione iscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque fondati sul medesimo fatto costitutivo, non possono essere azionati in separati giudizi, a meno che il creditore non risulti titolare di un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, deve essere inteso con la duplice specificazione per cui: a) l'espressione "medesimo rapporto di durata" va letta in senso storico/fenomenologico, con conseguente attribuzione ad essa del significato di relazione di fatto realizzatasi tra le parti nella concreta vicenda da cui deriva la controversia; b) nell'espressione "medesimo fatto costitutivo", l'aggettivo "medesimo" va inteso come sinonimo di "analogo" e non di "identico" [1]**.**

...Omissis...

FATTI DI CAUSA

1. La Società Cooperativa *Omissis* ha proposto appello nei confronti della sentenza con la quale il tribunale ha rigettato l'opposizione della stessa avverso il decreto che, nel 2010, le aveva ingiunto il pagamento del compenso per prestazioni professionali vantato dall'avv. V.V.

L'avv. V. ha resistito al gravarne proposto dalla società, chiedendone il rigetto.

2.1. La Corte d'appello, con la sentenza in epigrafe, ha respinto l'appello.

2.2. La Corte, in particolare, per quanto rileva, innanzitutto ha ritenuto l'infondatezza della censura con la quale l'appellante aveva dedotto la violazione del divieto di parcellizzazione del credito sul rilievo che si tratterebbe, in realtà, di un unico incarico professionale che la società opponente aveva affidato all'avv. V.

2.3. La Corte, sul punto, ha dichiaratamente condiviso il giudizio espresso dal tribunale, lì dove il primo giudice aveva ritenuto che l'attività professionale svolta dall'avv. V. nel corso degli anni in favore della società ingiunta, per la mancanza di una conven-

[1] In *Giust. civ., Mass.*, 2021.

zione, per la revoca "degli incarichi" formulata dalla stessa società e per l'utilizzo da parte della stessa di altri professionisti, non potesse essere configurato come un unico rapporto di consulenza e di assistenza legale.

2.4. D'altra parte, ha aggiunto la Corte, in tema di incarichi legali, l'autonomia di ogni singolo mandato, conferito mediante il rilascio di procura speciale ad litem, fa sì che la pluralità dei rapporti sia la regola e che, dunque, l'unitarietà dell'incarico dev'essere specificamente provata mediante il deposito del contratto di patrocinio o con altro mezzo equivalente. Nel caso di specie, al contrario, la società appellante non ha dimostrato il fondamento della propria eccezione in ordine alla unicità dell'incarico affidato al professionista.

2.5. Del resto, ha proseguito la Corte, il creditore ha la facoltà di chiedere, anche in via monitoria, l'adempimento parziale. Nel caso in esame, non è contestato che l'avv. V. avesse patrocinato nel corso degli anni un ingente numero di questioni nell'interesse della cooperativa (pari a centoquaranta incarichi giudiziali o stragiudiziali circa) ma non v'è alcun riferimento, da parte della società appellante, ad un accordo con lo stesso per la definizione unitaria delle spese e dei compensi.

2.6. La Corte, quindi, in assenza di qualsivoglia elemento utile a definire come unico l'incarico legale conferito all'avv. V., ha respinto il motivo d'appello.

2.7. La Corte, inoltre, ha disatteso le altre censure svolte dalla Cooperativa, a partire da quella con cui l'appellante aveva eccepito l'inidoneità delle "proposte di parcella", sottoscritte dall'amministratore dell'epoca della cooperativa, a costituire la prova scritta del credito. La Corte, sul punto, ha evidenziato come, nel corso del giudizio di opposizione, tale prova documentale era stata integrata dalla testimonianza resa al riguardo dallo stesso ex amministratore, il quale aveva chiarito d'aver apposto la sottoscrizione "per accettazione" dopo aver verificato la reale rispondenza tra l'attività realmente svolta dal professionista e le voci indicate nella parcella, "con ciò riconoscendo l'attività professionale effettuata" (e non solo il credito), peraltro documentata anche attraverso la produzione versata in atti e non disconosciuta.

2.8. Ne consegue, ha proseguito la Corte, che mentre il creditore ha provato il proprio credito, mediante la parcella sottoscritta, le prove testimoniali e le copie degli atti redatti, ecc., l'opponente non ha dato la prova del fatto estintivo dell'obbligazione, avendo genericamente eccepito l'estinzione del credito senza alcuna prova del relativo pagamento: "difatti la produzione in atti da parte della società del versamento dell(a) somma di Euro 115.000,00 è stata superata dalla produzione dell'opposto di altrettante fatture relative ad altre procedure trattate diverse da quella in esame. Sicché è mancata la prova che la ri-

chiesta di pagamento oggetto dell'odierno giudizio fosse ricompresa negli onorari precedentemente pagati dalla società all'avv. V. per altrettanti incarichi legali".

3. La Società Cooperativa *Omissis*, con ricorso notificato il 19/2/2019, ha chiesto, per otto motivi, la cassazione della sentenza della Corte d'appello, dichiaratamente non notificata.

4. V.V. ha resistito con controricorso nel quale ha, tra l'altro, eccepito l'inammissibilità del ricorso ed, in ogni caso, l'inammissibilità, ai sensi dell'art. 348 ter c.p.c., comma 5, dei motivi svolti a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 5.

5. Le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

6.1. Con il primo motivo, la società ricorrente, lamentando la violazione e la falsa applicazione dei principi regolatori della materia di cui agli artt. 2 e 111 Cost., degli artt. 1175 e 1375 c.c. nonché dell'art. 115 c.p.c. e art. 2909 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'appello ha escluso che la domanda proposta dall'opposto avesse violato il divieto di parcellizzazione del credito.

6.2. Così facendo, infatti, ha osservato la ricorrente, la Corte d'appello ha omesso di considerare che: – a fronte di un rapporto di mandato professionale unitario sul piano dell'interesse economico-sociale perseguito dalle parti, l'avv. V., anziché azionare l'unico credito asseritamente vantato nello stesso giudizio, aveva provveduto a frazionarlo in trentotto ricorsi per decreto ingiuntivo, fondati, peraltro, non già su crediti dei quali accertare l'an e il quantum, ma su altrettanti ed identici atti di riconoscimento di debito, tutti liquidi ed esigibili già al momento della proposizione del primo dei trentotto ricorsi monitori, così aggravando ingiustificatamente, in ragione dei compensi giudiziali liquidati dai rispettivi giudici, la posizione debitoria della società cooperativa; – le attività difensive esplicate nei giudizi di opposizione erano state, in effetti, identiche in termini di domande, eccezioni ed attività istruttorie tant'è che l'arch. B. era stato sentito nei predetti giudizi sui medesimi capitoli di prova, così come, del resto, l'opponente aveva utilizzato trentotto atti di ricognizioni di debito aventi un'identica conformazione documentale e contenutistica, senza dedurre né provare un suo interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata.

6.3. L'improponibilità delle trentotto domande proposte dall'avv. V. per indebito frazionamento dell'unico credito formato dalla somma di tutti e trentotto titoli (e cioè gli atti di riconoscimento di debito), ha aggiunto la ricorrente, consegue, come dedotto dalla

stessa nel corso del giudizio di secondo grado, al passaggio in giudicato della sentenza con la quale, in data 13/9/2017, il tribunale di Roma, dopo aver accertato l'esistenza di un unico rapporto professionale tra l'opponente e l'avv. V. pur a fronte di distinte procure difensive, aveva, appunto, dichiarato l'improponibilità di una delle azioni recuperatorie proposte da quest'ultimo proprio in quanto frutto di un non consentito frazionamento dell'unico credito ad esso riconducibile.

6.4. Infine, ha concluso la ricorrente, l'unitarietà del mandato di assistenza legale intercorso tra la cooperativa e l'avv. V. risulta con certezza da numerosi documenti che la Corte d'appello ha omesso di esaminare, come le quietanze che, a fronte del percepimento dell'importo complessivo di Euro. 115.503,74, lo stesso ha rilasciato mediante imputazioni genericamente riferite al complessivo rapporto, e la comparsa di costituzione e risposta depositata nel giudizio di primo grado, nella quale l'avv. V. ha esplicitamente ammesso l'esistenza di un unico rapporto obbligatorio.

7. Con il secondo motivo, la società ricorrente, lamentando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 2704 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3 e n. 5, ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'appello non si è pronunciata sull'eccezione con la quale la cooperativa opponente aveva dedotto, sin dal giudizio di primo grado, la mancanza di data certa con riguardo al preavviso di parcella, alla redazione della frase "per presa visione ed accettazione" ed all'epoca della sottoscrizione apposta dall'arch. B. in qualità di presidente della cooperativa.

8. Con il terzo motivo, la società ricorrente, lamentando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 1988 c.c. e art. 2704 c.c., a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 3, ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'appello non ha considerato che, a fronte della mancata prova da parte dell'avv. V. circa la creazione del preavviso di parcella in data precedente al suo deposito in cancelleria (21/1/2010), l'arch. B., revocato dalla carica di presidente della cooperativa in data 14/6/2008, non aveva più, in quel momento, alcun potere rappresentativo della società.

9. Con il quarto motivo, la società ricorrente, lamentando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 2380 bis, 2381 e 2384 c.c., richiamati dall'art. 2519 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'appello ha ritenuto che fossero irrilevanti le deduzioni svolte dalla società in tema di carenza di poteri dell'amministratore.

10. Con il quinto motivo, la società ricorrente, lamentando, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione e la falsa applicazione dell'art. 636 c.p.c., in relazione all'art. 1988 c.c., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'appello ha ri-

tenuto che fosse irrilevante la mancata allegazione del parere del consiglio dell'ordine degli avvocati a corredo della prova scritta del credito in sede monitoria.

11. Con il sesto motivo, la società ricorrente, lamentando, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 132,115 e 116 c.p.c., in relazione all'art. 2697 c.c., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'appello, senza illustrarne le ragioni, ha ritenuto che l'avv. V. avesse fornito, nel corso del giudizio di opposizione, la prova del suo credito mediante la parcella sottoscritta, le prove testimoniali e le copie degli atti redatti, ecc.

12. Con il settimo motivo, la società ricorrente, lamentando, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., in relazione agli artt. 1218,1195,2697 e 2702 c.c., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la Corte d'appello ha ritenuto che la società opponente avesse genericamente eccepito l'estinzione del credito senza aver dato la prova del fatto estintivo dell'obbligazione, sul rilievo che la produzione in atti da parte della società del versamento della somma di Euro 115.000,00 era stata superata dalla produzione da parte dell'opposto di altrettante fatture relative ad altre procedure trattate e diverse da quella in esame, e che era, dunque, mancata la prova che la richiesta di pagamento oggetto dell'odierno giudizio fosse ricompresa negli onorari precedentemente pagati dalla società all'avv. V. per altrettanti incarichi legali. La Corte d'appello, però, ha osservato la società ricorrente, così facendo, non ha considerato che, come emerge dalle ricevute depositate in giudizio dalla opponente, l'avv. V., nel periodo che va dall'1/4/2004 al 4/5/2007, ha ricevuto la somma complessiva di Euro 115.503,74, e che lo stesso, come si evince dalle formule utilizzate, ha genericamente imputato tale somma al complessivo rapporto di assistenza legale allora in essere con la cooperativa, con diciture generiche come "per ricevuta", "fondo spese in acconto in relazione ai giudizi in corso", "acconto spese", "a titolo di fondo spese legali", ecc.. Peraltro, ha aggiunto la ricorrente, la società opponente ha immediatamente contestato l'errata imputazione che l'avv. V. aveva operato, con la conseguenza che era onere dello stesso provare la fondatezza della contestata imputazione di pagamento mediante l'allegazione degli altri crediti ai quali il pagamento effettuato dal debitore dovrebbe essere riferito. Tale prova, però, non può essere certo fornita mediante la produzione di fatture prive di data certa, trattandosi di documenti generati dallo stesso creditore, e riferite, peraltro, ad incarichi dei quali la società aveva contestato sia l'attribuzione che l'esecuzione.

13. Con l'ottavo motivo, la società ricorrente, lamentando la violazione e la falsa applicazione del D.Lgs. n. 231 del 2002, ha censurato la sentenza impugnata nella parte in

cui la Corte d'appello ha ritenuto che fosse infondata la censura concernente gli interessi moratori.

14.1. Il primo motivo, nei limiti che seguono, è fondato.

14.2. La Corte d'appello, in effetti, ha ritenuto che, ad onta di quanto affermato sul punto dall'appellante, il credito azionato dall'avv. V. con il ricorso per decreto ingiuntivo non derivava, rispetto alle pretese fatte valere con gli altri ricorsi monitori, da un unico rapporto obbligatorio, vale a dire da un unico incarico professionale che la società opponente aveva affidato all'avv. V. La Corte, in particolare, dichiaratamente condividendo il giudizio espresso sul punto dal tribunale, ha ritenuto che l'attività professionale svolta dall'avv. V. nel corso degli anni in favore della società ingiunta, a fronte della mancanza di una convenzione, della revoca "degli incarichi" formulata dalla stessa società e dell'utilizzo da parte della stessa di altri professionisti, non potesse essere configurato come un unico rapporto contrattuale di consulenza e di assistenza legale ed, in forza di tale apprezzamento, ha escluso che il tribunale avesse violato il divieto di parcellizzazione del credito.

14.3. Tale conclusione, tuttavia, non è giuridicamente corretta.

Le Sezioni Unite di questa Corte, com'è noto, hanno affermato il principio per cui non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un "unico rapporto obbligatorio", di proporre plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto la scissione del contenuto dell'obbligazione, così operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale (Cass. SU n. 23726 del 2007). E così, sulla scorta di tale intervento nomofilattico delle Sezioni Unite è stato, di recente, affermato che "... non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione peggiorativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non so-

lo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale" (Cass. n. 19898 del 2018; conf., Cass. n. 15398 del 2019; Cass. n. 26089 del 2019; Cass. n. 9398 del 2017 e Cass. n. 17019 del 2018).

14.4. Si è posto, tuttavia, il problema se il principio così affermato, secondo il quale è vietato l'indebito frazionamento di pretese dovute in forza di un "unico rapporto obbligatorio", debba, o meno, trovare applicazione (ed, eventualmente, in quali limiti) nella diversa ipotesi in cui siano state proposte distinte domande per far valere pretese creditorie diverse ma derivanti da un medesimo rapporto contrattuale, quale fonte unitaria di obblighi e doveri per le parti e produttivo di crediti collegabili unitariamente alla loro genesi, e cioè la volontà delle parti di stipulare un contratto, specie quando si tratta di controversie (recuperatorie di crediti) promosse a rapporto concluso, quando, cioè, il complesso di obbligazioni derivanti dal contratto è ormai noto e consolidato.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 4090 del 2017, si sono pronunciate sul punto ed hanno affermato che, in linea di principio, le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi: tuttavia, ove le suddette pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o, comunque, fondate sullo stesso fatto costitutivo, sì da non poter essere accertate separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza dell'identica vicenda sostanziale, le relative domande possono essere formulate in autonomi giudizi solo se risulti in capo al creditore un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata (conf., in seguito, Cass. n. 17893 del 2018; Cass. n. 6591 del 2019).

La sentenza, in particolare, ha evidenziato che il principio dell'infrazionabilità del singolo diritto di credito affermato dalla sentenza n. 23726 del 2007 ("decisamente condivisibile, nella considerazione che la parte può disporre della situazione sostanziale ma non dell'oggetto del processo, da relazionarsi al diritto soggettivo del quale si lamenta la lesione, in tutta l'estensione considerata dall'ordinamento") non comporta inevitabilmente che il creditore debba agire nello stesso processo per far valere "diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto complesso" intercor-

rente tra le medesime parti. D'altra parte, hanno ulteriormente osservato le Sezioni Unite del 2017, il creditore può, finanche in relazione ad un singolo, unico credito, agire con ricorso monitorio per la somma provata documentalmente e con il procedimento sommario di cognizione per la parte residua senza per questo incorrere in un abuso dello strumento processuale per frazionamento del credito. In effetti, "l'onere di agire contestualmente per crediti distinti, che potrebbero essere maturati in tempi diversi, avere diversa natura (ad esempio come frequentemente accade in relazione ad un rapporto di lavoro – retributiva e risarcitoria), essere basati su presupposti in fatto e in diritto diversi e soggetti a diversi regimi in tema di prescrizione o di onere probatorio, oggettivamente complica e ritarda di molto la possibilità di soddisfazione del creditore, traducendosi quasi sempre – non in un alleggerimento bensì – in un allungamento dei tempi del processo, dovendo l'istruttoria svilupparsi contemporaneamente in relazione a numerosi fatti, ontologicamente diversi ed eventualmente tra loro distanti nel tempo. È verosimile che per questa via il processo (lungi dal costituire un agile strumento di realizzazione del credito) finisca per divenire un contenitore eterogeneo smarrendo ogni duttilità, in violazione del principio di economia processuale, inteso come principio di proporzionalità nell'uso della giurisdizione". Del resto, "l'affermazione di un principio generale di necessaria azione congiunta per tutti i diversi crediti nascenti da un medesimo rapporto di durata, a pena di improponibilità delle domande proposte successivamente alla prima, sarebbe suscettibile di arrecare pregiudizievoli conseguenze per l'economia. Se, infatti, si ha riguardo in prospettiva non solo ai crediti derivanti dai rapporti di lavoro, ma a tutti i crediti riferibili a rapporti di durata, anche tra imprese (consulenza, assicurazione, locazione, finanziamento, leasing), l'idea che essi debbano ineluttabilmente essere tutti veicolati – pena la perdita della possibilità di farli valere in giudizio – in un unico processo monstre (meno "spedito" dei processi adeguati per i singoli, differenti crediti) risulta incompatibile con un sistema inteso a garantire l'agile soddisfazione del credito, quindi a favorire la circolazione del danaro e ad incentivare gli scambi e gli investimenti".

14.5. Tuttavia, hanno aggiunto le Sezioni Unite del 2017, "se è vero... che la citata disciplina ipotizza la proponibilità delle pretese creditorie suddette in processi (e tempi) diversi, è anche vero che essa è univocamente intesa a consentire, ove possibile, la trattazione unitaria dei suddetti processi e comunque ad attenuare o elidere gli inconvenienti della proposizione e trattazione separata dei medesimi"... "nella consapevolezza che la trattazione dinanzi a giudici diversi, in contrasto con il principio di economia processuale, di una medesima vicenda "esistenziale", sia pure connotata da aspetti in parte dissimili, incide negativamente sulla "giustizia" sostanziale della decisione (che può essere me-

glio assicurata veicolando nello stesso processo tutti i diversi aspetti e le possibili ricadute della stessa vicenda, evitando di fornire al giudice la conoscenza parziale di una realtà artificiosamente frammentata), sulla durata ragionevole dei processi (in relazione alla possibile duplicazione di attività istruttoria e decisionale) nonché, infine, sulla stabilità dei rapporti (in relazione al rischio di giudicati contrastanti)".

14.6. Le Sezioni Unite, quindi, hanno affermato che, se sono proponibili separatamente le domande relative a singoli crediti distinti pur riferibili al medesimo rapporto di durata, le pretese inscrivibili nel medesimo ambito di altro processo precedentemente instaurato così da potersi ritenere già in esso deducibili o rilevabili, nonché, ed in ogni caso, le pretese creditorie fondate sul medesimo fatto costitutivo, possono anch'esse ritenersi proponibili separatamente ma solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, la cui carenza, ove non sia stata dedotta dal convenuto, può essere rilevata d'ufficio dal giudice, il quale, però, è tenuto ad indicare alle parti la relativa questione ai sensi dell'art. 183 c.p.c. e, se del caso, assegnare alle stesse il termine previsto dall'art. 101 c.p.c., comma 2, (per l'applicazione di tali principi, cfr., in seguito, Cass. n. 31012 del 2017 e n. 17893 del 2018; viceversa, per l'applicazione del principio del divieto di frazionamento in caso di unico rapporto contrattuale senza ulteriori distinzioni, v. Cass. n. 4016 del 2016, la quale ha sostenuto che sussiste indebito frazionamento di pretese, dovute in forza di un unico rapporto obbligatorio, anche nel caso di unico rapporto di lavoro, fonte di crediti di natura contrattuale e legale, specie se i giudizi siano promossi quando le obbligazioni sono note e consolidate per essersi il suddetto rapporto già concluso, con conseguente necessità di evitare l'aggravamento della posizione del debitore nel rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede contrattuali e in coerenza con il principio anche sovranazionale del giusto processo, volto alla razionalizzazione del sistema giudiziario, che non tollera frammentazioni del contenzioso con pericolo di giudicati contrastanti).

14.7. Le Sezioni Unite del 2017, quindi, dopo aver ribadito il divieto di tutela frazionata del singolo diritto di credito in plurime richieste giudiziali di adempimento (contestuali o scaglionate nel tempo), hanno affermato il principio generale per il quale, al contrario, le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, pur se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Ed è, naturalmente, una questione di diritto sostanziale la verifica se la pretesa creditoria azionata sia da considerare come un unico diritto di credito (non suscettibile di tutela processuale frazionata), come nel caso del diritto al risarcimento del danno (cfr., sul punto, Cass. n. 15523 del 2019) ovvero se si tratti della sommatoria delle prestazioni dovute in conseguenza di

crediti distinti (che, in quanto tali, pur se relativi allo stesso rapporto di durata tra le parti, sono in linea di principio, suscettibili di tutela processuale separata, come nel caso, deciso dalle Sezioni Unite, del credito al premio al premio di fedeltà aziendale e di quello al trattamento di fine rapporto afferente al medesimo rapporto di lavoro subordinato).

14.8. Il principio della proponibilità in separati processi di domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, però, soffre di due possibili eccezioni, tra loro alternative, che operano nel caso in cui i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche riconducibili al "medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato" ovvero siano "fondati sul medesimo fatto costitutivo". Nell'una e nell'altra ipotesi, infatti, poiché le distinte pretese creditorie non possono essere accertate in altrettanti distinti giudizi se non a costo di una duplicazione dell'attività istruttoria e di una conseguente dispersione di conoscenza dell'identica "vicenda sostanziale" che ("sia pure connotata da aspetti in parte dissimili") è stata dedotta, in ragione dei differenti diritti di crediti azionati, nell'uno e nell'altro giudizio, le domande giudiziali ad esse relative non possono essere proposte separatamente, a meno che – ed è questo un dato imprescindibile – risulti dagli atti di causa che il creditore abbia un interesse oggettivamente valutabile alla loro tutela processuale separata.

14.9. La prima ipotesi (che la sentenza delle Sezioni Unite tratta espressamente) si configura, come detto, nel caso in cui le distinte pretese creditorie conseguenti al medesimo rapporto contrattuale tra le parti "sono in proiezione inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato" perché hanno in comune le questioni relative all'esistenza del rapporto stesso ovvero alla validità o all'efficacia del relativo titolo.

La giurisprudenza di questa Corte, in effetti, ritiene che, in caso di rapporti contrattuali complessi, il giudicato – che pure ha per oggetto esclusivo la singola situazione giuridica soggettiva azionata (che segna, quindi, i suoi limiti oggettivi) e non produce quindi alcun effetto preclusivo in ordine agli altri diritti derivanti dal medesimo rapporto né ai diritti maturati in relazione a differenti segmenti o frazioni dello stesso, copre, tuttavia, in quanto necessariamente compreso nell'ambito oggettivo della prima domanda, anche l'accertamento già compiuto in ordine alle questioni di fatto e di diritto comuni ad entrambe le domande (come l'esistenza del rapporto stesso dal quale lo stesso trae origine oppure la validità e l'efficacia del relativo titolo), quale necessario presupposto logico-giuridico del diritto fatto valere (cfr., in tal senso, Cass. SU n. 15896 del 2006; Cass. SU n. 13916 del 2006; di recente, Cass. n. 5486 del 2019; Cass. n. 13152 del 2019; Cass. n. 28318 del 2017; in materia di lavoro, in particolare, Cass. n. 9317 del 2013, in motiv., Cass. n. 4282 del 2012, in motiv.).

In tali situazioni, quindi, secondo le Sezioni Unite, onde evitare il rischio di giudicati contrastanti e la duplicazione dell'attività istruttoria ma anche per favorire la giustizia sostanziale delle decisioni e la rapida definizione della controversia tra le parti, la domanda che abbia ad oggetto una delle pretese scaturenti dal rapporto contrattuale non può essere proposta separatamente da quella che abbia ad oggetto una distinta pretesa derivante dal medesimo rapporto contrattuale quando, sia pur soltanto nei limiti delle questioni di fatto e di diritto comune ad entrambe le domande (quali l'esistenza, la validità e l'efficacia del rapporto stesso), la seconda è già compresa nell'ambito oggettivo del primo giudizio ("l'ordinamento guarda con particolare attenzione alle domande connesse che, pur legittimamente, siano state proposte separatamente, e, con riguardo alle domande inscrivibili nel medesimo "ambito" oggettivo di un ipotizzabile giudicato, pur non escludendone la separata proponibilità, prevede, tuttavia, un meccanismo di "preclusione" dopo il passaggio in cosa giudicata della sentenza che chiude uno dei giudizi, e comunque uno specifico rimedio impugnatorio per la sentenza contraria a precedente giudicato tra le stesse parti, con una disciplina dettata dall'esigenza di evitare, ove possibile, la "duplicazione" di attività istruttoria e decisoria, il rischio di giudicati contrastanti, la dispersione dinanzi a giudici diversi della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale"), con salvezza, naturalmente, del caso in cui il creditore sia portatore di un interesse oggettivamente valutabile alla tutela frazionata delle pretese.

14.10. L'altra ipotesi (che non è specificamente trattata dalle Sezioni Unite se non in sede di decisione sul ricorso, che ha rigettato sul rilievo che, essendo stati azionati crediti non solo tra loro distinti ma anche fondati su una differente fonte, una contrattuale ed una legale, non si poneva alcuna necessità di verificare la sussistenza di un apprezzabile interesse del creditore per giustificare la tutela frazionata) si riferisce al caso in cui le pretese creditorie, oltre a far capo ad un medesimo rapporto tra le stesse parti, siano anche fondate sul "medesimo fatto costitutivo": dovendosi, evidentemente, ritenere come tale, onde evitare la contraddizione che non lo consente, non già il medesimo fatto storico costitutivo del diritto ai sensi dell'art. 1173 c.c., poiché in tal caso si configurerebbe in realtà l'ipotesi del "medesimo diritto" di credito (per il quale, come detto, il divieto di tutela giudiziale frazionata è stato già sancito dalle SU con la sentenza n. 23726 del 2007: si pensi, ad esempio, al credito relativo al prezzo dovuto per una singola fornitura o al compenso spettante per un singolo incarico professionale), ma come fatto (sia pur storicamente diverso ma) della stessa natura di quello che, nell'ambito del medesimo rapporto tra le parti, è stato già dedotto in giudizio: l'uno e l'altro, quindi, costitutivi di più crediti ontologicamente distinti (pur se riconducibili allo stesso rapporto tra le parti)

ma tra loro giuridicamente simili (come, ad esempio, ai corrispettivi dovuti in conseguenza di distinte forniture rese in esecuzione del medesimo contratto quadro, ai compensi dovuti per l'esecuzione di differenti incarichi resi nell'ambito del medesimo contratto di consulenza professionale, ecc.). In siffatte situazioni, quindi, il creditore, che ha maturato pretese tra loro distinte (per i differenti fatti storici da cui hanno avuto origine), e, come tali, insuscettibili di essere coperte, salvo che per le questioni comuni, dal giudicato formatosi sul diritto relative ad un diverso periodo dello stesso rapporto di durata tra le parti (Cass. n. 4282 del 2012, in motiv., in cui è ripetuto che nei rapporti di durata i singoli periodi individuano titoli differenti pertanto insuscettibili, comunque, di essere "forzosamente" coperti dal giudicato unitario; conf. Cass. n. 9317 del 2013, in motiv.) – ma (oltre che riconducibili al medesimo rapporto, anche) fondate su fatti costitutivi (che, pur se storicamente distinti, sono) tra loro simili o analoghi, non può agire per la loro tutela processuale proponendo distinte domande giudiziali (a meno che non abbia un interesse apprezzabile alla separazione dei relativi processi).

14.11. Il Collegio ritiene che tale soluzione debba trovare necessariamente applicazione, per l'evidente comunanza di ratio, non soltanto al caso (del quale le Sezioni Unite si sono occupate) del creditore (asseritamente) titolare di distinte pretese creditorie ma riconducibili a distinti (ma simili) fatti costitutivi che si sono verificati nell'ambito del medesimo rapporto contrattuale, come quello di lavoro subordinato, che ne abbia disciplinato il compimento (le prestazioni lavorative) e gli effetti (il credito alle conseguenti retribuzioni), ma anche al caso in cui le pretese creditorie separatamente azionate siano riconducibili a fatti costitutivi storicamente distinti che si sono verificati nel contesto di un rapporto di durata tra le parti che non ha avuto origine nella stipulazione di un contratto che ne regolasse gli effetti: (quanto meno) tutte le volte in cui si tratti di fatti che, seppur distinti, sono tra loro simili (come l'esecuzione di distinti incarichi professionali ovvero di distinte forniture: che è, a bene vedere, proprio il caso deciso dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 23726 del 2007, relativa, appunto, ad una vicenda in cui una società aveva chiesto e ottenuto "un distinto decreto ingiuntivo per ogni fattura (o gruppo di fatture) non pagata") ed, in quanto tali, idonei a costituire, tra le stesse parti, diritti di credito giuridicamente eguali, come i crediti ai corrispettivi dovuti per le distinte forniture ovvero dei compensi dovuti per l'esecuzione di differenti incarichi professionali (cfr., in tal senso, in motivazione Cass. n. 31308 del 2019, relativa a credito professionale e Cass. n. 24130 del 2020).

14.12. In tali (e in altre simili) ipotesi, infatti, la contemporanea sussistenza tra le stesse parti di crediti giuridicamente eguali, che, pur se non conseguenti allo stesso con-

tratto, siano nondimeno riconducibili (come pretendono le Sezioni Unite) al medesimo "rapporto" che, nel corso del tempo, si sia venuto a determinare (anche se in via di mero fatto) tra loro, ne impone la deduzione (ove esigibili) nello stesso giudizio. E ciò in ragione dei doveri inderogabili di correttezza e buona fede che derivano dal più ampio "contatto sociale" tra esse così formatosi e che devono improntare, in termini di salvaguardia e di protezione dell'altrui interesse (art. 2 Cost.), i comportamenti delle parti, oltre che durante l'esecuzione dei singoli contratti, anche nella fase della tutela giudiziale dei relativi diritti di credito (cfr. Cass. SU n. 23726 del 2007; Cass. n. 9317 del 2013, in motiv.), evitando di aggravare (si pensi, ad esempio, alla moltiplicazione degli oneri conseguenti alle spese processuali), con plurime iniziative giudiziarie, la posizione della controparte.

14.13. In tali situazioni, in effetti, l'interesse sostanziale del creditore (salvo, naturalmente, che non sia dedotto e provato il contrario) può essere adeguatamente tutelato anche con una domanda unitaria, trattandosi, a ben vedere, di pretese sì distinte sul piano giuridico ma, in definitiva, concernenti pur sempre la "medesima vicenda esistenziale" e "sostanziale" (sia pure connotata da aspetti in parte dissimili): la cui trattazione dinanzi a giudici diversi, come le Sezioni Unite hanno espressamente evidenziato, incide negativamente non solo sulla "giustizia" sostanziale della decisione, che può essere meglio assicurata veicolando nello stesso processo tutti i diversi aspetti e le possibili ricadute della stessa vicenda, evitando di fornire al giudice la conoscenza parziale di una realtà artificiosamente frammentata, ma anche sulla durata ragionevole dei relativi processi, in relazione alla possibile duplicazione di attività istruttoria e decisionale su vicende fattualmente distinte ma tra loro simili e, spesso, connotate dall'esecuzione di prestazioni analoghe in contesti temporali ristretti (si pensi alle diverse consegne dei beni forniti all'acquirente ad opera dello stesso vettore che sia chiamato a rendere le relative testimonianze) nonché, infine, sulla stabilità dei rapporti, in relazione al rischio di giudicati contrastanti. Si pensi, in particolare, all'eccezione (sollevata proprio dalla società ricorrente) di imputazione dei pagamenti eseguiti nel corso del tempo, la quale, evidentemente, può essere senz'altro meglio apprezzata dal giudice di merito proprio se tutte le domande relative ai crediti eventualmente residui siano state proposte nello stesso giudizio a prescindere dalla loro riconducibilità allo stesso o a distinti contratti, onde evitare il rischio (che in caso di proposizione separata delle relative domande può riverberarsi tanto ai danni del creditore che agisce per il loro pagamento, quanto ai danni del debitore che eccepisce di averne eseguito il pagamento) che i pagamenti eseguiti siano ritenuti, da alcuni giudici, estintivi del singolo credito azionato, pur essendo imputabili a crediti che

hanno costituito l'oggetto di domande proposte in distinti processi, e, da altri giudici, invece, imputati ai crediti azionati con altre domande (o, addirittura, a crediti non azionati) pur avendo, in realtà, estinto proprio il credito vantato in quel giudizio.

14.14. Di tale esigenze, del resto, si è fatta carico la giurisprudenza delle Sezioni Unite anche in altre decisioni, come è accaduto, in particolare, con la sentenza n. 12310 del 2015 in materia di modificabilità della domanda ai sensi dell'art. 183 c.p.c. Tale sentenza, in effetti, ha ribadito l'esigenza "di realizzare, al fine di una maggiore economia processuale ed una migliore giustizia sostanziale, la concentrazione nello stesso processo e dinanzi allo stesso giudice delle controversie aventi ad oggetto la medesima vicenda sostanziale (basti pensare alle disposizioni codicistiche in tema di connessione o di riunione di procedimenti)", e, quindi, di evitare che, una volta proposta una domanda innanzi ad un giudice, sia, poi, proposta una nuova domanda (con indubbio spreco di attività e risorse) dinanzi ad un altro giudice che sia chiamato a conoscere della medesima vicenda, sia pure sotto aspetti in parte dissimili, con effetti incidenti negativamente tanto sulla "giustizia" sostanziale della decisione (che può essere meglio assicurata proprio se sono veicolati nel medesimo processo tutti i vari aspetti e le possibili ricadute della medesima vicenda sostanziale ed "esistenziale", evitando di fornire al giudice la conoscenza di una realtà sostanziale artificiosamente frammentata con l'effetto di determinarne una visione parziale), quanto sulla ragionevole durata dei processi (valore costituzionale da perseguire anche nell'attività di interpretazione delle norme processuali da parte del giudice che sia idonea "a favorire una soluzione della complessiva vicenda sostanziale ed esistenziale portata dinanzi al giudice in un unico contesto invece di determinare la potenziale proliferazione dei processi, essendo appena il caso di aggiungere che sulla irragionevole durata di un processo non incide (sol)tanto ciò che rileva all'interno di quel processo quanto il numero complessivo dei processi contemporaneamente pendenti che ne condiziona la gestione"; in quest'ultimo senso, del resto, si erano già pronunciate le Sezioni Unite nella citata sentenza n. 23726 del 2007, rilevando "... l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della correlativa durata").

14.15. Le Sezioni Unite di questa Corte, d'altra parte, in tema di responsabilità disciplinare a carico degli avvocati, hanno affermato che costituisce violazione dell'art. 49 del codice deontologico forense l'intraprendere contro la stessa parte assistita iniziative giudiziarie plurime e non giustificate da un effettivo e necessitato sviluppo processuale, a tutela delle proprie ragioni economiche relative ad un rapporto professionale svoltosi continuativamente per un lungo periodo di tempo, così da aggravare la posizione della controparte, costretta a sostenere il cumulo delle spese giudiziali, invece di procedere ad

un accorpamento delle posizioni in contestazione (Cass. SU n. 14374 del 2012, che si è pronunciata, riconoscendo la responsabilità disciplinare dell'avvocato, in una vicenda nella quale l'incolpato era stato accusato di avere promosso contro il suo cliente "una pluralità di azioni giudiziarie per recuperare i crediti... per compensi professionali, così aggravando la posizione della debitrice, senza che ciò corrispondesse ad effettive ragioni di tutela dei crediti..."). Le Sezioni Unite, in particolare, hanno evidenziato che: – "il rapporto professionale, svoltosi continuativamente per un lungo periodo temporale fra le parti, avrebbe dovuto, anche sul piano della richiesta dei compensi, sfociare, quantomeno, in un accorpamento delle posizioni in contestazione, per un loro esame globale e complessivo. L'avere, viceversa, con iniziative plurime, e non giustificate da un effettivo e necessitato sviluppo processuale, aggravato la posizione della controparte, costretta a sostenere il cumulo delle spese giudiziali a suo carico, conduce, quindi, a ritenere sussistere la violazione deontologica contestata"; – "i principi di buona fede oggettiva e di correttezza, per la loro ormai acquisita costituzionalizzazione in rapporto all'inderogabile dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., costituiscono un autonomo dovere giuridico ed una clausola generale, che non attiene soltanto al rapporto obbligatorio e contrattuale, ma che si pone come limite all'agire processuale nei suoi diversi profili; e che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale, volto anche alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio (v. anche S.U. 23.12.2009, n. 27214; Cass. 22.12.2011, n. 28286). Principio, questo ripreso anche dall'art. 88 c.p.c. per il quale le parti e i loro difensori devono comportarsi in giudizio con lealtà e probità; applicabile, quindi, anche con riferimento ai doveri deontologici".

14.16. In definitiva, il principio enunciato nella sentenza delle Sezioni Unite n. 4090 del 2017 – alla cui stregua i diritti i quali, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque "fondati" sul medesimo fatto costitutivo non possono essere azionati in separati giudizi, a meno che il creditore non risulti titolare di un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata – va inteso con la duplice specificazione che: a) l'espressione "medesimo rapporto di durata" deve essere letta in senso storico/fenomenologico: alla parola "rapporto" va, cioè, assegnato non il significato tecnico-giuridico di coppia diritto/obbligazione derivante da una della cause elencate nell'art. 1173 c.c., bensì il significato di relazione di fatto realizzatasi tra le parti nella concreta vicenda da cui deriva la controversia; b) nell'espressione "medesimo fatto costitutivo", l'aggettivo "medesimo" va letto con riferimento non all'identità ma alla qualità, e quindi non come sinonimo di "identico" ma come sinonimo di "analogo".

15. Alla stregua delle precisazioni che precedono, la Corte enuncia il seguente principio di diritto: "le domande relative a diritti di credito analoghi per oggetto e per titolo, in quanto fondati su analoghi, seppur diversi, fatti costitutivi, non possono essere proposte in giudizi diversi quando i relativi fatti costitutivi si inscrivano nell'ambito di una relazione unitaria tra le parti, anche di mero fatto, caratterizzante la concreta vicenda da cui deriva la controversia. Tale divieto processuale non opera quando l'attore abbia un interesse oggettivo, il cui accertamento compete al giudice di merito, ad azionare in giudizio solo uno, o solo alcuni, dei crediti sorti nell'ambito della suddetta relazione unitaria le parti. La violazione dell'enunciato divieto processuale è sanzionata con l'improponibilità della domanda, ferma restando la possibilità di riproporre in giudizio la domanda medesima, in cumulo oggettivo, ai sensi dell'art. 104 c.p.c., con tutte le altre domande relative agli analoghi crediti sorti nell'ambito della menzionata relazione unitaria tra le parti".

16. La sentenza impugnata, avendo dato esclusivo rilievo alla riscontrata inesistenza, in punto di fatto, di un unico incarico professionale che la società opponente aveva affidato all'avv. V., non si è, evidentemente, attenuta al principio esposto: e dev'essere, quindi, in parte qua, cassata, con assorbimento di tutti gli altri motivi.

17. Il principio di diritto in precedenza affermato induce, peraltro, ad escludere ogni rilievo alla sentenza n. 17156/2017, passata in giudicato, con la quale, in data 13/9/2017, il tribunale di Roma ha accertato l'esistenza di un unico rapporto professionale tra l'opponente e l'avv. V. pur a fronte di distinte procure difensive ed ha, quindi, dichiarato l'improponibilità di una delle azioni recuperatorie proposte da quest'ultimo proprio in quanto frutto dell'indebito frazionamento dell'unico credito ad esso riconducibile. La natura meramente processuale del vizio conseguente alla violazione del divieto di indebito frazionamento del credito, vale a dire l'improponibilità della domanda, esclude, invero, che la statuizione che ne abbia affermato la sussistenza, contenuta in una sentenza pronunciata in altro giudizio tra le stesse parti e passata in giudicato, possa esplicare efficacia preclusiva di una sua differente soluzione in altro giudizio, pendente tra le stesse parti, in cui, come quello in esame, la medesima questione sia stata dedotta o comunque rilevata. La statuizione su una questione processuale dà luogo, in effetti, ad un giudicato meramente formale ed ha, come tale, un'efficacia preclusiva limitatamente al giudizio in cui è stata pronunciata (cfr. Cass. n. 23130 del 2020; n. 10641 del 2019; Cass. n. 7303 del 2012; Cass. n. 22212 del 2004; Cass. n. 17248 del 2003) / ma non impedisce né che la medesima questione sia riproposta in un successivo giudizio tra le stesse parti, né, a fortiori, che, in quest'ultimo giudizio, la predetta questione sia, com'è accaduto nel caso in esame, diversamente risolta, dichiarando, cioè, la proponibilità della domanda.

18. Deve, infine, escludersi ogni rilievo al fatto che la sentenza sia stata resa con la partecipazione al collegio di un giudice ausiliario, trattandosi di questione che non è stata fatta valere nel presente giudizio secondo le regole proprie dei mezzi di impugnazione (cfr. Cass. n. 27923 del 2018). Il Collegio, peraltro, non ignora che questa Corte, con due distinte ordinanze del 9/12/2019, ha sollevato le questioni di legittimità costituzionale del D.L. n. 69 del 2013, art. 62, comma 1, art. 65, commi 1 e 4, art. 66, art. 67, commi 1 e 2, art. 68, comma 1, e art. 72, comma 1, conv. con modif. nella L. n. 98 del 2013, nella parte in cui conferiscono al giudice ausiliario di appello lo status di componente dei collegi delle sezioni della Corte d'appello. Senonché, con la recente sentenza n. 41 del 2021, la Corte costituzionale, pur dichiarando incostituzionali le predette norme che hanno previsto, come magistrati onorari, i giudici ausiliari presso le Corti d'appello, ha stabilito che esse potranno, tuttavia, continuare ad avvalersi legittimamente dei giudici ausiliari per ridurre l'arretrato fino a quando, entro la data del 31/10/2025, si perverrà ad una riforma complessiva della magistratura onoraria, nel rispetto dei principi costituzionali. Fino ad allora, la "temporanea tollerabilità costituzionale" dell'attuale assetto è volta ad evitare l'annullamento delle decisioni pronunciate con la partecipazione dei giudici ausiliari e a non privare immediatamente le Corti d'appello dell'apporto di questi giudici onorari per la riduzione dell'arretrato nelle cause civili.

19. Il ricorso dev'essere, pertanto, accolto e la sentenza impugnata, per l'effetto, cassata con rinvio, per un nuovo esame, alla Corte d'appello di Roma che, in differente composizione, si atterrà al principio di diritto enunciato e provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte così provvede: accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri; cassa, in relazione al motivo accolto, la sentenza impugnata con rinvio, per un nuovo esame, alla Corte d'appello di Roma che, in differente composizione, provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Seconda Sezione Civile, il 27 gennaio 2021.

Depositato in Cancelleria il 24 maggio 2021.

JUS CIVILE

MARINA FEDERICO

Dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Venezia Ca' Foscari

LA CORTE DI CASSAZIONE TORNA SUL FRAZIONAMENTO DEL CREDITO TRA BUONA FEDE E GIUSTO PROCESSO

SOMMARIO: *1 Il caso. – 2. Il frazionamento del credito tra abuso del processo e del diritto. – 3. Segue. La giurisprudenza della Suprema Corte. – 4. L'interpretazione estensiva di unico rapporto obbligatorio e di medesimo fatto costitutivo. – 5. Alcuni rilievi di natura processuale sull'oggetto del giudicato. – 6. Luci e ombre della pronuncia in commento. Il (discutibile) richiamo al contatto sociale. – 7. ... e alla buona fede in sede processuale.*

1. – L'ordinanza in commento trae origine da una vicenda relativa all'emissione, nei confronti di una società, di trentotto decreti ingiuntivi, fondati su identici atti di riconoscimento di debito, per il pagamento di numerosi incarichi professionali di assistenza legale, giudiziale e stragiudiziale, basati su distinte procure alle liti, conferiti nel corso degli anni ad un avvocato.

La società si opponeva ad uno dei decreti e, contro il provvedimento di rigetto dell'opposizione, ricorreva in appello, annoverando, tra i vari motivi di impugnazione, l'illegittima parcellizzazione del credito da parte dell'opposto, poiché, secondo la ricostruzione da lei prospettata, tra la stessa e il professionista intercorreva un rapporto di durata di consulenza ed assistenza legale, da cui discendeva un unico credito.

Il giudice dell'appello rigettava la domanda della parte attrice e rilevava l'autonomia di ogni singolo incarico difensivo, sottolineando che tra l'avvocato e la società si fossero succeduti negli anni rapporti contrattuali diversi, suscettibili di essere azionati separatamente in giudizio.

Contro tale decisione, la società proponeva ricorso in cassazione e, con il primo e più corposo tra i vari motivi di ricorso, adduceva che la deduzione in differenti giudizi della pretesa creditoria non corrispondeva ad alcun interesse apprezzabile del creditore, anzi integrava gli estremi di una condotta abusiva, contraria alle regole di correttezza e buona

fede che devono guidare le parti nell'esecuzione del contratto, nonché ai principi, di rango costituzionale, del giusto processo.

Il Supremo Collegio ha accolto il ricorso proposto dalla società e, se il risultato pratico cui è giunto rispetto alla sussistenza di una condotta abusiva, a primo impatto, appare condivisibile, meritano tuttavia di essere attentamente considerate le argomentazioni con cui perviene a quest'esito, che rappresentano l'ultimo atto di una serie di decisioni della Corte sul frazionamento giudiziale del credito [1].

2. – La pronuncia in commento consente di soffermarsi su una questione di grande interesse: il frazionamento del credito e il ruolo delle clausole generali nel diritto civile sostanziale e processuale [2].

Il frazionamento del credito (o parcellizzazione della pretesa creditoria) è una delle ipotesi in cui si coglie lo stretto legame tra profilo processuale e profilo sostanziale dei rapporti giuridici [3].

Si parla di frazionamento del credito quando l'attore, titolare di un unico diritto di credito, lo "fraziona" in più parti, che fa valere in distinti giudizi. Quest'evenienza può presentarsi nel caso in cui una parte del *quantum* del credito sia ancora da accertare o quando l'attore desidera giovarsi di un rito processuale più snello [4].

Quando invece il frazionamento della pretesa creditoria viene effettuato per trarne vantaggio ai danni del convenuto, per esempio con l'obiettivo di lucrare sulle spese di

---

[1] Occorre precisare che la presente è la prima di una serie di ordinanze tutte relative alla medesima vicenda. La società aveva, infatti, opposto la gran parte dei diversi decreti ingiuntivi emessi nei suoi confronti ed alcune opposizioni erano state rigettate, altre accolte. Tali provvedimenti erano stati impugnati in appello, rispettivamente dalla società e dall'avvocato; contro le sentenze con cui la corte d'appello confermava i decreti ingiuntivi e rigettava l'opposizione della società, quest'ultima aveva proposto ricorso in Cassazione.

Le altre ordinanze sono: Cass. 30 giugno 2021, n. 18568, Cass. 30 giugno 2021, n. 18567, est. Dongiacomo; Cass. 30 giugno 2021, n. 18565; Cass. 30 giugno 2021, n. 18563; Cass. 30 giugno 2021, n. 18562, est. Carrato; Cass. 22 giugno 2021, n. 17816, Cass. 22 giugno 2021, n. 17815; Cass. 22 giugno 2021, n. 17814; Cass. 22 giugno 2021, n. 17813, est. Gorjan.

[2] Sul punto, *ex multis,* P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.,* 2008, 745 ss.; S. PATTI, *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2021, 25 ss. Su buona fede nell'esecuzione del contratto e frazionamento del credito vedi, in particolare, G. D'AMICO, *Comportamento del creditore*, in *Diritto civile,* diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III*, Obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, I, Giuffrè, 2009, 211-213.

[3] P. RESCIGNO, *L'abuso,* cit*.,* 745.

[4] T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il "ripensamento" delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ*., 2008, 345.

lite o di introdurre la controversia davanti al giudice di pace affinché il giudizio sia gratuito dal punto di vista fiscale, se ne ricorrono i presupposti [5], la fattispecie è stata ricondotta dalla giurisprudenza alla discussa figura dell'abuso del processo, che consiste nella distorsione o, più precisamente, nello "sviamento" dello scopo di un atto processuale, anche attraverso l'uso strumentale del diritto d'azione [6].

Ciò premesso, l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sul tema del frazionamento del credito esprime il progressivo cambiamento che, come è stato osservato, "dalla discrezionalità e l'arbitrio nell'esercizio dei diritti conduce, con gradazioni diverse, alla sindacabilità e al controllo" [7].

Giova innanzitutto ricordare che in merito di frazionamento del credito è stato richiamato frequentemente l'art. 1375 cod. civ. che, come è noto, prescrive che il contratto debba essere eseguito secondo buona fede. Tale clausola generale indica che i contraenti devono comportarsi secondo correttezza, attuando il regolamento contrattuale in maniera tale da preservare l'assetto dell'operazione economica [8] che hanno inteso determinare, nel modo che la prassi negoziale ritiene, appunto, corretto e quindi dovuto [9]. La buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio è stata, nel corso del tempo, ampiamente adoperata nelle riflessioni sull'abuso del diritto [10], cui è stato ricondotto anche il frazio-

---

[5] C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale. Vol. I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Giappichelli, 2017, 601. Una casistica si trova in: M. MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur*., 2011, 555-558.

[6] A. DONDI, *Abuso del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Ann.*, Giuffrè, 2010, 1 s.; G. SPANGHER, *Abuso del processo (dir. proc. pen),* in *Enc. dir, Ann*., Giuffrè, 2016, 1; nonché, *ex multis*, C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'"abuso sanzionabile del processo" all'"abuso del diritto come argomento"*, in *Riv. dir. proc.,* 2012, 1284 ss. e, ampiamente, F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo,* Cedam, 2000.

[7] P. RESCIGNO, *L'abuso,* cit., 746.

[8] Sull'operazione economica si rimanda a: C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *I contratti*, 2011, 1046 e E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell'operazione economica*, in *Giust. civ*., 2020, 445-475. Di quest'ultimo, più in generale, ID., *Operazione economica e teoria del contratto,* Giuffrè, 2013, sulla scorta degli studi pioneristici della scuola romana (vedi G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico,* Giuffrè, 1966 e G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, ristampa inalterata 1974); nonché A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica,* Giappichelli, 1992.

[9] P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna,* con la collaborazione di Carmelita Camardi, Jovene, 1996, 360.

[10] P. RESCIGNO, *L'abuso,* cit., 745 s. Sull'uso della buona fede da parte della giurisprudenza di legittimità, nel campo dell'abuso del diritto, cfr. C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *juscivile*, 2018, spec. 401 ss.

I tratti della figura dell'abuso del diritto sono efficacemente riassunti in A. GENTILI, *L'abuso del diritto*

namento del credito, quando risulta in una condotta lesiva della sfera giuridica del debitore [11].

Si è però osservato che il credito può essere legittimamente azionato parzialmente, considerato, tra l'altro, che nel nostro sistema giuridico vi sono già strumenti che consentono al debitore di tutelarsi nel caso di richiesta di adempimento parziale della pretesa, quali la possibilità di offrire l'intera prestazione o di proporre una domanda riconvenzionale di accertamento dell'intero credito [12].

3. – La Corte di Cassazione, nell'affrontare il problema del frazionamento del credito, ricondotto ora all'abuso del diritto, ora all'abuso degli strumenti processuali [13], ha fatto riferimento alla clausola generale del dovere di correttezza nei rapporti obbligatori, nonché ai principi del giusto processo [14].

In particolare, la giurisprudenza, nel considerare l'ammissibilità del frazionamento del credito, si è rifatta all'art. 1175 cod. civ. e, soprattutto, all'obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto, *ex* art. 1375 cod. civ., che perdura anche nel momento in cui il contratto si *realizza* nella dimensione processuale.

Dopo anni di orientamenti contrastanti, con la sentenza a Sezioni Unite del 10 aprile del 2000, n. 108 [15], il Collegio stabilì l'ammissibilità della proposizione di domande se-

---

come argomento, in *Riv. dir. civ*., 2012, spec. 311-312. L'Autore individua i caratteri che identificano l'abuso del diritto come fattispecie giuridicamente rilevante, in dottrina e giurisprudenza, e cioè: *a)* un atto, cosciente e volontario, che costituisca esercizio di un potere; *b)* la conformità strutturale dell'atto a un comportamento permesso; *c)* il contrasto funzionale dell'atto con imperativi principi o norme dell'ordinamento; *d)* "un trattamento giuridico dell'atto" che si sostanzia in una sanzione (che viene comminata a causa della *funzione,* appunto, dell'atto, e non della sua struttura) e, in alcuni casi, *e)* un pregiudizio di qualche tipo a terzi.

[11] P. RESCIGNO, *L'abuso,* cit., 745 s. e A. GENTILI, *L'abuso del diritto,* cit., spec. 307 s. e 326-329.

[12] A. FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *NGCC,* 2008, 464. Vedi E. BIVONA, *Frazionamento "abusivo" del credito e controllo giudiziale sull'interesse ad agire*, in *Riv. dir. civ*., 2018, 1181, secondo cui l'art. 1181 cod. civ. consente di avvalorare la possibilità che la prestazione venga eseguita parzialmente, quando la parcellizzazione risponde ad un interesse apprezzabile del creditore, mentre l'art. 1292 cod. civ. indicherebbe che tra le modalità di godimento del diritto di credito non può non essere ricompreso il suo esercizio parziale, in quanto permette al creditore di chiedere ai condebitori, anziché l'intero, solo una parte del credito.

[13] In generale, sul rapporto tra abuso del processo e del diritto, vedi G. VERDE, *L'abuso del diritto e l'abuso del processo (dopo la lettura del recente libro di Tropea),* in *Riv. dir. proc.,* 2015, 1085 ss.

[14] Si veda Cass. 23 luglio 1997, n. 6900, in *Foro it*,, 1998, I, 1582.

[15] Cass. 10 aprile del 2000, n. 108, in *Rep. Foro it*., 2000, voce: «Obbligazioni in genere», n. 16.

parate per la riscossione di un unico credito, usando come argomento portante l'art. 1181 cod. civ. e la possibilità del debitore di adempiere parzialmente alla propria obbligazione [16]. Pochi anni dopo, però, le Sezioni Unite cambiarono indirizzo, con la sentenza del 15 novembre 2007, n. 23726 [17].

Con la pronuncia del 2007, la Corte affermò che il creditore di una somma di denaro non può frazionare la richiesta di adempimento dell'unico credito in diverse domande giudiziali. Infatti, in tal modo il creditore provoca un aggravamento della posizione debitoria, sia sotto il profilo dell'allungamento dei tempi di liberazione dall'obbligazione, che delle spese di lite e dell'attività difensiva. Tra l'altro, tale condotta produce il pericolo di giudicati contraddittori sullo stesso rapporto [18].

Le Sezioni Unite motivarono il proprio cambiamento di rotta sulla base dell'evoluzione del quadro normativo, che impone particolare attenzione ai valori della buona fede e della correttezza, da ricondurre ai doveri costituzionali di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 della Costituzione e rifacendosi al canone del giusto processo dalla ragionevole durata, da poco introdotto nel nostro ordinamento con il novellato art. 111 della Costituzione [19].

La giurisprudenza di legittimità, dopo il 2007, si spinse a ritenere che l'ipotesi di in-

---

[16] Su Cass. 10 aprile del 2000, n. 108, cit., T. DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*, in *Studium iuris*, 2000, 1273 ss. e A. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?,* in *Giur. It*., 2001, 1143 ss.

[17] Cass. Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, *Rep. Foro it*., 2008, voce: «Obbligazioni in genere», n. 76, commentata da A. FINESSI, *La frazionabilità,* cit., 458-466 e F. COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*, *ivi*, 466-471, A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, in *Foro it.,* 2008, cc.1515 ss., M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ.,* 2008, 335 ss., R. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nel processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1437 ss., A. DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726),* in *Riv. dir. civ.,* 2009, 347 ss., A. GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?,* in *Corr. giur.,* 2009, 1133 ss.

[18] Cass. Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit., *passim*. In seguito alla pronuncia del 2007, in cui la Corte di Cassazione non aveva ancora precisato se il rigetto della domanda frazionata fosse un rigetto nel merito o nel rito, parte della dottrina aveva sostenuto che la Corte di Cassazione fosse arrivata alla "radicale posizione" di negare alla radice la possibilità di dedurre separatamente in giudizio un unico diritto di credito sulla scorta di considerazioni legate, in realtà, all'oggetto del giudicato e alla necessaria corrispondenza tra posizione giuridica sostanziale e oggetto della domanda e dell'accertamento; in questi termini, M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità,* cit., 339 e C. CONSOLO, *Note,* cit., 1293 ss.

[19] T. DALLA MASSARA, *La domanda,* cit., 348-350 e M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità,* cit., 336, che osserva: "Nel combinato richiamo di buona fede e giusto processo le Sezioni Unite trovano il 'grimaldello' per l'odierno *revirement*, superando i plurimi argomenti focalizzati dalla pronuncia del 2000 […]".

debita parcellizzazione del credito si rinvenga non solo quando un unico credito sia azionato con separate domande giudiziali, ma anche quando si tratti di una pluralità di crediti, originati dal medesimo rapporto obbligatorio [20].

A questo filone giurisprudenziale si è successivamente contrapposto l'indirizzo, accolto con la sentenza a Sezioni Unite del 16 febbraio del 2017, n. 4090 [21], per cui un generale divieto di azionare separatamente i diritti di credito ascrivibili ad un unico rapporto contrattuale contrasta con alcuni indici normativi [22], oltre a risultare in un eccessivo sacrificio delle ragioni del creditore. Infatti, il creditore perderebbe la possibilità di agire in via monitoria per i crediti muniti di prova scritta o di fruire di riti più spediti, oltre ad essergli imposto uno sforzo irragionevole nel caso in cui crediti di natura diversa, soggetti a regimi probatori differenti e maturati in tempi distinti, debbano essere necessariamente azionati nello stesso giudizio [23].

Quest'ultimo può, dunque, dedurre in distinti giudizi più crediti che derivano da un rapporto obbligatorio con il debitore, fermo restando il divieto di parcellizzazione dell'*unico credito* in plurime domande giudiziali.

Tuttavia, la Suprema Corte sostenne che se i crediti traggono origine dal medesimo fatto costitutivo e/o sono riconducibili all'ambito del medesimo giudicato è necessario che il creditore abbia "un interesse oggettivamente valutabile", *ex* art. 100 cod. proc. civ., a proporre separate domande, che spetta all'organo giurisdizionale accertare, caso per caso [24].

---

[20] Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2009, n. 26961, in *Rep. Foro it.,* 2009, voce: «Lavoro (rapporto di)», n. 1654, Cass. 17 marzo 2013, n. 9317, in *Rep. Foro it.,* 2013, voce: «Fallimento», n. 463; Cass. 10 maggio 2013, n. 11256, in *Rep. Foro it.,* 2013, voce: «Procedimento civile», n. 101; Cass. 3 dicembre 2013, n. 27064, in *Foro it.*; Cass. 1 marzo 2016, n. 4016, in *Rep. Foro it.,* 2017, voce: «Procedimento civile», n.172, quest'ultima richiamata nella presente ordinanza.

[21] Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Rep. Foro it.,* 2017, voce: «*Procedimento civile*», n. 167, su cui M. BARAFANI, *Tutela processuale frazionata del credito – i fondamenti concettuali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*, in *Giur. it*., 2017, 1089 ss., E. BIVONA, *Frazionamento,* cit., 1163 ss. Si veda anche F. FESTI, *Infrazionabilità e unicità del credito,* 2017, in *Corr. giur.,* 2018, 760 ss.

[22] Ai punti 2 e 3 della sentenza, le Sezioni Unite sottolinearono che: "*il sistema processuale risulta, invero, strutturato su di una ipotesi di proponibilità in tempi e processi diversi di domande intese al recupero di singoli crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso esistente tra le parti, come autorizza a ritenere la disciplina di cui agli artt. 31, 40 e 104 cod. proc. civ. […] Ulteriori argomenti in tal senso possono trarsi dalla contemplata possibilità di condanna generica ovvero dalla prevista necessità, ex art. 34 cod. proc. civ., di esplicita domanda di parte perché l'accertamento su questione pregiudiziale abbia efficacia di giudicato[…]".* Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090, cit., 6 s.

[23] Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, cit.

[24] In riferimento al ruolo dell'art. 100 cod. proc. civ. come norma fondamentale per risolvere il proble-

4. – La Suprema Corte, nella pronuncia presa in esame, interpreta in modo estensivo il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite del 2017 e chiarisce i presupposti in presenza dei quali si configura un'abusiva parcellizzazione del credito.

A tal fine, nella motivazione dell'ordinanza, la Cassazione svolge alcuni rilievi di diritto sostanziale e processuale che è opportuno esaminare separatamente.

Il Collegio, anzitutto, disattendendo la ricostruzione proposta dalla ricorrente, ritiene che l'avvocato non vanti un solo credito, ma più crediti nei confronti della società.

Precisa, dunque, quando la pluralità di pretese creditorie sia riconducibile a un rapporto di durata tra le parti e quando le pretese azionate abbiano origine dal medesimo fatto costitutivo e siano ascrivibili potenzialmente all'ambito dello stesso giudicato.

In primo luogo, la Cassazione colloca la relazione tra le parti in un rapporto di mero fatto che, pur non originato dalla stipulazione di un contratto, si è venuto a determinare nel corso del tempo, assimilabile ad un rapporto di durata vero e proprio. In situazioni del genere, dunque, la Corte afferma che tra le parti si instaura un *contatto sociale*, da cui discende l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza.

In secondo luogo, la Suprema Corte osserva che, nel valutare se più crediti siano fondati sullo stesso fatto costitutivo, occorre considerare se i crediti abbiano avuto origine da fatti, seppur storicamente diversi, della stessa natura giuridica.

Pertanto, bisogna verificare se vi sia un rapporto di durata tra le parti, in senso "storico fenomenologico", e se la pluralità di pretese creditorie sussumibili in questo rapporto scaturisca da fatti costitutivi della medesima natura giuridica e sia, dunque, riferibile, per adoperare le parole del Collegio, "alla stessa vicenda esistenziale". In questi casi, in ragione dei doveri imposti dal contatto sociale, la parcellizzazione del credito, in assenza di un interesse oggettivamente valutabile *ex* art. 100 cod. proc. civ., appare ingiustificata. Di conseguenza, con l'ordinanza che si annota, viene offerta un'interpretazione estensiva

---

ma della domanda frazionata, si veda già G. VERDE, *Sulla "minima unità strutturale" azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine),* in *Riv. dir. proc.,* 1989, in part. 577 ss. e, di recente, M. MARINELLI*, La clausola generale dell'art. 100 cod. proc. civ. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Editoriale scientifica, 2005, spec. 157-161*;* su diverse posizioni, M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, 2004, *passim.*

Nel caso in cui l'interesse ad agire in via frazionata non sussista, la Corte, nel corso del tempo, si è assestata sull'orientamento per cui la domanda sarebbe da dichiararsi improponibile. L'improponibilità della domanda, come sottolineato anche nell'ordinanza che si annota e come si vedrà, non preclude all'attore di iniziare un successivo giudizio chiedendo l'accertamento dell'intero credito (o della serie di crediti derivanti dall'unico rapporto obbligatorio). Sulla scelta dell'improponibilità della domanda come "sanzione" e la possibilità di scoraggiare le condotte abusive con altri strumenti, cfr. A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Frazionamento*, cit., 1516, C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 601-604 e A. SCARPA, *Abuso del processo: clausola generale o pleonasma?,* in *Contr. impr.,* 2012, 1137 ss.

delle circostanze in presenza delle quali la domanda frazionata si può risolvere in un abuso degli strumenti processuali.

Le argomentazioni in motivazione vengono ulteriormente rafforzate mediante il riferimento ad alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità [25], all'obbligo delle parti di comportarsi, in giudizio, secondo lealtà e probità, previsto all'art. 88 cod. proc. civ. [26] e alle esigenze di stabilità dei rapporti, di giustizia sostanziale della decisione e della ragionevole durata del processo.

5. – Nel valutare se, nel caso in esame, i crediti siano potenzialmente ascrivibili all'ambito del medesimo giudicato, il Giudice di legittimità svolge alcune osservazioni relative ai c.d. limiti oggettivi dello stesso [27].

La Corte di Cassazione ribadisce che l'infrazionabilità della domanda si giustifica anche al fine di evitare contrasti tra giudicati e favorire la celerità dei processi. Afferma, pertanto, che: "Il giudicato – che pure ha per oggetto esclusivo la singola situazione giuridica soggettiva azionata (che segna, quindi, i suoi limiti oggettivi) e non produce quindi alcun effetto preclusivo in ordine agli altri diritti derivanti dal medesimo rapporto, né ai diritti maturati in relazione a differenti segmenti o frazioni dello stesso, copre, tuttavia, in quanto necessariamente compreso nell'ambito oggettivo della prima domanda, anche l'accertamento già compiuto in ordine alle questioni di fatto e di diritto comuni ad entrambe le domande (come l'esistenza del rapporto stesso dal quale lo stesso trae origine oppure la validità e l'efficacia del relativo titolo), quale necessario presupposto logico-giuridico del diritto fatto valere". Di conseguenza, deve evitarsi la proposizione di pretese creditorie riconducibili allo stesso rapporto contrattuale in più giudizi, poiché ciò potrebbe dar luogo ad accertamenti contrastanti sulle questioni di fatto e di diritto che accomunano le domande [28].

---

[25] Cass. 29 novembre 2019, n. 31308, *Rep. Foro it.,* 2020, voce: «Procedimento civile», n.77, in cui, i titoli (una serie di mandati difensivi attribuiti ad un avvocato da parte della società) vengono considerati "del tutto omogenei". La Corte ricorda anche Cass. 30 ottobre 2020, n. 24130 in *Foro it.,* che, però, a ben guardare, attiene ad una fattispecie diversa da quello in oggetto (si trattava, infatti, del frazionamento della domanda del compenso dovuto ad un avvocato per l'attività difensiva svolta in diversi gradi dello stesso processo).

[26] In merito S. PATTI, *Le clausole,* cit., 35.

[27] Come è noto, i limiti oggettivi del giudicato indicano l'*oggetto* del giudizio, su cui il giudice decide nel dispositivo. Per lungo tempo (e questa è ancora, pare, la posizione più diffusa in dottrina) esso è stato individuato nella situazione giuridica soggettiva, nella sua interezza, fatta valere in giudizio. Sul punto, si rinvia a C. CONSOLO, *Art. 2909*, in *Codice di procedura civile: commentario*, I, Utet, 2018, 112 ss.; nonché, ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo,* I e II, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1991, 214 ss., 569 ss.

[28] In questi termini, sono richiamate nel testo dell'ordinanza: Cass., Sez. Un., 13 luglio 2006, n. 15896,

Sembrerebbe, così, che la Corte di Cassazione richiami l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, recentemente affermatosi specialmente in materia tributaria, per cui le questioni, di fatto e di diritto, che rappresentano un presupposto necessario dell'*iter* decisorio che il giudice compie per giungere alla decisione, sono accertate con efficacia di giudicato [29].

Al contempo, la Suprema Corte fa riferimento alle questioni pregiudiziali di merito c.d. logico-necessarie, relative al rapporto fondamentale da cui discende il diritto dedotto in giudizio (la validità del contratto, ad esempio) [30], su cui, afferma la Corte, pure si forma il giudicato, se il giudice le ha conosciute per arrivare alla decisione.

In tal modo, la Cassazione pare accogliere un'interpretazione dell'oggetto del giudi-

---

in *Foro it.*, 2008, I, 1116; Cass., Sez. Un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it*., 2007, I, 0493; di recente, Cass. 26 febbraio 2019, n. 5486, in *Rep. Foro it*., 2019, voce: «Cosa giudicata civile», n. 37; Cass. 16 maggio 2019, n. 13152, in *Rep. Foro it.,* 2019, voce: «Tributi in genere», n. 1066; Cass. 28 novembre 2017, n. 28318, in *Rep. Foro it.,* 2019, voce: «Cosa giudicata civile», n. 42; Cass. 17 aprile 2013, n. 9317, cit.; Cass. 19 marzo 2012, n. 4282, in *Rep. Foro it.,* 2012, voce: «Fallimento», n. 474.

[29] In estrema sintesi, le questioni rappresentano un tema della lite che, in quanto tale, diventa materia d'esame del giudice e che dev'essere trattato in contraddittorio. Si distingue generalmente tra questioni preliminari e pregiudiziali, in base al fatto che abbiano ad oggetto rispettivamente solo situazioni di fatto o anche rapporti giuridici e *status*. Nel processo tributario, è stato ritenuto possibile l'accertamento, con efficacia di giudicato, su vere e proprie questioni c.d. preliminari di fatto e di diritto, secondo la tendenza inaugurata dalle Sezioni Unite 16 giugno 2006, n. 13916, cit., richiamata nella presente pronuncia, su cui, *ex multis,* F. TESAURO, *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche,* in *Boll. trib.,* 2006, 1173 ss. e M. BASILAVECCHIA-A. PACE, *Valenza ultrannuale del giudicato*, in *Corr. trib*., 2006, 2693 ss. Più ampiamente, sull'oggetto del processo tributario, C. CONSOLO-C. GLENDI-A. CONTRINO (a cura di), *Abuso del processo e novità sul processo tributario*, Ipsoa, 2016, *passim*, cui si rimanda per una bibliografia più completa. Il "giudicato su questioni" della giurisprudenza tributaria potrebbe essere accostato all'istituto nordamericano dell'*issue preclusion* o *collateral estoppel* che, con più d'una semplificazione, si può dire consista nella formazione del giudicato su questioni di diritto, di fatto e miste. Sull'*issue preclusion*, tra tutti, si rinvia a: M. TARUFFO, *"Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni,* I, in *Riv. dir. proc*., 1971, 651-687; ID., "*Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni*, II, in *Riv. dir. proc*., 1972, 272-300; e D. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, 2007, Cedam, 287-409.

[30] È questione pregiudiziale di merito quel rapporto giuridico, diritto o *status* che rileva in quanto rapporto fondamentale rispetto al diritto dedotto in giudizio, che ne rappresenta un singolo effetto. Autorevole dottrina distingue tra pregiudizialità logica e pregiudizialità tecnica, ai fini dell'accertamento della questione con efficacia di giudicato a prescindere da una domanda di accertamento incidentale *ex* art. 34 cod. proc. civ. La pregiudizialità logica sarebbe la relazione che lega un rapporto obbligatorio complesso ai suoi effetti e, per tale dottrina, andrebbe sempre accertata con efficacia di giudicato. Persino chi nega rilevanza pratica alla distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica, non nasconde che comunque essa ormai abbia guadagnato autonomia concettuale. Il tema del giudicato su questioni è estremamente ampio e su di esso non è possibile soffermarsi in questa sede. Sul punto, si rimanda a: S. SATTA, *Accertamenti incidentali, interventi e principi generali del diritto*, in *Foro it*., 1947, cc. 29 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Giuffrè, 1987, *passim*; C. CONSOLO, *Oggetto,* I e II, cit., 241 ss. e 569 ss.; R. TISCINI, *Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica*, in *Giust. civ.*, 2016, 571 ss.

cato compatibile con la teoria della pregiudizialità logica: la domanda relativa alla situazione giuridica soggettiva che origina dal contratto deduce in giudizio, e pone ad oggetto del giudicato, l'intero rapporto contrattuale [31]. A questo proposito, va comunque tenuto in considerazione quanto statuito dalle Sezioni Unite nelle sentenze c.d. "gemelle" sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale del dicembre 2014, nn. 26243 e 26242 [32], per cui sulle questioni relative al rapporto fondamentale che rappresentano un *vincolo al motivo portante* della decisione [33] si forma quella che alcuni autori hanno definito non un vero e proprio giudicato, ma una "preclusione extraprocessuale [34]". Ciò significa che la parte che ha ottenuto, nel primo processo, una pronuncia favorevole che poggia sulla non nullità del contratto, non potrà poi rimettere in discussione la validità del rapporto contrattuale in un successivo giudizio per trarne un indebito vantaggio [35]; la "preclusione extraprocessuale" opera solo tra le parti e non è opponibile ai terzi (a differenza del giudicato) [36].

La posizione adottata dai Giudici nella pronuncia commentata appare espressione della tendenza, sempre più frequente negli ultimi anni, ad allargare, se così si può dire, le maglie dell'accertamento giurisdizionale per ragioni non solo di economia processuale, ma anche di coerenza e stabilità delle decisioni.

6. – Ripercorsi i punti fondamentali della ricostruzione effettuata dalla Corte, occorre valutarne alcuni profili argomentativi.

---

[31] C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 94-95 e p. 164.

[32] Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.,* 2015, I, 862; Cass. 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Rep. Foro it.,* 2015, voce: «Contratto in genere, atto e negozio giuridico», n. 418, su cui C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur*., 2015, 225-242 e S. DALLA BONTÀ, *Una "benefica inquietudine". Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 891 ss., *passim.*

[33] Espressione adoperata dalla stessa Corte di Cassazione in Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., Cass. 12 dicembre 2014, n. 26243, cit.

[34] C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 130.

[35] ID., *Contratto e processo,* con la collaborazione di Federica Godio, in *Enc. dir*., *Contratto*, Giuffrè, 2021, pp. 407-410. Vedi C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia,* cit., 228-233, per un raffronto dell'impostazione della Corte di Cassazione con la teoria del vincolo al motivo portante di matrice tedesca.

[36] C. CONSOLO-F. GODIO*, Patologia*, cit., 232, 235 s. Se la parte attrice non propone una domanda di accertamento sulla validità del contratto, la statuizione del giudice che stabilisce che il contratto è nullo non è opponibile ai terzi che abbiano effettuato un acquisto a titolo derivativo dal convenuto, trascritto dopo la proposizione della domanda originaria.

È difficile non aderire all'impostazione per cui il creditore che richiede l'emissione di numerosi decreti ingiuntivi per ottenere il pagamento di crediti, liquidi ed esigibili, attestati in identici atti di riconoscimento di debito e fondati su titoli dello stesso tipo (il conferimento di mandati difensivi) stia tenendo un comportamento che aggrava la posizione del debitore, imponendogli uno sforzo eccessivo dal punto di vista dell'onere probatorio e dei costi della lite.

Nella pronuncia, l'accento viene posto, quindi, sull'obbligo di tenere un comportamento orientato dalla buona fede nei rapporti obbligatori, anche nel momento in cui questi si realizzano sul piano processuale, e sul giusto processo, inteso come processo veloce ed efficiente.

Ciò premesso, va tuttavia evidenziato che, nello statuire il divieto di frazionamento in ragione della "sussistenza tra le stesse parti di crediti giuridicamente eguali che, pur se non conseguenti allo stesso contratto, siano nondimeno riconducibili al medesimo 'rapporto' che, nel corso del tempo, si sia venuto a determinare (anche se in via di mero fatto) tra le parti" [37], la Cassazione sembra ricostruire tale situazione alla luce della nota figura del "contatto sociale", alla sussistenza del quale far conseguire quegli *obblighi di protezione*, privi di prestazione [38], i quali – a loro volta – impedirebbero di giustificare la pretesa di frazionamento [39].

---

[37] Cass. 24 maggio 2021, n. 14143, cit., punto 14.12, 19 s.

[38] Sul contatto sociale, vedi, tra tutti, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir*., Giuffrè, 1988, 1072-1099; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.,* Treccani, 1990, 1 ss. e A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir*., *Ann*., Giuffrè, 2015, 659 ss. Da ultimo, sugli obblighi di protezione, A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge,* in *Eur. dir. priv.,* 2021, spec. 34 ss.

[39] Come è noto, la teoria del contatto sociale nasce in area tedesca e solo successivamente viene recepita dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana (C.W. CANARIS, *Il contatto sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 1 ss.). Nell'ordinamento interno, il contatto sociale è stato utilizzato, inizialmente, per ricondurre alla responsabilità contrattuale la *culpa in contrahendo.* In seguito, la teoria del contatto sociale è stata adoperata per introdurre nelle relazioni tra consociati "qualificate" dalla particolare perizia di una delle parti degli obblighi non soltanto di *non facere,* ma anche di *facere*: cioè, degli obblighi di protezione, che prescindono dalla sussistenza di un rapporto obbligatorio tra le parti. Da tali obblighi deriva una "responsabilità da contatto sociale qualificato" o "rapporto obbligatorio da comportamento sociale tipico" (secondo la definizione offerta dal fondatore della categoria, e da egli stesso poi abbandonata, nella misura in cui fa riferimento ad un comportamento fattuale senza un fondamento negoziale, v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht,* I, *Allgemeiner Teil*, C.H. Beck, 1982). L'argomento è estremamente complesso e la bibliografia è potenzialmente sconfinata. In questa sede, ci si limita ad indicare, tra i molti, di recente A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ*., 2018, spec. 917 ss., P. GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *NGCC*, 2017, 1759 ss., P. GALLO, voce *Contatto sociale*, in *Dig. disc. priv*., Utet, 2014, 91 ss., F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Eur. dir. priv*., 2014, 109 ss., C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv*., 2009, 679 ss. e, ampiamente, ID., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, spec. 443 ss. e le

Pur nei limiti delle presenti, brevissime, note, va tuttavia rilevato che il riferimento alla figura del contatto sociale non appare del tutto appropriato. Come è noto, la dottrina ritiene che il contatto sociale si configuri quando tra due soggetti, non legati da un rapporto contrattuale in senso stretto, si determina una relazione non episodica [40]. La giurisprudenza, dal canto suo, ha ricondotto alla categoria del contatto sociale, concepita come una vera e propria fonte di obbligazioni [41], diverse ipotesi in cui, generalmente, un soggetto svolge delle attività per cui sono necessarie particolari competenze e conoscenze [42]. In particolare, il c.d. contatto sociale qualificato si configurerebbe quando i consociati possono ragionevolmente fare *affidamento* l'uno nei confronti dell'altro ed imporrebbe un dovere di solidarietà "adeguatamente qualificato secondo la coscienza sociale del momento storico", anche in assenza di un rapporto negoziale [43]. Questi reciproci doveri di protezione dei rispettivi interessi non corrispondono al generale obbligo del *neminem laedere*, ma sono fondati proprio sull'art. 1175 cod. civ. [44] e derivano dal legame che si è determinato tra le parti. Con grande chiarezza e rigore dogmatico, tale ultima disposizione è stata definita una fonte autonoma di obblighi di protezione attraverso cui

---

osservazioni critiche di A. ZACCARIA, *La "teoria" del "contatto sociale"*, in *Studium Iuris*, 2018, ID., *"Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci,* 2017, in *juscivile,* 185 ss., ID., *La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 77 ss.

[40] In questi termini, M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, 2020, 510-511 che, per quanto riguarda la responsabilità da contatto sociale, fa riferimento alla relazione medico-paziente o studente-professore.

[41] Si tratterebbe, infatti, di obbligazioni che sorgono, *ex* art. 1173 cod. civ., da "qualunque altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". Cfr. Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro it.,* 2016, voce: «Contratto in genere, atto e negozio giuridico», I, cc. 2685 ss. In senso critico, A. ZACCARIA, *La "teoria",* cit., 594 ss.

[42] A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa,* cit., 98. In particolare, l'elaborazione giurisprudenziale della categoria comincia dalla pronuncia della Corte di Cassazione in cui si è ricondotto al contatto sociale il rapporto tra il medico di una struttura sanitaria e il proprio paziente (Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.,* 1999, I, cc. 3332 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* in *Corr. giur*., 1999, 441 ss.). Tale ipotesi, adesso, è disciplinata dalla l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge "Gelli-Bianco") come una fattispecie di responsabilità extracontrattuale (*ex multis,* G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr*., 2017, 728 ss.). Il contatto sociale è stato, però, nel corso degli anni, usato dalla giurisprudenza anche per descrivere la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti dei pazienti, dell'insegnante di un allievo che abbia arrecato un danno a sé stesso, dell'istituto scolastico, del notaio anche in mancanza di un contratto di prestazione d'opera professionale, del mediatore, su cui v. *infra,* nota 49*,* nonché della pubblica amministrazione nei confronti del privato, nei rapporti dei privati con le banche e in materia penale. Per una casistica, v. sempre, A. ZACCARIA, *La resistibile ascesa,* cit., 97 ss.

[43] A. ZACCARIA, *La teoria,* cit., 594 ss.

[44] L. MENGONI, *Responsabilità,* cit., 1098.

potrebbe applicarsi la responsabilità per inadempimento nel caso in cui una delle parti tra cui si è creato il contatto sociale subisca un pregiudizio alla propria sfera giuridica [45].

Nel caso in esame, per valutare se il richiamo al contatto sociale sia effettivamente pertinente, bisogna considerare quella nozione di "medesimo fatto costitutivo", alla quale la Corte riconduce il rapporto professionale tra le parti [46]. Ebbene, se a questo scopo si prendono in considerazioni proprio le fattispecie di rapporti ripetutamente richiamati dalla Corte, cioè quelle dei corrispettivi dovuti in conseguenza di forniture rese in esecuzione dello stesso contratto quadro ovvero quelle dei compensi dovuti per diversi incarichi nell'ambito di un contratto di consulenza professionale, ci si avvede che trattasi di casi in cui, a monte, tra le parti vi è un vero e proprio contratto, comunque un rapporto che gravita nell'ambito problematico delle relazioni negoziali. Circostanza che, per definizione, è assente nella condivisa configurazione del contatto sociale: categoria elaborata per disciplinare, semmai, situazioni relazionali che prescindono dalla presenza di un contratto.

Si tratta, allora, di chiedersi se, piuttosto che adoperare la categoria del contatto sociale, quando vi siano numerosi contratti dello stesso tipo, susseguitisi nel tempo con continuità e regolarità, si possa ricondurre tale complessivo rapporto sviluppato tra le parti ad una dimensione del tutto negoziale, anzi – più precisamente – ad un'unica fonte contrattuale, attraverso un'adeguata ricostruzione della causa in concreto del negozio, categoria idonea a rappresentare l'aspetto funzionale dell'attività contrattuale dei privati anche in presenza di una pluralità di singoli atti [47]. Da tale fonte discenderebbero, allora, gli obblighi di comportarsi secondo correttezza e buona fede, senza necessità di interpretare in maniera estensiva la nozione di unico rapporto obbligatorio ed evitando il ricorso alla (incerta) figura del contatto sociale [48].

---

[45] AA.VV., *I cinquant'anni del codice civile. Atti del convegno di Milano, 4-6 giugno 1992*, vol. I, L. MENGONI, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 1993, 245.

[46] Cass. 24 maggio 2021, n. 14143, cit., punto 14.10, 17 s.

[47] Sulla causa in concreto, vedi V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito,* in *Riv. dir. civ.,* 2013, 957-988, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo,* in *Riv. dir. civ.,* 2014, 251 ss., ID., *La causa,* in *Diritto civile. Il contratto,* 3, Giuffrè, 2019, spec. 410 ss.

Amplius, tra i molti, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza,* Cedam, 2015, *passim.* Recentemente, R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, *passim.*

[48] In passato è stato osservato che la Corte di Cassazione ha fatto ricorso al contatto sociale per estendere l'area della responsabilità civile, anche quando ciò, forse, non era davvero necessario. Ci si riferisce, ad esempio, alla sentenza del 14 luglio 2009, n. 16382, in *Rep., Foro it.,* 2009, voce: «Mediazione e mediatore», n. 50, in cui l'obbligo del mediatore di fornire alla parte intermediata delle informazioni esatte è stato ricondotto al contatto sociale. Tale impostazione è stata fortemente criticata, in quanto tale obbligo troverebbe la

In altri termini, un simile assetto di rapporti potrebbe essere ricondotto ad un'unica operazione economica perseguita dalle parti, in funzione del medesimo interesse [49]. Con quest'ultima nozione la dottrina fa riferimento all'operazione negoziale nella sua unitarietà e complessità, composta dal regolamento, dagli atti e dagli elementi che determinano un organico assetto di interessi [50]. Attraverso il ricorso alla categoria dell'operazione economica si potrebbe così raggiungere una tutela più adeguata delle ragioni del debitore, senza "forzare" la figura del contatto sociale [51] che, nel caso di specie, per quanto si ha avuto modo di rilevare, non appare del tutto persuasiva, e dando ugualmente rilievo alle concrete vicende dei rapporti tra parti.

7. – Nel provvedimento oggetto della presente riflessione, la Corte, anche se non vi fa espresso richiamo, sembra quasi sottendere, nelle sue argomentazioni, il riferimento all'*exceptio doli generalis* [52]. Si tratta, come è noto, di quel principio, ormai parte del

---

propria fonte legale già nell'art. 1759 cod. civ., che impone al mediatore di comunicare alle parti le circostanze, a lui note, che possono influire sulla conclusione di un affare. A. ZACCARIA, *La teoria,* cit., 596.

[49] Per il rapporto tra unica operazione economica e causa in concreto, v. E. GABRIELLI, *Autonomia,* cit., 460-467. Nega l'autonomia della nozione di operazione economica rispetto alla causa in concreto del contratto A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, 2019, 210.

[50] E. GABRIELLI, *Autonomia,* cit*.,* 446.

[51] In merito, C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in *NGCC,* 2020, 1162, per cui il rischio di immettere nel sistema "contatti sociali non fondati su elementi ordinamentali" potrebbe condurre ad un'espansione incontrollata dell'area della responsabilità civile.

[52] Sostiene che il Collegio adoperi, pur senza espressamente farvi riferimento, l'*exceptio doli generalis* nel trattare la fattispecie della domanda frazionata, nelle Sezioni Unite del 2007 e del 2017, già citate, T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, 2018, 130. L*'exceptio doli generalis seu presentis* è figura che, nel diritto romano, rappresentava un'arma del convenuto per respingere pretese attoree che, sebbene fondate sullo *ius civile,* si presentavano inique, tenuto conto delle relazioni e del rapporto tra le parti. Il "dolo generale", dunque, era una forma, per così dire, impropria di dolo, che si verificava nella cornice del processo, e che si differenziava dal "dolo speciale o *praeteritus*", il dolo, cioè, oggi inteso come vizio della volontà (in part., T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione*, cit., 123 ss.). Nella nostra giurisprudenza, la figura ha trovato applicazione soprattutto con riferimento al contratto autonomo di garanzia, nell'ambito del pagamento a prima richiesta. L'eccezione di dolo generale, quando viene adoperata, si concretizza nelle ipotesi in cui "l'esercizio del diritto avviene in maniera tendenzialmente maliziosa" (F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv*., Utet, 1991, 324). Sull'*exceptio doli generalis*, inoltre, tra i molti, A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis,* in *Enc. giur.,* Treccani, 1997, 1 ss. L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali,* Cedam, 2006, in cui, con riferimento al problema della domanda frazionata, si veda, in part., T. DALLA MASSARA, *Eccezione di dolo generale, exceptio litis dividuae e domande frazionata*, *ivi*, 251 s.; nonché il lavoro monografico di G. MERUZZI, *L'exceptio doli. Dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, 2005.

diritto vivente, in forza del quale una domanda che, per il modo in cui sia proposta, risulti scorretta e "non conforme ai principi etici" del nostro ordinamento, di per sé non merita accoglimento [53]. Infatti, i giudici sottolineano che il frazionamento della domanda può incidere "negativamente tanto sulla *'giustizia' sostanziale della decisione* […] quanto sulla ragionevole durata dei processi" [54] e, in tali casi, la relativa domanda può essere respinta [55].

Tuttavia, la Cassazione ricorda, comunque, condivisibilmente, che nella valutazione di liceità del frazionamento delle pretese creditorie, ciò che è dirimente è la sussistenza di un interesse apprezzabile del creditore [56]. Proprio l'interesse ad agire, quale modalità di individuazione dell'oggetto dell'accertamento, dovrebbe essere allora lo strumento per verificare se i singoli crediti derivanti da un rapporto obbligatorio unitario possano essere dedotti in giudizio separatamente [57]. A tale proposito, è stato autorevolmente osservato che, nel caso in cui non vi sia un interesse, concreto ed attuale, ad azionare in diversi giudizi i crediti afferenti allo stesso rapporto, la domanda dell'attore va rigettata in rito, per carenza di una condizione dell'azione, senza ricorrere alla figura dell'abuso del processo. La pronuncia di rito non preclude, d'altra parte, la proposizione, in futuro, di una nuova domanda relativa all'intero credito [58]. Come è stato, pertanto, affermato: "*La domanda 'frazionata' non sarà sempre inammissibile o, viceversa, sempre ammissibile: la*

---

[53] T. DALLA MASSARA, *La domanda,* cit., 353-354.

[54] Cass. 24 maggio 2021, n. 14143, cit., punto 14.14, 22.

[55] Va ricordato che l'*exceptio doli generalis* imporrebbe un rigetto *nel merito* della domanda proposta, a differenza, invece, del rigetto in rito che si verifica nelle ipotesi di abuso degli strumenti processuali (C. CONSOLO, *Spiegazioni, I*, cit., 603). La differenza è essenziale, in quanto nel primo caso, una volta respinta la domanda, sulla pronuncia cadrebbero gli effetti preclusivi del giudicato; nel secondo caso, la sentenza di rito, come è noto, è suscettibile di passare in giudicato soltanto formale, con conseguente riproponibilità della domanda in un successivo giudizio. Anche per tale ragione, è auspicabile che l'improponibilità della domanda frazionata risulti in un rigetto nel rito, in modo da non dar luogo a vuoti di tutela. In giurisprudenza, Cass. 24 maggio 2021, n. 14143, cit., 25 ss.; Cass. 16 aprile 2019, n. 10641, in *Rep. Foro. it.,* voce «Cosa giudicata civile», n. 8; Cass. 22 ottobre 2020, n. 23130, in *Rep. Foro. it.,* voce «Cosa giudicata civile», n. 9; Cass. 11 giugno 2008, n. 15476, in *Rep. Foro. it.,* voce «Procedimento civile», n. 74.

[56] Dall'ordinanza: "*Tale divieto processuale non opera quando l'attore abbia un interesse oggettivo, il cui accertamento compete al giudice di merito, ad azionare in giudizio solo uno, o solo alcuni, dei crediti sorti nell'ambito della suddetta relazione unitaria tra le parti. La violazione dell'enunciato divieto processuale è sanzionata con l'improponibilità della domanda, ferma restando la possibilità di riproporre in giudizio la domanda medesima, in cumulo oggettivo, ai sensi dell'art. 104 c.p.c., con tutte le altre domande relative agli analoghi crediti sorti nell'ambito della menzionata relazione unitaria tra le parti*". Cass. 24 maggio 2021, n. 14143, cit., punto 15, 24 s.

[57] M. MARINELLI, *La clausola,* cit., 159-161, nt. 353.

[58] C. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 602-603.

deduzione in giudizio di una parte della pretesa sostanziale si deve ritenere ammissibile quando sussista l'interesse di cui all'art. 100 c.p.c." [59].

In conclusione, l'ordinanza consente di riflettere sullo stretto legame tra diritto sostanziale e diritto processuale, che ben si coglie nella giurisprudenza sul frazionamento del credito. L'obbligo di comportarsi secondo buona fede sussiste fino al momento di esercizio del diritto d'azione: nella fase in cui eseguono il vincolo contrattuale le parti tendono alla realizzazione di un progetto comune; il processo, invece, è un "duello", nel quale "gli avversari devono combattere lealmente" [60].

La buona fede, in sede processuale, quindi, si rivela funzionale all'esigenza di valutare unitariamente un quadro probatorio complesso, di non dar luogo ad accertamenti contrastanti, di assicurare la speditezza dei giudizi ed il principio di effettività [61].

Si ha l'impressione, infatti, che, nel provvedimento, a guidare il Collegio siano soprattutto i valori dell'efficienza e dell'economia processuale, spesso richiamati. Assicurare tali valori sembra, in definitiva, la ragione principale per cui la Corte si serve dello *strumento* della buona fede per censurare la domanda frazionata.

---

[59] M. MARINELLI, *La clausola,* cit., p. 161, nt. 353.

[60] S. PATTI, *Le clausole,* cit., 32.

[61] Sul principio di effettività, vedi, in particolare, G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile),* in *Enc. dir., Ann.,* X, Giuffrè, 2017, 381-407, nonché, anche se in una prospettiva non del tutto coincidente, P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto proc. civ.,* 2011, 1 ss.

Di recente, M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività,* in *Eur. dir. priv.,* 2018, 1071 ss. e, per una prospettiva di diritto europeo, H. MICKLITZ, *The ECJ between the individual citizen and the member states – a plea for a judge-made European law on remedies,* in *EUI Working Paper, Law,* Cadmus EUI, 2011 e le riflessioni di F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale",* in *Eur. dir. priv.,* 2015, 233 ss.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, SEZ. VIII, SENTENZA 12 MARZO 2020, C-832/18

Il guasto di un componente c.d. on condition (vale a dire quello da sostituire solo in caso di avaria del componente precedente), nel caso in cui il vettore aereo ne tiene sempre uno di ricambio in magazzino, non integra una "circostanza eccezionale" ai sensi dell'art. 5, par. 3, reg. 261/2004, a meno che un simile guasto costituisca un evento, per la sua natura od origine, inerente al "normale" esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e che sfugge all'effettivo controllo di quest'ultimo.

Un passeggero aereo che ha beneficiato di una compensazione pecuniaria a causa della cancellazione di un volo ed ha accettato un volo alternativo può pretendere che gli sia riconosciuta una compensazione pecuniaria ulteriore per il ritardo di quest'ultimo, qualora tale ritardo si sia protratto per un numero di ore tale da dar diritto a una compensazione ai sensi dell'art. 7, par. 1, reg. 261/2004 e il vettore del volo alternativo sia lo stesso del volo cancellato.

Nella causa C-832/18,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dallo Helsingin hovioikeus (Corte d'appello di Helsinki, Finlandia), con decisione del 20 dicembre 2018, pervenuta in cancelleria il 21 dicembre 2018, nel procedimento

Omissis

contro

Omissis,

LA CORTE (OTTAVA SEZIONE)

O*missis*

SENTENZA

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 5 e 7 del regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai

passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91 (GU 2004, L 46, pag. 1).

2. La presente domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra otto passeggeri aerei e la compagnia aerea Finnair Oyj, in merito a una domanda di compensazione pecuniaria conseguente al ritardo di un volo alternativo proposto da quest'ultima.

Contesto normativo

3. Ai sensi dei considerando 1 e 2, nonché da 12 a 15 del regolamento n. 261/2004:

«1) L'intervento della Comunità nel settore del trasporto aereo dovrebbe mirare, tra le altre cose, a garantire un elevato livello di protezione per i passeggeri. Andrebbero inoltre tenute in debita considerazione le esigenze in materia di protezione dei consumatori in generale.

2) Il negato imbarco, la cancellazione del volo o i ritardi prolungati sono causa di gravi disagi e fastidi per i passeggeri.

(...)

12) Sarebbe anche opportuno limitare i disagi e i fastidi causati dalla cancellazione di un volo. Per conseguire tale obiettivo si dovrebbe esigere che i vettori aerei informino della cancellazione del volo i passeggeri interessati prima dell'ora prevista per la partenza e offrano altresì loro di proseguire il viaggio con un volo alternativo ragionevole, affinché essi possano decidere diversamente. Se non ottemperano a questo obbligo i vettori aerei dovrebbero offrire una compensazione pecuniaria ai passeggeri, salvo qualora la cancellazione sia dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso.

13) I passeggeri il cui volo è cancellato dovrebbero poter ottenere il rimborso del prezzo del biglietto o avere la possibilità di proseguire il viaggio con un volo alternativo in condizioni soddisfacenti, e dovrebbero beneficiare di un'adeguata assistenza durante il periodo di attesa di un volo successivo.

14) Come previsto ai sensi della convenzione di Montreal, gli obblighi che incombono ai vettori aerei operativi dovrebbero essere limitati o dovrebbero non applicarsi nei casi in cui un evento è dovuto a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso. Siffatte circostanze possono, in particolare, ricorrere in caso di instabilità politica, condizioni meteorologiche incompatibili con l'effettuazione del volo in questione, rischi per la sicurezza, improvvise carenze del volo sotto il profilo della sicurezza e scioperi che si ripercuotono sull'attività di un vettore aereo operativo.

15) Dovrebbe essere considerata una circostanza eccezionale il caso in cui l'impatto

di una decisione di gestione del traffico aereo in relazione ad un particolare aeromobile in un particolare giorno provochi un lungo ritardo, un ritardo che comporti un pernottamento o la cancellazione di uno o più voli per detto aeromobile, anche se tutte le ragionevoli misure sono state adottate dal vettore aereo interessato per evitare ritardi o cancellazioni».

4. L'articolo 2, lettera l), di tale regolamento così dispone:

«Ai fini del presente regolamento, si intende per:

(...)

l) "cancellazione del volo": la mancata effettuazione di un volo originariamente previsto e sul quale sia stato prenotato almeno un posto».

5. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafi 1 e 2, del citato regolamento:

«1. Il presente regolamento si applica:

a) ai passeggeri in partenza da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro soggetto alle disposizioni del trattato;

b) ai passeggeri in partenza da un aeroporto situato in un paese terzo a destinazione di un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro soggetto alle disposizioni del trattato, salvo se i suddetti passeggeri hanno ricevuto benefici o una compensazione pecuniaria e assistenza nel paese terzo in questione, qualora il vettore aereo operante il volo in questione sia un vettore comunitario.

2. Il paragrafo 1 si applica a condizione che i passeggeri:

a) dispongano di una prenotazione confermata sul volo in questione e, tranne nei casi di cancellazione di cui all'articolo 5, si presentino all'accettazione:

– secondo le modalità stabilite e all'ora precedentemente indicata per iscritto (anche per via elettronica) dal vettore aereo, operatore turistico o agente di viaggio autorizzato,

oppure, qualora non sia indicata l'ora,

– al più tardi quarantacinque minuti prima dell'ora di partenza pubblicata; o

b) siano stati trasferiti da un vettore aereo o da un operatore turistico dal volo per il quale possedevano una prenotazione ad un altro volo, indipendentemente dal motivo».

6. L'articolo 5 del regolamento n. 261/2004, intitolato «Cancellazione del volo», prevede quanto segue:

«1. In caso di cancellazione del volo, ai passeggeri coinvolti:

a) è offerta l'assistenza del vettore operativo a norma dell'articolo 8;

b) è offerta l'assistenza del vettore operativo a norma dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), e dell'articolo 9, paragrafo 2, nonché, in caso di volo alternativo quando l'orario di partenza che si può ragionevolmente prevedere per il nuovo volo è rinviato di almeno

un giorno rispetto all'orario di partenza previsto per il volo cancellato, l'assistenza di cui all'articolo 9, paragrafo 1, lettere b) e c); e

c) spetta la compensazione pecuniaria del vettore aereo operativo a norma dell'articolo 7, a meno che:

i) siano stati informati della cancellazione del volo almeno due settimane prima dell'orario di partenza previsto; oppure

ii) siano stati informati della cancellazione del volo nel periodo compreso tra due settimane e sette giorni prima dell'orario di partenza previsto e sia stato loro offerto di partire con un volo alternativo non più di due ore prima dell'orario di partenza previsto e di raggiungere la destinazione finale meno di quattro ore dopo l'orario d'arrivo previsto; oppure

iii) siano stati informati della cancellazione del volo meno di sette giorni prima dell'orario di partenza previsto e sia stato loro offerto di partire con un volo alternativo non più di un'ora prima dell'orario di partenza previsto e di raggiungere la destinazione finale meno di due ore dopo l'orario d'arrivo previsto.

2. Insieme alla cancellazione del volo, i passeggeri sono informati delle eventuali alternative di trasporto possibili.

3. Il vettore aereo operativo non è tenuto a pagare una compensazione pecuniaria a norma dell'articolo 7, se può dimostrare che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso.

4. L'onere della prova, per quanto riguarda se e quando il passeggero è stato avvertito della cancellazione del volo, incombe al vettore aereo operativo».

7. Ai sensi dell'articolo 7 del medesimo regolamento, intitolato «Diritto a compensazione pecuniaria»:

«1. Quando è fatto riferimento al presente articolo, i passeggeri ricevono una compensazione pecuniaria pari a:

a) 250 EUR per tutte le tratte aeree inferiori o pari a 1 500 chilometri;

b) 400 EUR per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1 500 chilometri e per tutte le altre tratte comprese tra 1 500 e 3 500 chilometri;

c) 600 EUR per le tratte aeree che non rientrano nelle lettere a) o b).

Nel determinare la distanza si utilizza come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo.

2. Se ai passeggeri è offerto di raggiungere la loro destinazione finale imbarcandosi su un volo alternativo a norma dell'articolo 8, il cui orario di arrivo non supera:

a) di due ore, per tutte le tratte aeree pari o inferiori a 1 500 km; o

b) di tre ore, per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1 500 km e per tutte le altre tratte aeree comprese fra 1 500 e 3 500 km; o

c) di quattro ore, per tutte le tratte aeree che non rientrano nei casi di cui alle lettere a) o b),

l'orario di arrivo previsto del volo originariamente prenotato, il vettore aereo operativo può ridurre del 50% la compensazione pecuniaria di cui al paragrafo 1.

3. La compensazione pecuniaria di cui al paragrafo 1 è pagata in contanti, mediante trasferimento bancario elettronico, con versamenti o assegni bancari, o, previo accordo firmato dal passeggero, con buoni di viaggio e/o altri servizi.

4. Le distanze di cui ai paragrafi 1 e 2 sono misurate secondo il metodo della rotta ortodromica».

8. L'articolo 8, paragrafo 1, del suddetto regolamento prevede quanto segue:

«Quando è fatto riferimento al presente articolo, al passeggero è offerta la scelta tra:

a) – il rimborso entro sette giorni, secondo quanto previsto nell'articolo 7, paragrafo 3, del prezzo pieno del biglietto, allo stesso prezzo al quale è stato acquistato, per la o le parti di viaggio non effettuate e per la o le parti di viaggio già effettuate se il volo in questione è divenuto inutile rispetto al programma di viaggio iniziale del passeggero, nonché, se del caso:

– un volo di ritorno verso il punto di partenza iniziale, non appena possibile;

b) il riavviamento verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, non appena possibile; o

c) il riavviamento verso la destinazione finale, in condizioni di trasporto comparabili, ad una data successiva di suo gradimento, a seconda delle disponibilità di posti».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

9. Gli attori nel procedimento principale hanno prenotato, presso la Finnair, un volo diretto con partenza da Helsinki (Finlandia) e destinazione Singapore.

10. Tale volo era previsto per l'11 ottobre 2013, alle ore 23:55. Tuttavia, esso veniva cancellato a causa di un problema tecnico verificatosi nell'apparecchio.

11. Dopo aver accettato l'offerta di Finnair, gli attori nel procedimento principale venivano imbarcati sul volo alternativo con coincidenza Helsinki-Singapore via Chongqing (Cina), con partenza prevista per il giorno successivo, 12 ottobre 2013, alle ore 17:40, con arrivo a Singapore previsto per il 13 ottobre, alle ore 17:25.

12. La Finnair era il vettore aereo operativo per il volo alternativo Helsinki-Chongqing-Singapore.

13. Tuttavia, a causa del guasto a un servocomando del timone dell'apparecchio in questione, il loro volo alternativo subiva un ritardo. Essi giungevano quindi a Singapore il 14 ottobre 2013, alle ore 00:15.

14. Gli attori nel procedimento principale hanno promosso un'azione contro la Finnair dinanzi allo Helsingin käräjäoikeus (Tribunale di primo grado di Helsinki, Finlandia), chiedendo la condanna della compagnia aerea al pagamento dell'importo di EUR 600 più interessi, in favore di ciascuno di essi, a causa della cancellazione del volo originario Helsinki-Singapore. Inoltre, gli attori hanno chiesto altresì la condanna della Finnair al pagamento di un importo pari a EUR 600 più interessi, in favore di ciascuno di essi, per il ritardo di oltre tre ore all'arrivo del volo alternativo Helsinki-Chongqing-Singapore.

15. La Finnair ha riconosciuto a ciascuno degli attori una compensazione pecuniaria di EUR 600 per la cancellazione del volo originario Helsinki-Singapore. Per contro, la compagnia ha rifiutato di accogliere la loro seconda domanda di compensazione pecuniaria. La Finnair ha sostenuto che tale domanda non era fondata, rilevando che il regolamento n. 261/2004 non impone al vettore aereo l'obbligo di pagare una compensazione pecuniaria al passeggero il cui volo è stato cancellato, in caso di ritardo del volo alternativo che gli è stato successivamente proposto. In aggiunta, la Finnair ha fatto valere che il volo alternativo, accettato dagli attori nel procedimento principale, aveva subito un ritardo a causa di circostanze eccezionali, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, del suddetto regolamento.

16. Con sentenza del 21 giugno 2017, lo Helsingin käräjäoikeus (Tribunale di primo grado di Helsinki) ha respinto la domanda di compensazione pecuniaria presentata dagli attori nel procedimento principale per il ritardo del volo alternativo, ritenendo che il regolamento n. 261/2004 non desse diritto a una compensazione pecuniaria a questo titolo. Pertanto, tale giudice non ha preso posizione sulla questione di stabilire se il guasto tecnico che aveva causato il ritardo del volo alternativo costituisse una circostanza eccezionale ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento suddetto.

17. Gli attori nel procedimento principale hanno impugnato tale sentenza dinanzi allo Helsingin hovioikeus (Corte d'appello di Helsinki, Finlandia) e hanno di chiesto di condannare la Finnair a corrispondere a ciascuno di essi una compensazione pecuniaria di EUR 600 più interessi per il ritardo del volo alternativo Helsinki-Chongqing-Singapore.

18. La Finnair ha chiesto il rigetto del ricorso, sostenendo, da un lato, che gli attori nel procedimento principale non potevano pretendere una seconda compensazione pecuniaria in forza del regolamento n. 261/2004 e, dall'altro lato, che il volo alternativo ave-

va subito un ritardo dovuto a «circostanze eccezionali», ai sensi di detto regolamento. Essa fa valere che uno dei tre servocomandi del timone che permettono il pilotaggio dell'aeromobile utilizzato per effettuare il volo suddetto aveva subito un guasto, precisando, in proposito, che tale aeromobile era un Airbus A330, il cui costruttore aveva annunciato (in un follow-up tecnico) che diversi apparecchi dello stesso modello presentavano un vizio occulto di fabbricazione o di progettazione che riguardava i servocomandi del timone. Inoltre, il servocomando del timone sarebbe un pezzo cosiddetto «on condition», che verrebbe sostituito con un pezzo nuovo soltanto in caso di guasto del pezzo precedente.

19. Ciò considerato, lo Helsingin hovioikeus (Corte di appello di Helsinki) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il regolamento n. 261/2004 debba essere interpretato nel senso che un passeggero ha diritto a una nuova compensazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, qualora abbia ricevuto una compensazione pecuniaria per un volo cancellato, il vettore aereo che effettua il volo riprenotato sia lo stesso del volo cancellato e anche il volo riprenotato in seguito al volo cancellato subisca, rispetto all'orario di arrivo previsto, un ritardo tale da giustificare una compensazione pecuniaria.

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se il vettore aereo operativo possa invocare circostanze eccezionali ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento n. 261/2004, qualora, a seguito di un follow-up tecnico da parte del costruttore dell'aeromobile, relativo a un apparecchio già in uso, il pezzo oggetto del documento in questione sia di fatto trattato come pezzo "on condition", vale a dire come pezzo utilizzato fino a quando non si guasti, e il vettore aereo operativo si sia preparato alla sostituzione del pezzo di cui trattasi tenendo sempre disponibile un pezzo di ricambio».

SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

Sulla prima questione

20. Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il regolamento n. 261/2004, e segnatamente il suo articolo 7, paragrafo 1, debba essere interpretato nel senso che un passeggero aereo, che ha beneficiato di una compensazione pecuniaria a causa della cancellazione di un volo ed ha accettato il volo alternativo che gli è stato proposto, possa pretendere che gli sia riconosciuta una compensazione pecuniaria per il ritardo del volo alternativo, qualora tale ritardo si sia protratto per un numero di ore tale da dar diritto a una compensazione pecuniaria e il vettore aereo del volo alternativo sia lo stesso del volo cancellato.

21. A tale riguardo, occorre rammentare che, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), del regolamento n. 261/2004, in combinato disposto con l'articolo 8, paragrafo 1, di detto regolamento, in caso di cancellazione del volo, ai passeggeri coinvolti vengono offerte dal vettore aereo operativo tre diverse forme di assistenza, vale a dire il rimborso del biglietto abbinato, se del caso, a un volo di ritorno verso il punto di partenza iniziale, oppure un riavviamento verso la loro destinazione finale, non appena possibile, oppure un siffatto riavviamento ad una data successiva di loro gradimento, a seconda delle disponibilità dei posti.

22. Nel procedimento principale, in seguito alla cancellazione del volo prenotato dai passeggeri in questione, la Finnair ha pagato loro una compensazione pecuniaria in applicazione dell'articolo 7 del regolamento n. 261/2004 e ha proposto loro, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, di tale regolamento, un riavviamento, che essi hanno accettato. Tuttavia, a causa di un guasto tecnico dell'apparecchio utilizzato per effettuare il volo alternativo, essi sono giunti alla loro destinazione con un ritardo di oltre sei ore rispetto all'orario di arrivo previsto nell'offerta che avevano accettato.

23. La Corte ha dichiarato che si deve ritenere che i passeggeri di voli ritardati siano titolari del diritto alla compensazione pecuniaria previsto dall'articolo 5, paragrafo 1, lettera c), in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 1, del regolamento n. 261/2004, quando giungano alla loro destinazione finale tre ore o più dopo l'orario di arrivo originariamente previsto dal vettore aereo (v., in tal senso, sentenze del 19 novembre 2009, Sturgeon e a., C-402/07 e C-432/07, EU:C:2009:716, punto 61, nonché del 23 ottobre 2012, Nelson e a., C-581/10 e C-629/10, EU:C:2012:657, punto 38).

24. In un caso come quello di cui al procedimento principale, si pone, pertanto, la questione di stabilire se il diritto alla compensazione pecuniaria spettante ai passeggeri dei voli ritardati, menzionato al punto precedente, possa essere altresì fatto valere dai passeggeri che, a causa della cancellazione del loro volo per la quale hanno ricevuto una compensazione pecuniaria, abbiano accettato un volo alternativo proposto dal vettore aereo, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, del regolamento n. 261/2004, e abbiano raggiunto la loro destinazione finale tre ore o più dopo l'orario di arrivo previsto dal vettore aereo per tale volo alternativo.

25. Al riguardo, occorre osservare che l'articolo 3 del regolamento n. 261/2004, il quale determina l'ambito di applicazione di quest'ultimo, stabilisce, al paragrafo 2, che il regolamento suddetto si applica a condizione che i passeggeri dispongano di una prenotazione confermata sul volo in questione oppure siano stati trasferiti da un vettore aereo o da un operatore turistico dal volo per il quale possedevano una prenotazione ad un altro volo, indipendentemente dal motivo.

26. Da tale disposizione discende che il regolamento n. 261/2004 si applica, tra l'altro, a una situazione nella quale un passeggero aereo sia stato trasferito dal vettore aereo, in seguito alla cancellazione del volo da lui prenotato, su un volo alternativo verso la sua destinazione finale.

27. Orbene, si deve osservare che il regolamento n. 261/2004 non contiene alcuna disposizione che preveda una limitazione dei diritti dei passeggeri nell'ambito del riavviamento – come nella situazione di cui al procedimento principale –, ivi compresa un'eventuale limitazione del loro diritto a compensazione pecuniaria.

28. Ne consegue che, in virtù della giurisprudenza citata al punto 23 della presente sentenza, il passeggero aereo il quale, dopo aver accettato il volo alternativo proposto dal vettore aereo in seguito alla cancellazione del suo volo, ha raggiunto la sua destinazione finale tre ore o più dopo l'orario di arrivo originariamente previsto dal vettore aereo per il volo alternativo, beneficia del diritto a compensazione pecuniaria.

29. Tale interpretazione è corroborata, in particolare, da due altre considerazioni.

30. Da un lato, dal considerando 2 del regolamento n. 261/2004 deriva che quest'ultimo mira a rimediare ai gravi disagi e fastidi causati dal negato imbarco, dalla cancellazione del volo o da ritardi prolungati.

31. Orbene, i passeggeri che hanno subito cancellazioni o ritardi prolungati, come quelli di cui al procedimento principale, hanno sopportato simili disagi, tanto in relazione alla cancellazione del volo da essi inizialmente prenotato, quanto successivamente, a causa del ritardo prolungato del loro volo alternativo. Di conseguenza, risulta conforme all'obiettivo consistente nel rimediare a tali gravi disagi riconoscere ai passeggeri suddetti un diritto a compensazione pecuniaria per ciascuno di tali disagi successivi.

32. Dall'altro lato, in una situazione siffatta, se il vettore aereo non fosse tenuto ad offrire alcuna compensazione pecuniaria, alle condizioni previste, ai passeggeri coinvolti, la violazione dell'obbligo di assistenza impostogli dall'articolo 8, paragrafo 1, del regolamento n. 261/2004 resterebbe senza conseguenze. Dato che l'obbligo di offrire una compensazione pecuniaria ha incontestabilmente effetti incentivanti sul vettore in questione riguardo all'attuazione concreta di tale assistenza, l'assenza delle conseguenze suddette comporterebbe che il rispetto del diritto al riavviamento dei passeggeri verrebbe compromesso, il che sarebbe contrario all'obiettivo di garantire un elevato livello di protezione, enunciato nel considerando 1 di tale regolamento.

33. Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve rispondere alla prima questione dichiarando che il regolamento n. 261/2004, e segnatamente il suo articolo 7, paragrafo 1, deve essere interpretato nel senso che un passeggero aereo, che ha beneficiato di una

compensazione pecuniaria a causa della cancellazione di un volo ed ha accettato il volo alternativo che gli è stato proposto, può pretendere che gli sia riconosciuta una compensazione pecuniaria per il ritardo del volo alternativo, qualora tale ritardo si sia protratto per un numero di ore tale da dar diritto a una compensazione pecuniaria e il vettore aereo del volo alternativo sia lo stesso del volo cancellato.

Sulla seconda questione

34. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento n. 261/2004 debba essere interpretato nel senso che un vettore aereo possa invocare, per essere esonerato dal suo obbligo di compensazione pecuniaria, «circostanze eccezionali», ai sensi di tale disposizione, con riferimento a un guasto di un pezzo cosiddetto «on condition», vale a dire un pezzo che viene sostituito soltanto in caso di guasto del pezzo precedente, allorché tiene sempre un pezzo di ricambio a magazzino.

35. Si deve innanzitutto osservare che, come già evidenziato al punto 11 delle raccomandazioni della Corte all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (GU 2018, C 257, pag. 1), se è vero che per rendere la propria decisione la Corte prende necessariamente in considerazione il contesto di diritto e di fatto della controversia principale, come definito dal giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, essa non applica direttamente il diritto dell'Unione a tale controversia. Quando si pronuncia sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, la Corte cerca di dare una risposta utile per la definizione della controversia principale, ma spetta al giudice del rinvio trarne le conseguenze concrete.

36. È alla luce di tali raccomandazioni che la Corte cercherà di fornire al giudice del rinvio gli elementi utili alla soluzione della controversia di cui è investito.

37. A tale riguardo, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento n. 261/2004, letto alla luce dei suoi considerando 14 e 15, il vettore aereo, in deroga alle disposizioni del paragrafo 1 dello stesso articolo, è esonerato dal suo obbligo di compensazione pecuniaria dei passeggeri a norma dell'articolo 7 di tale regolamento se può dimostrare che la cancellazione o il ritardo del volo di durata pari o superiore a tre ore all'arrivo sono dovuti a «circostanze eccezionali» che non si sarebbero potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso o, qualora si verifichi una siffatta circostanza, se può dimostrare di aver adottato le misure adeguate alla situazione avvalendosi di tutti i mezzi di cui disponeva, in termini di personale, di materiale e di risorse finanziarie, al fine di evitare che detta situazione comportasse la cancellazione o il ritar-

do prolungato del volo interessato (sentenza del 26 giugno 2019, Moens, C-159/18, EU:C:2019:535, punto 15 e giurisprudenza ivi citata).

38. Secondo una giurisprudenza costante, possono essere considerati «circostanze eccezionali», ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento n. 261/2004, gli eventi che, per la loro natura o per la loro origine, non sono inerenti al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfuggono all'effettivo controllo di quest'ultimo, e tali due condizioni sono cumulative (sentenze del 4 aprile 2019, Germanwings, C-501/17, EU:C:2019:288, punto 20, e del 26 giugno 2019, Moens, C-159/18, EU:C:2019:535, punto 16).

39. Ciò premesso, guasti tecnici inerenti alla manutenzione degli aeromobili non possono, in linea di principio, costituire, in quanto tali, «circostanze eccezionali» ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, di detto regolamento (v., in tal senso, sentenza del 22 dicembre 2008, Wallentin-Hermann, C-549/07, EU:C:2008:771, punto 25).

40. In effetti, la Corte ha osservato che i vettori aerei si ritrovano regolarmente a far fronte a tali difettosità, alla luce delle particolari condizioni in cui si svolge il trasporto aereo e del grado di sofisticatezza tecnologica degli aeromobili (sentenza del 4 aprile 2019, Germanwings, C-501/17, EU:C:2019:288, punto 22 e giurisprudenza ivi citata).

41. Più precisamente, non costituisce una circostanza eccezionale la prematura difettosità anche inaspettata di taluni pezzi di un aeromobile, dato che essa è, in linea di principio, intrinsecamente legata al sistema di funzionamento dell'apparecchio (v., in tal senso, sentenza del 4 aprile 2019, Germanwings, C-501/17, EU:C:2019:288, punto 21 e giurisprudenza ivi citata).

42. Orbene, a quanto risulta, il guasto di un pezzo cosiddetto «on condition», come quello di cui al procedimento principale, che il vettore aereo si è preparato a sostituire tenendo sempre un pezzo di ricambio a magazzino, costituisce – conformemente alla giurisprudenza della Corte richiamata al punto 38 della presente sentenza – un evento che, per la sua natura o per la sua origine, è inerente al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e non sfugge all'effettivo controllo di quest'ultimo, tranne nell'ipotesi in cui un simile guasto non sia intrinsecamente legato al sistema di funzionamento dell'apparecchio, circostanza che deve essere verificata dal giudice del rinvio.

43. Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento n. 261/2004 deve essere interpretato nel senso che un vettore aereo non può invocare, per essere esonerato dal suo obbligo di compensazione pecuniaria, «circostanze eccezionali», ai sensi di tale disposizione, con riferimento al guasto di un pezzo cosiddetto «on condition», vale a dire un

pezzo che viene sostituito soltanto in caso di guasto del pezzo precedente, allorché il vettore aereo tiene sempre un pezzo di ricambio a magazzino, tranne nell'ipotesi – che deve essere verificata dal giudice del rinvio – in cui un simile guasto costituisca un evento che, per la sua natura o per la sua origine, non è inerente al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfugge all'effettivo controllo di quest'ultimo, avuto riguardo tuttavia al fatto che, nei limiti in cui tale guasto sia – in linea di principio – intrinsecamente legato al sistema di funzionamento dell'apparecchio, esso non deve essere considerato un evento di questo tipo.

SULLE SPESE

Omissis

Per questi motivi, la Corte (Ottava Sezione) dichiara:

1) Il regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91, e segnatamente il suo articolo 7, paragrafo 1, deve essere interpretato nel senso che un passeggero aereo, che ha beneficiato di una compensazione pecuniaria a causa della cancellazione di un volo ed ha accettato il volo alternativo che gli è stato proposto, può pretendere che gli sia riconosciuta una compensazione pecuniaria per il ritardo del volo alternativo, qualora tale ritardo si sia protratto per un numero di ore tale da dar diritto a una compensazione pecuniaria e il vettore aereo del volo alternativo sia lo stesso del volo cancellato.

2) L'articolo 5, paragrafo 3, del regolamento n. 261/2004 deve essere interpretato nel senso che un vettore aereo non può invocare, per essere esonerato dal suo obbligo di compensazione pecuniaria, «circostanze eccezionali», ai sensi di tale disposizione, con riferimento al guasto di un pezzo cosiddetto «on condition», vale a dire un pezzo che viene sostituito soltanto in caso di guasto del pezzo precedente, allorché il vettore aereo tiene sempre un pezzo di ricambio a magazzino, tranne nell'ipotesi – che deve essere verificata dal giudice del rinvio – in cui un simile guasto costituisca un evento che, per la sua natura o per la sua origine, non è inerente al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfugge all'effettivo controllo di quest'ultimo, avuto riguardo tuttavia al fatto che, nei limiti in cui tale guasto sia – in linea di principio – intrinsecamente legato al sistema di funzionamento dell'apparecchio, esso non deve essere considerato un evento di questo tipo.

JUS CIVILE

VALERIO BRIZZOLARI

Assistente di studio presso il Consiglio superiore della Magistratura

VOLI AEREI IN RITARDO E (DOPPIA) 'COMPENSAZIONE': LA RILEVANZA DELLE CIRCOSTANZE ECCEZIONALI

SOMMARIO: *1. Il caso e le questioni. – 2. Sul ritardo del volo alternativo: duplicazione o cumulo di "compensazioni"? – 3. Sulle "circostanze eccezionali" quali "esimente". La casistica: dalle condizioni metereologiche… – 4.* Segue*. …ai guasti tecnici, anche cc.dd. on condition, e allo sciopero. La "manutenzione difensiva". – 5. Ricorrenza di una "circostanza eccezionale" e (mancata) adozione delle "misure del caso". Ulteriore requisito per l'operatività dell'"esimente". – 6. Una conclusione. Dalla responsabilità alla garanzia?*

1. – Un volo intercontinentale, a causa di un problema tecnico, viene cancellato. Il vettore, conformemente al regolamento CE 261/2004, offre ai passeggeri, che accettano, una soluzione alternativa (il c.d. riavviamento) per la medesima destinazione il giorno seguente. Il volo sostitutivo, tuttavia, subisce un ritardo di circa sei ore, dovuto alla rottura di un servocomando del timone. Gli sfortunati viaggiatori arrivano a destinazione quasi due giorni dopo la data di arrivo programmata.

Il caso approda in tribunale: alla compagnia aerea viene richiesta una "compensazione" – secondo la terminologia del reg. 261/2004 – per il ritardo e il relativo danno su entrambi i voli. Mentre la domanda viene accolta in relazione alla prima cancellazione, il vettore si rifiuta di riconoscere la somma per il ritardo del volo sostitutivo. In primo grado viene accolta la tesi della compagnia aerea: a dire del giudice finnico, il reg. 261/2004 non impone al vettore l'obbligo di pagare una compensazione pecuniaria al passeggero il cui volo è stato cancellato, in caso di ritardo del volo alternativo che gli è stato successivamente offerto. Ad ogni modo, il ritardo era comunque imputabile a un guasto tecnico, perciò, trattandosi di "circostanza eccezionale" ai sensi dell'art. 5, comma 3, medesimo Regolamento, la compensazione non era dovuta.

I passeggeri non desistono e interpongono appello. Durante il giudizio di secondo

grado, viene sollevata la questione pregiudiziale sugli artt. 5 e 7 reg. 261/2004. In particolare, alla Corte europea vengono rivolti due quesiti: *i*) se è ammissibile un'ulteriore compensazione per il ritardo prolungato del volo alternativo e *ii*) se, in tal caso, il guasto di quel particolare elemento (c.d. *on condition*, sul quale si tornerà) integra gli estremi della "circostanza eccezionale", la cui sussistenza determina il venir meno dell'obbligo di corrispondere la compensazione. La particolarità del caso era costituita dal fatto che il vettore del volo sostitutivo era lo stesso del volo originario.

La sentenza in esame arricchisce un'ampia casistica della Corte europea in tema, appunto, di circostanze eccezionali idonee a escludere il diritto alla compensazione. Si segnala che recentemente la Corte è tornata a pronunciarsi sulla seconda delle questioni poc'anzi indicate, in un caso relativo a uno sciopero del personale di volo [1]. Le considerazioni che seguono possono allora intendersi rivolte alla nozione di "circostanze eccezionali" in generale così come delineata dalla giurisprudenza europea e la pronuncia in analisi nella causa C-832/18 costituisce un'occasione per "fare il punto" sull'argomento.

2. – La prima questione, relativa al ritardo del volo alternativo, a quanto consta, non era mai stata decisa in precedenza e perciò si segnala per la sua novità. Dalla stessa pronuncia della Corte sembra emergere che non vi sono precedenti sul punto [2].

Il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il reg. 261/2004, in particolare l'art. 7, comma 1, debba essere interpretato nel senso che un passeggero, già beneficiario di una compensazione pecuniaria a causa della cancellazione del volo originario, possa pretendere che gli sia riconosciuta una compensazione ulteriore per il ritardo del volo alternativo, qualora tale ritardo si sia protratto per un numero di ore tale da dar diritto a una compensazione e il vettore aereo del volo alternativo sia lo stesso del volo cancellato.

---

[1] CGUE, 23 marzo 2021, causa C-28/20, in *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 189, secondo cui l'art. 5, par. 3, regolamento CE 261/2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione e assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento CEE 295/91, dev'essere interpretato nel senso che un movimento di sciopero indetto da un sindacato del personale di un vettore aereo operativo nel rispetto delle condizioni stabilite dalla normativa nazionale, in particolare del termine di preavviso imposto da quest'ultima, sciopero destinato a far valere le rivendicazioni dei lavoratori di tale vettore e al quale abbia aderito una categoria di personale indispensabile all'effettuazione di un volo, non rientra nella nozione di "circostanza eccezionale", ai sensi di tale disposizione.

[2] I precedenti elencati nella sentenza in esame, infatti, riguardano tutti il ritardo del volo originario. Tra questi, si possono richiamare CGCE, 19 novembre 2009, cause 402/07 e 432/07, in *Foro it.*, 2010, IV, 325, con nota di A. Palmieri e CGUE, 23 ottobre 2012, cause 581/10 e 629/10, in *Foro it.*, 2013, IV, 101.

La difesa della compagnia finnica, sul punto, si è limitata a invocare la circostanza per cui il Regolamento non disciplina la fattispecie verificatasi e da qui ha dedotto che non le viene imposto l'obbligo di pagare una compensazione pecuniaria in caso di ritardo del volo sostitutivo. Si può supporre, dato che dal provvedimento in esame non emerge con chiarezza, che il vettore abbia voluto far valere l'impossibilità di una "doppia" compensazione e perciò di una sorta di "duplicazione" della somma in favore dei viaggiatori.

La soluzione offerta dalla corte è condivisibile. Si muove dall'ambito di applicazione del Regolamento, il quale si riferisce a *i*) coloro che dispongono di una prenotazione confermata o *ii*) sono stati trasferiti da un vettore aereo o da un operatore turistico dal volo per il quale possedevano una prenotazione ad altro volo, indipendentemente dal motivo. La disposizione rilevante è proprio quella che disciplina il caso *sub ii*), vale a dire l'art. 3, comma 2, lett. b), reg. 261/2004.

In effetti, il ritardo del volo sostitutivo può ben rientrare nell'ipotesi di trasferimento dal volo originario a un altro. Afferma infatti la Corte che non ricorrono elementi per escludere i voli alternativi prescelti per il riavviamento a seguito di una cancellazione dall'ambito applicativo del regolamento.

In breve, che si tratti del volo originario o di quello sostitutivo poco importa: il "disagio" patito dal passeggero è esattamente il medesimo e, anzi, vien fatto di dire, forse persino maggiore allorquando il disservizio riguarda proprio (a anche) il volo sostitutivo, come nel caso esaminato dalla Corte. Se si considera, poi, che la compensazione per l'altro volo contribuisce a dare maggiore effettività all'obbligo di fornire le misure di assistenza di cui all'art. 8 reg. 261/2004 vengono allora a cadere tutti gli ostacoli ipotizzati dalla compagnia aerea resistente. Non si tratta di una "duplicazione" per ritardi nella medesima vicenda, come sostenuto dal vettore, bensì di un cumulo, per dir così, giacché i voli sono tra loro separati e allo stesso modo lo sono i disagi patiti dal passeggero.

Quanto precede rientra in un disegno ben preciso: incentivare il vettore a offrire il miglior servizio possibile – almeno dal versante della puntualità, che rileva soprattutto in caso di c.d. coincidenza con altri spostamenti – e, di riflesso, garantire al passeggero (*rectius*: al consumatore) un elevato livello di protezione, come sancito dal considerando n. 1 di cui al Regolamento.

La prima questione viene dunque risolta affermando che il passeggero beneficiario di una compensazione pecuniaria a causa della cancellazione di un volo che ha accettato il volo alternativo può pretendere una compensazione per il ritardo di quest'ultimo, qualora tale ritardo si sia protratto per un numero di ore tale da dar diritto a una compensazione pecuniaria e il vettore aereo del volo alternativo sia lo stesso del volo cancellato.

Rimarrebbe da domandarsi cosa accadrebbe se il volo alternativo fosse operato da una diversa compagnia. Si può affermare che troverebbe comunque applicazione il Regolamento: il volo alternativo è "indipendente" e deve essere considerato come un volo a sé stante, perciò idoneo ad attribuire al passeggero tutte le tutele che gli spettano in virtù del Regolamento.

3. – La seconda questione sottoposta alla Corte non è nuova, ma solleva nondimeno qualche interrogativo, come si vedrà immediatamente. Occorre premettere che i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati molteplici volte sulle "circostanze eccezionali" e sulla loro rilevanza ai fini dell'esclusione dell'obbligo di compensazione pecuniaria [3]. L'art. 5, comma 3, reg. 264/2004, infatti, pone a carico della compagnia aerea la dimostrazione "che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso" [4].

Il primo interrogativo che sorge spontaneo attiene all'attribuzione di un esatto significato all'espressione impiegata nel Regolamento. I considerando nn. 14 e 15 di quest'ultimo offrono un elenco esemplificativo – ma sicuramente non esaustivo – di eventi che possono essere annoverati nell'espressione in esame [5]. Tuttavia, la genericità del lin-

[3] Oltre alla casistica richiamata alla nota precedente, si vedano i riferimenti in quelle che seguono, specie alle note 9 e ss. La vivace attività della Corte europea ha inevitabilmente alimentato l'interesse della dottrina per l'argomento. In termini generali, sulla normativa europea (e le tutele per il viaggiatore) in tema di voli ritardati, si vedano senz'altro G. GRISI e S. MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, 2ª ed., Torino, 2018, 138 ss. Con più specifico riferimento alla cancellazione della tratta e alle circostanze eccezionali, v. L. CAPUTI, *Cancellazione del volo e disagi dei passeggeri*, in *Danno e resp.*, 2013, 950 ss.; M. CIMMINO, *Responsabilità del vettore aereo, esonero dall'obbligo della compensazione pecuniaria e nozione di circostanze eccezionali*, in *Giur. it.*, 2010, 304 ss.; A. PEPE, *Mancata o inesatta esecuzione del trasporto aereo e tutela dei passeggeri: attualità e prospettive tra interventi della Corte di giustizia e futura revisione del Reg. CE n. 261/2004*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1248 ss.; F. PIAIA, *Inadempimento (ritardo) del vettore aereo, tutela dei passeggeri e onere della prova: quale punto di equilibrio?*, in *Danno e resp.*, 2018, 752 ss.; e S. VERNIZZI, *La non immediata nozione di "circostanze eccezionali" di cui al reg. (ce) n. 261/04: conferme e puntualizzazioni della corte lussemburghese*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 138.

[4] In generale, si veda CGUE, 23 ottobre 2012, cause 581/10 e 629/10, cit. secondo la quale i passeggeri di voli ritardati hanno diritto ad una compensazione pecuniaria quando, a causa di siffatti voli, subiscono una perdita di tempo pari o superiore a tre ore, vale a dire quando giungono alla loro destinazione finale tre ore o più dopo l'orario di arrivo originariamente previsto dal vettore aereo; tuttavia, un siffatto ritardo non dà diritto ad una compensazione pecuniaria a favore dei passeggeri se il vettore aereo è in grado di dimostrare che il ritardo prolungato è dovuto a circostanze eccezionali che non si sarebbero potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso, ossia circostanze che sfuggono all'effettivo controllo del vettore aereo.

[5] Trattasi di instabilità politica, condizioni meteorologiche incompatibili con l'effettuazione del volo, ri-

guaggio induce le compagnie aeree ad "abusare" dell'"esimente" in discorso per rifiutare il pagamento dell'indennizzo, indicato come "compensazione" nel Regolamento [6]. Effettivamente, numerosi eventi si prestano a rientrare nel concetto di circostanza eccezionale o, quantomeno, esso è suscettibile di ampia interpretazione; di qui la necessità di plurimi interventi da parte della Corte di Lussemburgo. Si ha però l'impressione, al contempo, che i vettori sfruttino la loro (innegabile e del resto inevitabile) posizione di vantaggio sul passeggero, come dimostrato dal fatto che all'attenzione della Corte giungono casi che vedono come protagonisti sempre le medesime compagnie aeree per eventi pacificamente già annoverati nelle "circostanze eccezionali".

Il legislatore europeo, probabilmente consapevole delle ricadute (pratiche) dell'espressione, ha infatti aggiunto che esse rilevano solo se inevitabili anche a fronte dell'adozione di "tutte le misure del caso". È spettato ancora una volta alla giurisprudenza europea controbilanciare la prassi dei vettori a loro unicamente favorevole. La stessa sentenza in esame testimonia come le compagnie aeree, malgrado i vari, specifici precedenti sul punto, ancora invochino l'applicazione dell'"esimente" in discorso per sottrarsi all'obbligo della compensazione pecuniaria [7]. Anzi, il caso Finnair in analisi è, da questa prospettiva, davvero esemplificativo: la nozione di "guasto tecnico" è stata già delineata dalla Corte con (sufficiente) chiarezza [8], eppure, periodicamente, le vengono riproposte questioni ad essa attinenti e persino coincidenti con precedenti già decisi.

Di tutto questo, ad ogni modo, si darà conto nel prosieguo. Per ora, si può muovere da una breve – ma necessaria – rassegna dei casi che sono stati o non sono stati considerati circostanze eccezionali.

---

schi per la sicurezza, improvvise carenze del volo sotto il profilo della sicurezza e scioperi che si ripercuotono sull'attività di un vettore aereo operativo, nonché una decisione di gestione del traffico aereo in relazione a un particolare aeromobile in un particolare giorno che provochi un lungo ritardo comportante un pernottamento o la cancellazione di uno o più voli per detto aeromobile, anche se tutte le ragionevoli misure sono state adottate dal vettore aereo interessato per evitare ritardi o cancellazioni. L'elenco, come si diceva, non è affatto esaustivo e sicuramente costituisce un giusto supporto per l'interprete che voglia valutare situazioni simili ma non espressamente richiamate.

[6] Come rilevato da A. PEPE, *Mancata o inesatta esecuzione del trasporto aereo e tutela dei passeggeri: attualità e prospettive tra interventi della Corte di giustizia e futura revisione del Reg. CE n. 261/2004*, cit., 1282.

[7] Ancora più esemplificativo è il caso di CGUE, 23 marzo 2021, causa C-28/20, cit. per il quale c'era almeno un precedente specifico proprio sullo sciopero del personale di volo (CGUE, 17 aprile 2018, cause n. 195, 197-203, 226, 228, 254, 274, 275, 278-286, 290-292/17, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1358).

[8] Cfr. par. seguente.

La presenza di carburante sulla pista [9], lo scontro con un volatile [10], il danneggiamento di uno pneumatico a causa di un residuo sulla pista [11] e i fumi dovuti a un'eruzione vulcanica [12] sono stati considerati eventi idonei a escludere l'obbligo di compensazione pecuniaria. Lo sciopero c.d. selvaggio [13], la riorganizzazione dei voli causata da uno sciopero del giorno precedente [14] e l'urto dell'aereo contro una scaletta mobile per l'imbarco [15], invece, non rientrano nel concetto di circostanza eccezionale.

La casistica più rilevante e per certi versi più discutibile, tuttavia, si registra, come anticipato, in tema di guasti tecnici e sciopero c.d. selvaggio e sulla loro incidenza sull'obbligazione del vettore.

4. – Uno sguardo ai precedenti in tema di guasto tecnico consente di apprezzare più da vicino quali contorni l'"esimente" delle circostanze eccezionali ha assunti nel tempo. Innanzitutto, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si afferma la necessità di interpretare dette circostanze in modo restrittivo [16], cioè in un senso non (sempre) favorevole al vettore, in quanto esse introducono una deroga al dovere di corrispondere la compensazione pecuniaria. Rientrano dunque nel novero degli eventi eccezionali in generale, secondo l'elaborazione giurisprudenziale comunitaria, quelli che non attengono al "normale" esercizio dell'attività di navigazione aerea e che sfuggono all'effettivo controllo del vettore, per la loro natura od origine. Sin qui, il principio ricavabile dai precedenti europei parrebbe condivisibile.

Qualche dubbio sorge, invece, in relazione ad esempio al caso specifico dei guasti. Nella sentenza *van der Lans* è stato affermato che un problema tecnico palesatosi im-

---

[9] CGUE, 26 giugno 2019, causa 159/18, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1205.

[10] CGUE, 4 maggio 2017, causa 315/15, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1143.

[11] CGUE, 4 aprile 2019, causa C-501/17, in *Corriere giur.*, 2019, 852.

[12] CGUE, 31 gennaio 2013, causa 12/11, in *Foro it.*, 2013, IV, 101.

[13] CGUE, 17 aprile 2018, cause 195, 197-203, 226, 228, 254, 274, 275, 278-286, 290-292/17, cit.

[14] CGUE, 4 ottobre 2012, causa 22/11, in Foro it., 2012, IV, 484.

[15] CGUE, 14 novembre 2014, causa 394/14, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1221.

[16] Per tutti, G. GRISI e S. MAZZAMUTO, *Diritto del turismo*, cit., 139. In giurisprudenza, v. il caso *Wallentin-Hermann* deciso da CGCE, 22 dicembre 2008, causa 549/07, in *Foro it.*, 2009, IV, 116 e, più recentemente, CGUE, 23 marzo 2021, causa C-28/20, cit.

provvisamente, non imputabile a una carenza di manutenzione e nemmeno riscontrato nel corso di un regolare controllo, non rientra nella nozione di circostanze eccezionali, quando il medesimo attiene al normale esercizio dell'attività del vettore [17]. Il verdetto, particolarmente rigoroso, non sembra aver riscosso il favore dei primi commentatori ed effettivamente suscita qualche perplessità in relazione alla diligenza che si (può) pretende(re) dal vettore nell'adempimento dell'obbligazione [18].

I guasti tecnici, in sostanza, come affermato in altra pronuncia, rilevano solo se, per la loro natura o per la loro origine, non sono inerenti al "normale" svolgimento dell'attività di volo e dunque sfuggono all'effettivo controllo della compagnia aerea [19]. Generalmente si giustifica questo orientamento restrittivo sulla base di due ordini di considerazioni. In primo luogo, la già ricordata tutela del consumatore-viaggiatore; in secondo luogo, la sicurezza: l'elevato livello di sofisticazione degli aeromobili impone un controllo permanente dei velivoli, proprio per evitare (e prevenire) problemi tecnici che incidono sulla sicurezza [20]. È però evidente che una siffatta ricostruzione relega la rilevanza delle "circostanze eccezionali" a casi estremamente limitati, assimilabili a vere e proprie fatalità imponderabili, come si vedrà immediatamente.

Venendo ora alla sentenza in esame, essa arricchisce ulteriormente la casistica in tema di guasti tecnici. In particolare, si è trattato della rottura di un componente c.d. *on condition* (nella specie, il servocomando del timone), ossia un componente che viene sostituito solo quando è esaurito, oltremodo logorato oppure del tutto danneggiato: in breve, solo all'occorrenza e non prima. I giudici di Lussemburgo, in applicazione dei prin-

---

[17] CGUE, 17 settembre 2015, causa 257/14, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1345. Analogo principio è espresso in CGCE, 19 novembre 2009, cause 402/07, 432/07, cit. e CGCE, 22 dicembre 2008, causa 549/07, cit.

[18] V. infatti il commento critico al caso *Van der Lans* di S. VERNIZZI, *La non immediata nozione di "circostanze eccezionali" di cui al reg. (ce) n. 261/04: conferme e puntualizzazioni della corte lussemburghese*, in *Resp. civ. prev.*, cit. Discorre di lettura "severa" del Regolamento europeo F. PIAIA, *Inadempimento (ritardo) del vettore aereo, tutela dei passeggeri e onere della prova: quale punto di equilibrio?*, cit., 758. Anche C. TUO, *Il trasporto aereo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo e coordinato da A.M. Benedetti, IV, 2, Milano, 2014, 229 rileva il "rigore" della Corte europea nell'accertamento delle circostanze eccezionali.

[19] CGCE, 22 dicembre 2008, causa 549/07, cit., secondo cui un problema tecnico occorso ad un aeromobile e che comporta la cancellazione di un volo non rientra nella nozione di "circostanze eccezionali" ai sensi di tale disposizione, a meno che detto problema derivi da eventi che, per la loro natura o la loro origine, non sono inerenti al normale esercizio dell'attività del vettore aereo in questione e sfuggono al suo effettivo controllo.

[20] A. PEPE, *Mancata o inesatta esecuzione del trasporto aereo e tutela dei passeggeri: attualità e prospettive tra interventi della Corte di giustizia e futura revisione del Reg. CE n. 261/2004*, cit., 1283, nt. 114.

cipi appena richiamati, non ritengono siffatto problema una circostanza eccezionale, in quanto trattasi di guasto inerente alla normale attività di volo.

Si può convenire sul fatto che alcuni guasti tecnici rientrino nell'*id quod plerumque accidit*; d'altra parte, il vettore è un operatore professionale e non può non mettere in conto che essi, prima o poi, si verifichino e, anzi, egli può senz'altro prevedere con ragionevolezza come intervenire in anticipo. Tuttavia, residuano alcune categorie di guasti, come ad esempio quelli, per dir così, imponderabili e fuori dal controllo del vettore, che dovrebbero rientrare nelle circostanze eccezionali. La Corte europea, come visto, ricorre al concetto di "normalità" nell'attività di volo: se un guasto è "normale", esso è a carico del vettore; se non lo è, integra una circostanza eccezionale. Considerato però che il guasto è sempre prevedibile nell'*an* – nel senso che qualsiasi componente elettronica o meccanica, prima o poi, può danneggiarsi –, rimane solo il profilo del *quando* e si tratta perciò di una questione relativa al tempismo. Si prenda infatti il caso delle avarie cc.dd. *on condition* di cui sopra. La compagnia aerea si trova in uno scenario sempre "perdente": o provvede alla sostituzione di certi elementi anche laddove non necessario (in funzione preventiva e con l'adozione quindi di una "manutenzione difensiva"); o s'assume il rischio del guasto, con la conseguente esposizione alla compensazione pecuniaria per i passeggeri [21]. In entrambi i casi, rimette un qualcosa. Dunque, portando alle estreme conseguenze il principio sancito dalla Corte, tutti i guasti sembrerebbero annoverabili tra quelli inerenti alla "normale" attività di volo siccome prevedibili e dunque evitabili *ex ante* o almeno questo è quanto si può affermare allo stato (della giurisprudenza) attuale: non constano infatti, nella casistica europea, guasti tecnici annoverati nelle circostanze eccezionali diversi dai difetti di fabbricazione, evidentemente non imputabili al vettore.

La degenerazione, per dir così, di questo indirizzo ha condotto alcune (isolate) pronunce di merito a statuizioni a dir poco singolari. Ad esempio, un tribunale ha stabilito che la compagnia aerea, al fine di esonerarsi dall'obbligo di versare la compensazione pecuniaria, dovrebbe tra l'altro provare di aver sempre a disposizione un aeromobile di

[21] M. CIMMINO, *Responsabilità del vettore aereo, esonero dall'obbligo della compensazione pecuniaria e nozione di circostanze eccezionali*, cit., 307 si domanda infatti "se i vettori siano di fatto costretti ad adottare più rigorosi piani di manutenzione dei velivoli". Premesso che la sicurezza dei passeggeri rimane un punto imprescindibile in qualsiasi discussione, occorre però interrogarsi sulle conseguenze (economiche) di questo indirizzo così severo verso le compagnie. È evidente che i costi di una manutenzione preventiva ma "inutile" ricadono inevitabilmente sui viaggiatori, perché determinano un aumento del prezzo del biglietto aereo. Tra l'altro, il rispetto della manutenzione minima non è sufficiente a dimostrare che il vettore ha adottato "tutte le misure del caso" (sulle quali v. il par. seguente) tanto da essere esonerato dall'obbligo di pagare una compensazione pecuniaria: cfr. infatti CGCE, 22 dicembre 2008, causa 549/07, cit.

riserva [22]. Il che significherebbe essenzialmente raddoppiare il parco velivoli, con tutte le conseguenze (economiche e non solo) facilmente ipotizzabili. In altra occasione, un giudice ha deciso che una buca sulla pista non rientra nel novero delle circostanze eccezionali [23]; senza però considerare, evidentemente, che la manutenzione dell'infrastruttura aeroportuale non spetta di certo al vettore.

Analoghe considerazioni si possono svolgere in relazione allo sciopero del personale della compagnia. È corretto annoverare lo sciopero tra gli eventi che attengono al "normale" esercizio dell'attività di volo. L'astensione volontaria dal lavoro, d'altra parte, è sempre prevedibile perché, se avviene nel rispetto della sua normativa, è preceduta da un (congruo) preavviso, che mette in condizione il vettore di organizzarsi e trattasi perciò di un evento sul quale egli può agire preventivamente. Per converso, si sarebbe portati ad affermare che lo sciopero c.d. selvaggio, proprio perché "a sorpresa", rientri invece nelle circostanze eccezionali, ma la Corte di giustizia non è di questo avviso e afferma che: "lo «sciopero selvaggio» […] non può essere considerato come una circostanza che sfugge all'effettivo controllo del vettore aereo interessato" [24].

5. – La posizione della compagnia aerea, già abbastanza svantaggiata, potrebbe risultare ulteriormente aggravata. Infatti, anche qualora si verifichi una circostanza eccezionale astrattamente riconducibile all'elaborazione della giurisprudenza europea, il vettore deve altresì provare che il ritardo o la cancellazione non si sarebbero comunque potuti evitare, anche se fossero state adottate tutte le "misure del caso".

Prima di proseguire, sia consentito rilevare la discrepanza nelle traduzioni del Regolamento europeo sul trasporto aereo. Nelle versioni inglese, francese e spagnola dell'art.

---

[22] In questi termini, Trib. Mondovì, 22 maggio 2008, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 402, con nota critica di S. Vernizzi.

[23] Giud. pace Salerno, 6 agosto 2009, in *Dir. trasporti*, 2010, 477, con nota di A. Mignone. Anche M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, Torino, 2013, 162, condivide le perplessità su tale pronuncia.

[24] Così si legge ai nn. 43 ss. di CGUE, 17 aprile 2018, cause 195, 197-203, 226, 228, 254, 274, 275, 278-286, 290-292/17, cit. C. DI PALMA, *Responsabilità del vettore aereo nel caso di cancellazione del volo: i problemi tecnici non sempre escludono il diritto al risarcimento del passeggero*, in *Danno e resp.*, 2009, 835, invece, è di diverso avviso: "assumono rilievo le modalità di proclamazione e realizzazione dello sciopero: ove queste integrino un'ipotesi di astensione illecita, il vettore, che può non aver avuto la possibilità di farvi fronte per mancato rispetto dei termini di preavviso, dovrebbe ritenersi liberato dall'obbligo risarcitorio". Cfr. in proposito anche M. STUCCHI, *Cancellazione del volo e diritti del passeggero*, in *Dir. turismo*, 2008, 381.

5, comma 3, reg. 261/2004 si legge rispettivamente "all reasonable measures", "toutes les mesures raisonnables" e "todas las medidas razonables"; in quella italiana, invece, per ragioni ignote, si è deciso di tradurre con "tutte le misure del caso". L'infelice trasposizione potrebbe determinare una penalizzazione per il vettore citato in giudizio in Italia [25]. Sia però consentito rilevare altresì che, a ben vedere, indipendentemente dalla formulazione della regola di volta in volta vigente, la severità che caratterizza la Corte di giustizia in punto di responsabilità del vettore appartiene a una tendenza generalizzata, comune (almeno nel panorama europeo) e soprattutto costante: difatti, è già a partire dalla Convenzione di Varsavia del 1929 che la giurisprudenza richiede alla compagnia aerea la dimostrazione delle misure concrete adottate per evitare il danno al passeggero [26].

Ad ogni modo, l'attuale formulazione del Regolamento ha richiesto numerosi interventi della Corte per delinearne il significato. In termini generali, si può affermare che la compagnia aerea, al momento della pianificazione del volo, deve ragionevolmente tener conto del rischio di ritardo connesso all'eventuale verificarsi delle circostanze eccezionali e, di conseguenza, deve prevedere un determinato margine di tempo che gli consenta, se possibile, di effettuare il volo interamente una volta che dette circostanze siano venute meno [27]. Tralasciando le ipotesi di impedimenti macroscopici al decollo (sulle quali: *ad impossibilia nemo tenetur*), il vettore ha il dovere di adoperarsi per evitare la cancellazione del volo, ma sempre con il limite e nel rispetto della normativa sulla sicurezza [28].

Ci si può domandare se il criterio "tutte le misure ragionevoli" sia da considerare assoluto o relativo, in quanto quello che è "ragionevole" per una grande compagnia di bandiera potrebbe non esserlo per un vettore minore. A quanto consta, la Corte europea non

---

[25] Infatti, M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., 164 propone di avvalersi dell'espressione "tutte le misure ragionevoli", ancorché differente dalla traduzione ufficiale.

[26] Dunque, non già la mera prova dell'uso della diligenza (professionale) *ex* art. 1176, comma 2, cod. civ. Sul punto, cfr. G. SILINGARDI, voce *Trasporto aereo*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1190 ss., il quale, prima del Reg. 261/2004, rilevava che il vettore è "chiamato a rispondere secondo criteri di responsabilità presunta talmente rigorosi da impedirgli di fornire concretamente la prova liberatoria e da costringerlo a richiedere soltanto l'applicazione del beneficio di responsabilità limitata". Per ulteriori informazioni sulla successione di disposizioni nel tempo, v. L. TULLIO, voce *Trasporto* II) *Trasporto nella navigazione marittima e aerea*, in *Enc. giur. Treccani*, aggiornamento XVI, Roma, 2007, 3 ss.

[27] Non è però possibile imporre, quali "misure del caso", che si pianifichi, in modo generale e indifferenziato, un margine di tempo minimo applicabile indistintamente a tutti i vettori aerei in tutte le situazioni in cui si verifichino circostanze eccezionali. In questi termini, CGUE, 12 maggio 2011, causa 294/10, in *Foro it.*, 2011, IV, 329.

[28] Come giustamente ricorda M. STUCCHI, *Cancellazione del volo e diritti del passeggero*, cit., 382.

ha affrontato apertamente il quesito, ma, siccome afferma che le "circostanze eccezionali" e le "misure del caso" devono essere valutate caso per caso, si può ragionevolmente concludere che trattasi di un giudizio da operare nella singola fattispecie [29].

Un ulteriore interrogativo riguarda l'interpretazione dell'art. 5, comma 3, reg. 261/2004 alla luce dell'art. 19 della Convenzione di Montreal del 1999, nel quale si legge una formulazione leggermente più favorevole al vettore: egli "non è responsabile per i danni da ritardo se dimostri che egli stesso e i propri dipendenti e preposti hanno adottato tutte le misure che potevano essere ragionevolmente richieste per evitare il danno oppure che era loro impossibile adottarle". Al quesito è stata data risposta negativa. In primo luogo, per la divergenza di fattispecie disciplinate: il (solo) "ritardo" nell'art. 19 Conv. Montreal e la "cancellazione" nell'art. 5, comma 3, reg. 261/2004. In secondo luogo, per l'assenza, nella prima, del riferimento alle "circostanze eccezionali" [30].

6. – La rapida disamina della casistica in tema di "circostanze eccezionali" presenta un quadro nel quale la posizione delle compagnie aeree è innegabilmente ma anche comprensibilmente svantaggiata. Premesso che la sicurezza dei passeggeri è imprescindibile, non si può fare a meno di osservare quanto segue.

Il debitore, secondo l'insegnamento tradizionale, è responsabile in tutti i casi in cui l'impossibilità dell'esecuzione è conseguenza di un evento che, anche se non causalmente riconducibile ad una sua azione, egli aveva il dovere di scongiurare. Si conviene sul "dovere" che incombe sul vettore di evitare, ad esempio, i guasti tecnici, ma occorre interrogarsi sui limiti di detto dovere, in relazione alle problematiche tecniche imprevedibili o inspiegabili. La nozione di "impossibilità" della prestazione non viene interpretata in senso oggettivo e assoluto ma, piuttosto, come impedimento non prevedibile o superabile con la dovuta diligenza [31]. Qual è allora la diligenza che si pretende dalla compagnia aerea se persino un problema tecnico sorto improvvisamente, non imputabile a una

---

[29] V. in proposito il n. 41 di CGCE, 22 dicembre 2008, causa 549/07, cit. al quale si legge che il vettore deve dimostrare che "avvalendosi di tutti i mezzi di cui disponeva, in termini di personale, di materiale e di risorse finanziarie, egli non avrebbe palesemente potuto evitare — se non a pena di acconsentire a sacrifici insopportabili per le capacità della sua impresa nel momento pertinente — che le circostanze eccezionali cui doveva far fronte comportassero la cancellazione del volo".

[30] Cfr. sul punto M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato*, cit., 167 e, in giurisprudenza, CGCE, 22 dicembre 2008, causa 549/07, cit.

[31] Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, 3ª ed., Milano, 2021, 21 ss. e A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, Torino, 1998, § 11.

carenza di manutenzione e neppure rilevato nel corso di un regolare controllo, non rientra nella nozione di "circostanze eccezionali" [32]? È chiaro che il reg. 261/2004 e, soprattutto, l'interpretazione che la Corte europea ne offre in un certo senso "oggettivizzano" la responsabilità del vettore [33]. Si potrebbe replicare, come è stato fatto, che l'irrigidimento del criterio d'imputazione della responsabilità è, per dir così, temperato e controbilanciato dalla predeterminazione forfettaria del risarcimento prevista dal reg. 261/2004 [34]; questa osservazione, tuttavia, non tiene conto del fatto che è sempre possibile per il passeggero ottenere il risarcimento del danno ulteriore secondo le disposizioni dello stato in cui si svolge il procedimento [35], sicché la "limitazione" della responsabilità del vettore, in realtà, non c'è [36].

La breve e sommaria indagine svolta in queste pagine conduce infine a un interrogativo: se ci si trovi dinnanzi a una responsabilità derivante dall'inadempimento dell'obbligazione oppure all'operare di una "garanzia". In questa sede si può solo ipotizzare una risposta nel secondo senso dell'alternativa, poiché si ha l'impressione che la giurisprudenza, piuttosto che attribuire rilevanza all'attività di "controllo" (sull'evento) da parte dell'obbligato, ponga l'accento solo sul verificarsi dell'evento medesimo [37], in una prospettiva, dunque, di massima (o forse persino totale) tutela dell'utente.

---

[32] Cfr. CGUE, 17 settembre 2015, causa 257/14, cit.; un concetto analogo è ribadito al n. 41 della sentenza in esame.

[33] In questi termini PIAIA, *op. loc. cit.* e, in giurisprudenza, Cass. 23 gennaio 2018, n. 1584, in *Foro it.*, 2018, I, 879, nella cui motivazione si legge che "la responsabilità del vettore è elisa solamente dal caso fortuito o dalla forza maggiore". V. anche S. VERNIZZI, *La non immediata nozione di "circostanze eccezionali" di cui al reg. (ce) n. 261/04: conferme e puntualizzazioni della corte lussemburghese*, cit., 150, secondo il quale si assiste a "una significativa contrazione dell'area del fortuito (ovvero, se si preferisce, ad un ampliamento dell'area di cui il vettore si debba fare comunque carico nei confronti del passeggero)".

[34] Lo rileva C. DI PALMA, *Responsabilità del vettore aereo nel caso di cancellazione del volo: i problemi tecnici non sempre escludono il diritto al risarcimento del passeggero*, cit., 837, secondo il quale il Regolamento espone "le compagnie ad un rischio economico contenuto e preventivabile nel caso di inadempimento".

[35] C. TUO, *Il trasporto aereo*, cit., 231, nt. 75.

[36] Per una disamina degli aspetti più "economici" relativi alla disciplina in analisi, v. A. GIORDO, *Riflessioni giuseconomiche intorno al Regolamento CE n. 261/2004*, in *Dir. turismo*, 2007, 12 ss.

[37] S. VERNIZZI, *La non immediata nozione di "circostanze eccezionali" di cui al reg. (ce) n. 261/04: conferme e puntualizzazioni della corte lussemburghese*, cit., 151, spec. nt. 60.